



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

Dipartimento di Scienze Giuridiche “Cesare Beccaria”

CORSO DI DOTTORATO DI RICERCA IN SCIENZE GIURIDICHE “CESARE BECCARIA”
CURRICULUM DI DIRITTO PENALE E PROCESSUALE PENALE – XXXIV CICLO

Tesi di Dottorato di ricerca
Diritto processuale penale (IUS/16)

**L’ORDINE EUROPEO D’INDAGINE PENALE:
DISCIPLINA NORMATIVA E PRIME
ESPERIENZE APPLICATIVE**

Coordinatore: Chiar.mo Prof. Claudio Luzzati

Tutor: Chiar.mo Prof. Lucio Camaldo

Candidata:
Carlotta de Luca
Matricola R12282

Anno accademico: 2020/2021

*«Frustra fit per plura
quod potest fieri
per pauciora».*
(Ockham's razor)

INDICE

Introduzione	I
Capitolo I - La circolazione della prova penale nello spazio giudiziario europeo: le tappe evolutive del mutuo riconoscimento e la nascita dell'ordine europeo d'indagine penale (OEI)	1
1. La cooperazione giudiziaria penale nel sistema precedente all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona	1
1.1. Il Trattato di Amsterdam: lo sviluppo dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia	6
2. Le origini del principio del mutuo riconoscimento: il Consiglio europeo di Tampere e il Programma dell'Aja	8
2.1. Il principio del mutuo riconoscimento quale fondamento della cooperazione giudiziaria in materia penale <i>ex art. 82 TFUE</i>	11
2.2. I primi tentativi di attuare il reciproco riconoscimento in ambito probatorio: la decisione quadro 2003/577/GAI in tema di blocco dei beni o di sequestro probatorio e la decisione quadro 2008/978/GAI relativa al mandato europeo di ricerca della prova (m.e.r.)	16
3. Il mandato europeo di ricerca della prova "alla deriva"	20
3.1. Una "marea" di strumenti: l'intreccio tra mutua assistenza e reciproco riconoscimento	29
3.2. L'OEI all'orizzonte: il programma di Stoccolma, il Libro verde sulla ricerca della prova in materia penale e la proposta di direttiva.....	35
4. La direttiva 2014/41/UE relativa all'ordine europeo d'indagine penale: "un approdo sicuro, ma non definitivo"	40
4.1. Il coordinamento con le fonti sovranazionali preesistenti: la sostituzione delle "corrispondenti disposizioni" e il perimetro applicativo dell'OEI.....	44
5. Sull'onda dell'entusiasmo europeo: l'ammodernamento delle rogatorie ad opera della riforma del Libro XI del codice di rito	52

5.1. L'ingresso del mutuo riconoscimento sul piano interno e la funzione di contro limite dei diritti fondamentali.....	61
Capitolo II - La direttiva 2014/41/UE: un delicato equilibrio tra efficienza investigativa e garanzie fondamentali	67
1. Definizione e soggetti coinvolti: la nozione di “autorità giudiziaria di emissione” alla luce di una recente pronuncia della Corte di giustizia.....	67
1.1. Il ruolo del difensore della persona sottoposta ad indagini.....	75
1.2. L'esclusione della persona offesa	80
2. La fase di emissione dell'OEI: forma, contenuto e modalità di trasmissione	81
2.1. Le condizioni di emissione: i principi di equivalenza e proporzionalità.....	84
2.2. La scorciatoia della proporzionalità: verso la strada dell'armonizzazione “in concreto”?.....	89
3. Il riconoscimento e l'esecuzione dell'OEI: tempistiche, oneri informativi, trasferimento delle prove e rinvio.....	94
3.1. I correttivi al mutuo riconoscimento: l'esecuzione “concelebrata” e il delicato bilanciamento tra <i>lex fori</i> e <i>lex loci</i>	96
3.2. Il compimento di un atto d'indagine “alternativo”: la costante della proporzionalità	100
3.3. Il catalogo dei motivi di rifiuto quale deroga al mutuo riconoscimento	104
4. Il regime delle impugnazioni: l'art. 14 della direttiva	109
4.1. L'approccio formale della Corte di giustizia in tema di impugnazioni: quando il fine (non) giustifica i mezzi	111
5. Brevi cenni sulla disciplina relativa agli specifici atti d'indagine	119
Capitolo III - Le soluzioni offerte dal legislatore nazionale e le prime pronunce giurisprudenziali tra criticità e innovazione	125
1. La cornice normativa: il d.lgs. 21 giugno 2017, n. 108	125
2. Le autorità competenti sul versante passivo e attivo: il ruolo centrale del Procuratore “distrettuale”	128
3. Il riconoscimento e l'esecuzione dell'OEI proveniente dall'estero.....	132
3.1. La proporzionalità “all'italiana” e le scelte compiute in punto di motivi di rifiuto.....	135

4. Le garanzie difensive nella procedura passiva: la comunicazione del decreto di riconoscimento e le impugnazioni <i>ex art.</i> 13 d.lgs. n. 108/2017	139
4.1. L'OEI al banco di prova: le problematiche emerse nella giurisprudenza di legittimità	146
4.2. L'equiparazione tra ricezione e riconoscimento: una prassi da censurare	148
4.3. La comunicazione tardiva del decreto di riconoscimento e i risvolti negativi di un'opposizione intempestiva: una violazione del diritto di difesa?	150
4.4. Il rapporto tra opposizione e riesame: <i>aut-aut!</i>	161
5. Le prerogative della difesa nella procedura attiva: <i>in medio stat virtus</i>	164
5.1. L'utilizzabilità processuale del materiale probatorio acquisito all'estero	175
6. Le intercettazioni mediante OEI: quale spazio per l'instradamento?	181

Capitolo IV - Il primo *report* di Eurojust sull'applicazione dell'OEI: problemi operativi, soluzioni e buone pratiche

1. L'OEI non è una formula magica: finalità e struttura del <i>report</i> di Eurojust	189
2. L'ambito applicativo della direttiva 2014/41/UE	192
3. Il contenuto dell'OEI: le problematiche emerse in sede di compilazione dell'allegato "A"	195
3.1. Le sezioni "L" e "J" dell'allegato "A"	197
4. Le divergenze tra i sistemi processuali dei singoli Stati: la sezione "P"	198
4.1. Il principio di specialità	200
5. I motivi di mancato riconoscimento: doppia incriminazione e <i>ne bis in idem</i>	201
6. Il ruolo di Eurojust nella velocizzazione delle procedure di cooperazione	205
7. I problemi di comunicazione tra le autorità coinvolte	205
7.1. Le difficoltà linguistiche e l'importanza di traduzioni accurate	207
8. L'individuazione dell'autorità di esecuzione competente e i canali di trasmissione	209
8.1. Le questioni operative sollevate dal <i>desk</i> irlandese: la clausola di equivalenza di cui all'art. 6 § 1 lett. b) della direttiva europea	210
9. La funzione di coordinamento di Eurojust nelle procedure complesse e multilaterali	212

10. Le più rilevanti problematiche riscontrate nell'ambito degli specifici atti di indagine	215
10.1. Il trasferimento temporaneo di detenuti e la privazione della libertà personale nello Stato di emissione.....	215
10.2. Le operazioni sotto copertura tra cooperazione giudiziaria e di polizia	216
11. L'audizione tramite videoconferenza: lo <i>status</i> della persona da esaminare, la partecipazione del difensore e la sede di svolgimento	217
11.1. La nota tematica elaborata dal <i>desk</i> italiano in tema di audizioni in videoconferenza	219
12. Le intercettazioni di telecomunicazioni con e senza l'assistenza tecnica di un altro Stato membro	220
12.1. L'interpretazione dell'art. 31 della direttiva e l'allegato "C"	222
12.2. Le questioni operative sollevate dal <i>desk</i> italiano in materia di intercettazioni	224
12.3. L'assenza di una definizione di "telecomunicazioni": quale sorte per le intercettazioni tra presenti?	226
13. L'OEI in tempo di pandemia	229
Capitolo V - L'ordine europeo d'indagine alla prova dei fatti: alcuni casi pratici trattati dalle Procure di Milano e di Monza	234
1. La casistica selezionata: una breve panoramica	234
2. Gli OEI "atterrati" in Procura a Milano.....	234
3. Gli OEI "in partenza" dalla Procura di Monza	240
4. Rilievi conclusivi: quale futuro per l'OEI?.....	247
Bibliografia.....	252
Riferimenti giurisprudenziali	275
Documenti	278

INTRODUZIONE

Il presente lavoro si pone l'obiettivo di fornire un'analisi completa dell'ordine europeo d'indagine penale (OEI), quale nuovo strumento di cooperazione giudiziaria in ambito probatorio, evidenziando le problematiche emerse nelle sue prime applicazioni pratiche e prospettando al contempo soluzioni concrete, che siano in grado di accorciare le distanze tra teoria e prassi.

Il filo conduttore dell'intero elaborato è rappresentato dal binomio, a prima vista contrastante, tra efficienza investigativa e garanzie fondamentali: due aspetti coesistenti all'interno della disciplina sull'OEI, che entrano fisiologicamente in conflitto tra loro e necessitano di un costante bilanciamento, funzionale a stabilirne il giusto equilibrio.

La constatata esigenza di ridurre il divario che separa la disciplina normativa, alimentata da principi generali, dalla realtà operativa, improntata alla dinamicità e all'efficienza, ha determinato l'adozione di un approccio teorico-pratico, in cui a una prima fase di ricerca e studio è poi seguita un'attività condotta "sul campo", presso le Procure della Repubblica di Milano e di Monza.

La metodologia di ricerca impiegata si riflette inevitabilmente sulla struttura della tesi, che si è scelta di suddividere in cinque capitoli.

Il punto di partenza consiste nella disamina delle tappe più significative che hanno segnato l'evoluzione della cooperazione giudiziaria penale nel panorama europeo: si tratta, infatti, di una premessa che si ritiene imprescindibile per comprendere il quadro storico che, nello specifico ambito delle prove, ha favorito la nascita dell'OEI. Da tale ricostruzione emerge un percorso costellato di ostacoli, che risulta condizionato dal fallimento precoce del mandato europeo di ricerca della prova e dalla perdurante carenza di una normativa comune ai singoli Stati membri.

Sullo sfondo di un siffatto contesto, caratterizzato dall'assenza di armonizzazione tra le normative nazionali, è stato creato un istituto di natura ibrida – l'ordine d'indagine, appunto – che coniuga aspetti derivanti dall'attuazione del principio del mutuo riconoscimento ed elementi volti a temperarlo, con l'obiettivo di dare spazio alla tutela dei diritti fondamentali delle persone a vario titolo coinvolte nelle procedure di emissione ed esecuzione dell'OEI, specialmente dell'indagato o imputato.

Due sono i grandi temi, strettamente connessi tra loro, che contraddistinguono la direttiva 2014/41/UE, conferendole valore aggiunto rispetto ai previgenti strumenti di

cooperazione: l'ingresso delle garanzie, *in primis* quelle difensive, in funzione di contro-limite al mutuo riconoscimento, e l'espressa previsione del principio di proporzionalità che consente di soppesare, da un lato, le esigenze investigative e probatorie da soddisfare nel caso concreto e, dall'altro, il rispetto dei diritti della persona. Tali profili innovativi forniscono la chiave di lettura tanto della disciplina sovranazionale, quanto di quella interna che ha recepito la direttiva europea.

L'applicazione del canone della proporzionalità, unitamente alla presa in considerazione dei diritti fondamentali, consente infatti di valorizzare gli altri congegni escogitati dal legislatore, tutti orientati nella direzione di promuovere il bilanciamento ragionevole tra efficienza e garanzie: il dialogo diretto tra le autorità giudiziarie, che può sollecitare una soluzione condivisa, la possibilità di ricorrere al compimento di un atto alternativo e meno invasivo di quello originariamente richiesto, nonché la tendente prevalenza accordata alla *lex fori*, anziché alla *lex loci*. Si tratta di meccanismi che, se correttamente attivati, non solo assicurano l'osservanza del nucleo essenziale delle garanzie inerenti alla persona, ma favoriscono altresì l'avvicinamento "in concreto" delle singole normative processuali, gelosamente custodite da ciascuno Stato.

Al processo di unificazione animato da una disciplina di principi, che prendono e mutano forma una volta calati nella fattispecie concreta, non ha sino ad ora contribuito la Corte di giustizia dell'Unione europea. In tal senso, appare emblematica la prima pronuncia resa sul tema dell'OEI (C. giust., Prima sezione, 24 ottobre 2019, *Gavazonov*, C-324/17), in cui la predilezione per il primato e l'effettività del diritto unionale oscura i diritti della difesa, e in particolare il diritto d'impugnazione, legittimandone la lesione.

Lo scenario non è del resto più confortevole se si volge lo sguardo al sistema interno, protagonista del capitolo centrale della tesi. Malgrado la chiarezza e l'univocità della scansione procedimentale delineata dalla normativa attuativa, confluita all'interno del d.lgs. n. 108 del 2017, e l'attenzione rivolta ai diritti difensivi, le prime applicazioni dell'OEI rivelano la diffusione di un atteggiamento interessato unicamente al risultato, ossia l'efficienza dell'azione investigativa e la conseguente spendibilità nel processo della prova raccolta all'estero, noncurante dei mezzi impiegati per conseguirlo.

Simili prassi interpretative, lontane dal dato normativo, hanno comportato gravi violazioni delle garanzie difensive sul terreno della procedura passiva e sono state soltanto in parte corrette dall'intervento della giurisprudenza di legittimità. Si fa

riferimento, in particolare, alla pronuncia più recente (Cass., sez. VI, 24 settembre 2020, n. 30885) che, tornando a occuparsi del rapporto tra la comunicazione al difensore del decreto di riconoscimento e la facoltà di proporre opposizione avverso tale provvedimento, si discosta dal suo precedente, approdando a conclusioni non soddisfacenti né tantomeno condivisibili.

Ancora una volta, l'efficienza si scontra con le garanzie, a scapito di queste ultime.

Oltre all'analisi della casistica giurisprudenziale, ci si sofferma su altre questioni problematiche sollevate dalla disciplina nazionale: il ruolo conferito al difensore dell'indagato nell'ambito della procedura di emissione dell'ordine investigativo, le scelte compiute in punto di utilizzabilità del materiale probatorio proveniente dall'estero e le ricadute che il nuovo strumento di raccolta della prova *ultra fines* dovrebbe avere sul piano delle intercettazioni e, soprattutto, sulla tecnica dell'instradamento.

Il tema delle intercettazioni eseguite mediante ordine d'indagine è poi ampiamente ripreso nel quarto capitolo. L'occasione dell'approfondimento è stata fornita dallo studio di un *report* – il primo in materia di OEI – realizzato e diffuso da Eurojust in coincidenza con l'inizio della stesura della tesi.

Si tratta di un documento estremamente interessante e ricco di contenuti che, attraverso l'esposizione di casi pratici gestiti dall'Agenzia dell'Unione, agevola la comprensione delle maggiori difficoltà riscontrate dalle autorità statali, individuando buone pratiche e proponendo soluzioni operative.

È parso poi utile, in ragione dell'attualità della tematica, spendere qualche breve considerazione sull'andamento delle procedure di cooperazione effettuate tramite ordine d'indagine durante il periodo di *lockdown* dovuto alla pandemia, muovendo dalle informazioni acquisite da Eurojust e dalla Rete giudiziaria europea. Nel contesto dell'emergenza sanitaria, gli Stati sono giunti a soluzioni di compromesso, frutto dell'equilibrata ponderazione tra le esigenze probatorie connesse all'accertamento dei reati e la necessità di assicurare il rispetto delle misure di contenimento del contagio, nell'ottica di tutelare il diritto alla salute, dando prova di sapere utilizzare gli strumenti predisposti dalla direttiva.

L'intento di verificare, a livello pratico, il funzionamento e la tenuta dello strumento di raccolta della prova transnazionale è stato soddisfatto grazie all'opportunità di dialogo e confronto con alcuni pubblici ministeri, titolari di indagini

che hanno richiesto l'attivazione o l'esecuzione dell'OEI, esaminando i relativi fascicoli. La ricostruzione della vicenda fattuale e la lettura critica dei casi selezionati, derivanti da due realtà tra loro molto diverse – la Procura di Milano e quella di Monza – offrono lo spunto, in chiusura, per formulare riflessioni aperte sul futuro dell'ordine europeo d'indagine, che lasciano trasparire uno spirito di ottimismo: gli strumenti normativi ci sono, occorre affinarne la conoscenza e perfezionarne l'uso nella prassi applicativa.

CAPITOLO I

LA CIRCOLAZIONE DELLA PROVA PENALE NELLO SPAZIO GIUDIZIARIO EUROPEO: LE TAPPE EVOLUTIVE DEL MUTUO RICONOSCIMENTO E LA NASCITA DELL'ORDINE EUROPEO D'INDAGINE PENALE (OEI)

SOMMARIO. 1. La cooperazione giudiziaria penale nel sistema precedente all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona. – 1.1. Il Trattato di Amsterdam: lo sviluppo dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia. – 2. Le origini del principio del mutuo riconoscimento: il Consiglio europeo di Tampere e il Programma dell'Aja. – 2.1. Il principio del mutuo riconoscimento quale fondamento della cooperazione giudiziaria in materia penale *ex art. 82 TFUE*. – 2.2 I primi tentativi di attuare il reciproco riconoscimento in ambito probatorio: la decisione quadro 2003/577/GAI in tema di blocco dei beni o di sequestro probatorio e la decisione quadro 2008/978/GAI relativa al mandato europeo di ricerca della prova (m.e.r.). – 3. Il mandato europeo di ricerca della prova “alla deriva”. – 3.1. Una “marea” di strumenti: l'intreccio tra mutua assistenza e reciproco riconoscimento. – 3.2. L'OEI all'orizzonte: il programma di Stoccolma, il Libro verde sulla ricerca della prova in materia penale e la proposta di direttiva. – 4. La direttiva 2014/41/UE relativa all'ordine europeo d'indagine penale: “un approdo sicuro, ma non definitivo”. – 4.1. Il coordinamento con le fonti sovranazionali preesistenti: la sostituzione delle “corrispondenti disposizioni” e il perimetro applicativo dell'OEI. – 5. Sull'onda dell'entusiasmo europeo: l'ammodernamento delle rogatorie ad opera della riforma del Libro XI del codice di rito. – 5.1. L'ingresso del mutuo riconoscimento sul piano interno e la funzione di contro limite dei diritti fondamentali.

1. La cooperazione giudiziaria penale nel sistema precedente all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona

La storia della cooperazione giudiziaria¹ in materia penale nasce e si sviluppa parallelamente al processo di creazione e trasformazione dell'Unione europea, culminato con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona nel 2009.

¹ Sull'argomento la letteratura è ampia. Tra i molteplici contributi si segnala R. ADAM - A. TIZZANO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, Torino, Giappichelli, 2020; R. E. KOSTORIS (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, Milano, Giuffrè, 2019; M. R. MARCHETTI - E. SELVAGGI (a cura di), *La nuova cooperazione giudiziaria penale. Dalle modifiche al codice di procedura penale all'ordine europeo d'indagine*, Milano, Wolters Kluwer Cedam, 2019; A. MARANDOLA (a cura di), *Cooperazione giudiziaria penale*, Milano, Giuffrè, 2018; G. BARROCU, *La cooperazione investigativa in ambito europeo. Da Eurojust all'ordine di indagine*, Milano, Wolters Kluwer Cedam, 2017; C. AMALFITANO - M. CONDINANZI, *Unione europea: fonti, adattamento e rapporti fra ordinamenti*, Torino, Giappichelli, 2015; L. KALB (a cura di), *Studi in materia di cooperazione giudiziaria penale*, Torino, Giappichelli, 2013; T. RAFARACI (a cura di), *La cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale nell'unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, Milano, Giuffrè, 2011; A. SCALFATI - P. MOSCARINI - L. FILIPPI - P. GUALTIERI (a cura di), *La circolazione investigativa nello spazio giuridico europeo*, Padova, Cedam, 2010; E. APRILE - F. SPIEZIA, *Cooperazione giudiziaria nell'Unione europea prima e dopo il Tratto di Lisbona*, Milano, Ipsosa, 2009; T. RAFARACI (a cura di), *L'area di libertà, sicurezza e giustizia, alla ricerca di un equilibrio fra priorità repressive ed esigenze di garanzia*, Milano, Giuffrè, 2007; M. CHIAVARIO, *Cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale a livello europeo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, n. 3, p. 974 ss.

Eretto sulle fondamenta del principio del mutuo riconoscimento delle sentenze e delle decisioni giudiziarie, cristallizzato nell'art. 82 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), il settore della cooperazione giudiziaria penale presuppone l'acquisizione di un elevato livello di fiducia reciproca tra gli Stati membri, che a sua volta si colloca lungo un cammino scosceso, ancora in salita.

Al fine di cogliere appieno i profili evolutivi che nel corso degli ultimi decenni hanno interessato tale specifico settore, pare imprescindibile ripercorrerne le tappe principali, delimitando lo sguardo entro i confini dello spazio comunitario.

Il campanello d'allarme suona per la prima volta negli anni Settanta, quando la Comunità economica europea (CEE), sotto la minaccia della diffusione di forme di criminalità terroristica transfrontaliera, dà vita a strutture di cooperazione basate sul metodo intergovernativo, al di fuori del quadro istituzionale comunitario. La scelta di avvalersi del modello intergovernativo, in luogo di quello comunitario, è dettata dall'esigenza, unanimemente avvertita, di salvaguardare la sovranità nazionale nei settori in cui il pluralismo è stato tradizionalmente prediletto rispetto all'unità.

È in questo contesto che s'inserisce la nascita del Gruppo TREVI, nel corso del Consiglio europeo svoltosi a Roma nel 1975, in risposta al crescente fenomeno del terrorismo e a fronte dell'inefficacia dell'azione di Interpol. Si trattava, in particolare, di una forma di cooperazione di polizia operante a livello intergovernativo, che riuniva i funzionari nazionali dei ministeri della giustizia e degli interni le cui competenze, inizialmente circoscritte alla lotta contro il terrorismo, sono state progressivamente estese ad altri settori della criminalità internazionale, quali il commercio di sostanze stupefacenti e l'immigrazione clandestina. Nonostante la sua breve vita, spirata con l'entrata in vigore del Trattato di Maastricht nel 1992, al Gruppo TREVI si riconosce il merito di aver gettato le basi per l'edificazione dell'*ex* Terzo pilastro (GAI) che includeva, per l'appunto, le materie della cooperazione di polizia e giudiziaria.

A seguito del fallimento del progetto francese di promuovere la creazione di uno "Spazio giudiziario penale europeo"², riconducibile alla mancata adesione di alcuni

² Si tratta del progetto presentato dal Presidente Giscard d'Estaing ai Consigli europei del 1976, 1977 e 1978. Così si legge in una delle sue dichiarazioni al Consiglio europeo di Bruxelles del dicembre 1977: "I Trattati di Parigi e di Roma hanno gettato le basi di uno Spazio economico, del Mercato comune e anche di uno Spazio commerciale. La costruzione dell'Europa dovrebbe arricchirsi di un nuovo concetto, quello di Spazio giudiziario".

Stati (Paesi Bassi, Belgio e Regno Unito), un segnale di ripresa si ha con l'emanazione del Libro bianco della Commissione, risalente al 1985, e con la adozione dell'Atto unico europeo del 1986, entrambi animati dall'obiettivo di realizzare un mercato interno (o mercato unico), definito come uno spazio geografico e giuridico all'interno del quale garantire la libertà di circolazione di merci, servizi, capitali e persone.

Proprio l'implementazione di quest'ultima libertà fondamentale, mediante la soppressione dei controlli alle frontiere interne, ha reso necessario il potenziamento della cooperazione nell'ambito della giustizia e degli affari interni, al fine di evitare che la maggiore libertà di movimento agevolasse l'insediamento di organizzazioni criminali e la propagazione dell'immigrazione illegale.

L'ottica in cui ci si muoveva era, dunque, quella di predisporre misure di contrasto, che fossero idonee a colmare le lacune createsi nel sistema della sicurezza pubblica, in conseguenza della liberalizzazione della circolazione interna delle persone. Il metodo prescelto restava, tuttavia, quello fondato sui tradizionali meccanismi di cooperazione intergovernativa, implicanti il ricorso a strumenti privi di vincolatività, quali raccomandazioni e risoluzioni, nonché convenzioni internazionali, dotate di effetti vincolanti, ma richiedenti procedure lente e farraginose³.

³ Ulteriori aspetti che contraddistinguono il metodo intergovernativo sono il ricorso generalizzato alla regola della unanimità, l'attribuzione di un ruolo fondamentale al Consiglio e al Consiglio europeo, la composizione degli organi, i cui membri agiscono nella veste di rappresentanti degli Stati di provenienza, il riconoscimento di un ruolo meramente consultivo del Parlamento europeo, il limitato diritto d'iniziativa spettante alla Commissione, il difetto di poteri di controllo in capo ai parlamenti nazionali e alla Corte di Giustizia. Ad esso si contrappone il metodo comunitario, le cui origini risalgono all'istituzione delle Comunità europee (CECA, CEE, Euratom), che differisce dal primo sotto molteplici profili. In particolare, gli organi comunitari sono composti prevalentemente da soggetti dotati di indipendenza, i quali agiscono nell'interesse generale della Comunità e deliberano, di regola, secondo il criterio della maggioranza qualificata; inoltre, le istituzioni possono adottare atti vincolanti nei confronti degli Stati membri, sottoposti a un sistema di controllo giurisdizionale di legittimità.

Il modello intergovernativo, in grado di assicurare il mantenimento della supremazia della sovranità nazionale, non è abbandonato neppure con l'adozione dell'Accordo di Schengen del 1985⁴ e della relativa Convenzione applicativa (CAAS), entrata in vigore dieci anni più tardi.

Benché ancorati al metodo intergovernativo, tali accordi compiono un significativo passo in avanti sul fronte della cooperazione interstatale. Diverse disposizioni in essi contenute appaiono infatti particolarmente innovative e sintomatiche della volontà di costituire uno Spazio penale europeo⁵. Il riferimento è rivolto soprattutto all'istituzione di un più efficiente e rapido sistema di estradizione e di esecuzione delle sentenze penali straniere, nonché, sul versante della cooperazione di polizia, alle previsioni concernenti l'osservazione e l'inseguimento transfrontaliero, cui si accompagna la creazione del Sistema d'informazione Schengen (SIS), una banca dati informatica su larga scala che favorisce, attraverso un sistema di segnalazioni, la comunicazione e il coordinamento tra le forze dell'ordine degli Stati firmatari.

All'interno del c.d. "spazio Schengen" si assiste pertanto a un indissolubile intreccio tra libertà di circolazione delle persone e rafforzamento delle misure di cooperazione intergovernativa di natura penale, atte a compensare il *deficit* di sicurezza frutto della graduale eliminazione dei controlli alle frontiere comuni.

Il passo successivo è rappresentato dal Trattato sull'Unione europea, firmato a Maastricht il 7 febbraio 1992 ed entrato in vigore l'1 novembre 1993, con l'ambizioso obiettivo, dichiarato nel suo preambolo, di segnare "una nuova tappa nel processo di creazione di un'unione sempre più stretta tra i popoli dell'Europa, in cui le decisioni siano prese il più vicino possibile ai cittadini" e, per quel che qui interessa, di "agevolare la libera circolazione delle persone, garantendo nel contempo la sicurezza dei loro popoli".

⁴ Nel 1985 cinque Stati (Belgio, Paesi Bassi, Lussemburgo, Repubblica federale di Germania e Repubblica di Francia) firmano un accordo relativo alla graduale abolizione dei controlli alle frontiere interne. Cinque anni più tardi gli stessi paesi stipulano la Convenzione di Schengen, integrativa del predetto accordo, in cui si stabiliscono le misure e le garanzie necessarie per l'attuazione della politica dell'assenza di controlli alle frontiere interne. Oggi lo "spazio Schengen" si compone di 26 Stati (di cui 22 facenti parte dell'Unione): Belgio, Repubblica ceca, Danimarca, Germania, Estonia, Grecia, Spagna, Francia, Italia, Lettonia, Lituania, Lussemburgo, Ungheria, Malta, Paesi Bassi, Austria, Polonia, Portogallo, Slovenia, Slovacchia, Finlandia e Svezia, unitamente a Islanda, Liechtenstein, Norvegia e Svizzera.

⁵ In questi termini, v. A. WEYEMBERGH, *Storia della cooperazione*, in R. E. Kostoris (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, cit., p. 211.

Il Trattato di Maastricht rimodella l'architettura della Comunità europea, forgiando una struttura suddivisa in tre Pilastri, che evoca la suggestiva immagine del "tempio greco". A fianco del primo Pilastro, costituito dalle Comunità europee, si stagliavano il secondo e il terzo Pilastro, che inglobavano rispettivamente la politica estera e di sicurezza comune (PESC) e la cooperazione nei settori della giustizia e degli affari interni (GAI), ivi inclusa la cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale⁶.

La suddetta tripartizione implicava significative differenze sotto il profilo delle modalità di funzionamento. In particolare, il primo Pilastro, colonna portante dell'Unione europea, era plasmato sul modello comunitario, con il conseguente affidamento alle istituzioni dell'esercizio delle competenze oggetto di cessione di sovranità da parte degli Stati secondo i principi di proporzionalità e, con riferimento alle materie non riconducibili alla sua esclusiva competenza, di sussidiarietà.⁷

Diversamente, nel settore della PESC e in quello della giustizia e affari interni dominava la logica intergovernativa, cui corrispondeva la centralità del ruolo rivestito dal Consiglio dell'Unione e la scarsità dei poteri attribuiti alle altre istituzioni comunitarie (Parlamento europeo e Commissione). Inoltre, le questioni attinenti al terzo

⁶ V. N. PARISI - D. RINOLDI (a cura di) *Giustizia e affari interni nell'Unione Europea: il terzo pilastro del Trattato di Maastricht*, Torino, Giappichelli, 1998.

⁷ V. art. 5 TUE (ex art. 5 TCE): "La delimitazione delle competenze dell'Unione si fonda sul principio di attribuzione. L'esercizio delle competenze dell'Unione si fonda sui principi di sussidiarietà e proporzionalità. In virtù del principio di attribuzione, l'Unione agisce esclusivamente nei limiti delle competenze che le sono attribuite dagli Stati membri nei trattati per realizzare gli obiettivi da questi stabiliti. Qualsiasi competenza non attribuita all'Unione nei trattati appartiene agli Stati membri. In virtù del principio di sussidiarietà, nei settori che non sono di sua competenza esclusiva l'Unione interviene soltanto se e in quanto gli obiettivi dell'azione prevista non possono essere conseguiti in misura sufficiente dagli Stati membri, né a livello centrale né a livello regionale e locale, ma possono, a motivo della portata o degli effetti dell'azione in questione, essere conseguiti meglio a livello di Unione. Le istituzioni dell'Unione applicano il principio di sussidiarietà conformemente al protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità. I parlamenti nazionali vigilano sul rispetto del principio di sussidiarietà secondo la procedura prevista in detto protocollo. In virtù del principio di proporzionalità, il contenuto e la forma dell'azione dell'Unione si limitano a quanto necessario per il conseguimento degli obiettivi dei trattati. Le istituzioni dell'Unione applicano il principio di proporzionalità conformemente al protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità."

Pilastro esulavano dalla sfera di competenze della Corte di giustizia, restando così prive di un controllo giurisdizionale (art. L).⁸

Mentre il settore della PESC è tuttora soggetto a un regime speciale e autonomo⁹, contrassegnato dalla predominanza del ruolo del Consiglio europeo, affiancato dall'Alto Rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza¹⁰, e dalla residualità del criterio della maggioranza qualificata, il volto del terzo Pilastro ha subito un profondo mutamento con il Trattato di Amsterdam, per poi essere definitivamente oscurato con quello di Lisbona.

1.1. Il Trattato di Amsterdam: lo sviluppo dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia

Tra le significative innovazioni apportate nell'ambito della cooperazione di polizia e giudiziaria penale dal Trattato di Amsterdam, in vigore dal maggio 1999, si segnalano l'integrazione dell'*acquis* di Schengen dell'Unione europea e la formalizzazione della procedura della cooperazione rafforzata per la realizzazione di un'Europa "a più velocità"¹¹.

L'aspetto più rilevante concerne la fissazione di un nuovo obiettivo strategico: il mantenimento e lo sviluppo uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia (SLSG), la cui pregnanza di significato s'intensifica anche grazie all'elaborazione del concetto di cittadinanza europea e al consolidamento dei diritti delle persone della neonata organizzazione a carattere sovranazionale.

⁸ Cfr. R. E. KOSTORIS, *Il sistema dell'unione*, in R. E. Kostoris (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, cit., p. 7, il quale osserva come il metodo intergovernativo risulti "strettamente legato alla volontà dei governi rappresentati in seno al Consiglio, che deliberava per lo più all'unanimità, senza controllo da parte della Commissione e della Corte di Giustizia e senza coinvolgimento del Parlamento europeo. Sul punto, v. anche M. CONDINANZI, *Fonti del «Terzo Pilastro» dell'Unione europea e ruolo della Corte costituzionale*, in *Dir. Un. Eur.*, 2007, n. 3, p. 513 ss.

⁹ V. artt. 21 e ss. TUE e artt. 2 § 4, 218 § 3, 275, 329 § 2, 331 § 2, 352 § 4.

¹⁰ Cfr. artt. 18 e 36 TUE.

¹¹ L'esempio più noto di cooperazione rafforzata instaurata a seguito dell'entrata in vigore del trattato di Amsterdam è costituito dal Trattato di Prüm, sottoscritto il 27 maggio 2005 da sette Stati membri dell'Unione europea (Germania, Spagna, Francia, Austria, Belgio, Paesi Bassi e Lussemburgo) con l'obiettivo di rafforzare la cooperazione di polizia in materia di lotta al terrorismo, alla criminalità transfrontaliera e all'immigrazione clandestina.

All'interno della mutata cornice di riferimento, le misure di prevenzione e contrasto alle forme di criminalità transfrontaliera non si limitano più a fare da contraltare alla riduzione della soglia di sicurezza comune, derivante dall'evaporazione dei confini geografici, divenendo piuttosto tasselli fondamentali per l'edificazione dell'Unione europea quale spazio di libertà, sicurezza e giustizia¹². Nel perseguimento di tale obiettivo, si opta per un ridimensionamento del contenuto del terzo Pilastro che, svuotato delle materie di asilo, immigrazione e cooperazione giudiziaria civile (trasferite nel primo Pilastro), viene ristretto alle sole materie attinenti alla cooperazione di polizia e giudiziaria penale.¹³

Sebbene la componente intergovernativa continui a prevalere, s'insinuano alcuni elementi rivelatori dell'avvio di un percorso di "comunitarizzazione" del settore mantenuto nel grembo del terzo Pilastro, per il completamento del quale occorre attendere il Trattato di Lisbona¹⁴. A tal riguardo, si evidenzia anzitutto l'attribuzione alla Commissione di un potere di iniziativa in materia di cooperazione penale, giudiziaria e di polizia, nonché l'estensione del raggio di competenza della Corte di giustizia, subordinata all'accettazione da parte dello Stato membro interessato. Si consente, inoltre, il ricorso alla c.d. clausola "passerella", che legittima il Consiglio, su proposta della Commissione o dei singoli Stati, a far confluire alcune materie nell'alveo del primo Pilastro.

Per ciò che attiene agli atti normativi utilizzabili nell'ambito della cooperazione penale, l'art. 34 § 2 TUE, nella versione "pre- Lisbona", menzionava, oltre alle convenzioni internazionali¹⁵, le decisioni quadro¹⁶ e le decisioni¹⁷, che configuravano

¹² V. artt. 3 TUE e 67 TFUE.

¹³ Si tratta peraltro di una scelta scontata, trattandosi di materie tradizionalmente considerate dagli Stati membri come facenti parte della loro sovranità. Cfr. A. WEYEMBERGH, *Storia della cooperazione*, cit., p. 215.

¹⁴ Cfr. M. CAIANIELLO, *Dal Terzo pilastro ai nuovi strumenti: diritti fondamentali, "road map" e impatto delle nuove direttive*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, n. 4, p. 70 ss.

¹⁵ È proprio in questo periodo che viene partorita la Convenzione di Bruxelles del 29 maggio 2000 relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea, in *G.U.C.E.*, 12 luglio 2000, C 197/1.

¹⁶ Le decisioni quadro sono uno strumento diretto al "ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri" privo, però, di efficacia diretta, a livello sia verticale sia orizzontale, a differenza della direttiva. Sul punto, cfr. C. giust., 16 maggio 2005, *Pupino*, C-105/03, ove si afferma che "pur non potendo esplicitare effetti diretti negli ordinamenti nazionali, impongono tuttavia al giudice – anche se non trasposte – l'obbligo di interpretare il diritto interno in modo ad esse conforme".

categorie distinte, ma accomunate dalla capacità di produrre effetti vincolanti nei confronti degli Stati membri.

Un significativo passo in avanti è dunque compiuto rispetto agli strumenti meno incisivi, adottabili sotto la vigenza del Trattato di Maastricht, che rispecchiavano l'atteggiamento di chiusura manifestato dai singoli Stati nei confronti delle disposizioni di matrice sovranazionale.

La stagione immediatamente successiva all'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam coincide con la fioritura di tali strumenti innovativi, in risposta alla crescente espansione dei fenomeni della criminalità internazionale, specialmente a seguito dell'attacco terroristico dell'11 settembre 2001. Si acquisisce, così, la consapevolezza che l'intensificazione della cooperazione tra forze di polizia e autorità giudiziarie debba passare attraverso la semplificazione e l'accelerazione delle procedure.

I tempi erano maturi per un cambiamento di paradigma, segnato dall'entrata in scena di un nuovo protagonista: il principio del mutuo riconoscimento.

2. Le origini del principio del mutuo riconoscimento: il Consiglio europeo di Tampere e il Programma dell'Aja

Il principio del mutuo riconoscimento delle sentenze e delle decisioni¹⁸ si concretizza nella libertà di circolazione dei prodotti giudiziari all'interno dello spazio

¹⁷ La decisione, che rinviene la propria base giuridica nell'art. 288 § 3 TFUE, è invece obbligatoria in tutti i suoi elementi e direttamente applicabile in ciascuno Stato membro, al pari del regolamento, e può indirizzarsi anche ai singoli individui discostandosi, sotto questo profilo, dalla direttiva, che può avere soltanto portata generale. In tema di cooperazione giudiziaria e di polizia, due esempi sono la decisione del Consiglio 2002/187/GAI, istitutiva di Eurojust, successivamente abrogata dal Regolamento 2018/1727/UE, e la decisione del Consiglio 2009/371/GAI, istitutiva di Europol, poi sostituita dal Regolamento 2016/794/UE.

¹⁸ La prima formulazione del principio del mutuo riconoscimento, quale corollario del principio dell'accettazione dei prodotti legalmente e lealmente fabbricati all'interno della Comunità europea, risale alla celebre sentenza della Corte di Giustizia, *Cassis de Dijon*, del 20 febbraio 1979, C-120/78, in materia di libera circolazione delle merci.

euro-unitario e riposa sulla fiducia nutrita reciprocamente dagli Stati membri¹⁹, legati dall'appartenenza a una medesima Comunità e dalla condivisione di valori comuni²⁰.

In ossequio a tale principio, il riconoscimento e l'esecuzione di un provvedimento di matrice straniera avviene alle stesse condizioni stabilite a livello interno, senza possibilità, per l'autorità richiesta della cooperazione, di sindacare nel merito le ragioni sottese alla sua emanazione.

L'applicabilità del mutuo riconoscimento nell'ambito della cooperazione giudiziaria, sia penale che civile, presa in considerazione per la prima volta durante il Consiglio europeo di Cardiff del 15 e 16 giugno del 1998, risale formalmente al Consiglio di Tampere, tenutosi il 15 e 16 ottobre 1999²¹. In quell'occasione, che riuniva in via straordinaria i capi di Stato e di Governo di ciascuno Stato membro, il Consiglio europeo dichiarava di considerare prioritario l'obiettivo di rendere l'Unione "uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia avvalendosi appieno delle possibilità offerte dal trattato di Amsterdam".

Particolarmente significativo pare, in quest'ottica, il par. 33 delle conclusioni della Presidenza, ove si afferma che il principio del mutuo riconoscimento "dovrebbe diventare il fondamento della cooperazione giudiziaria nell'Unione tanto in materia civile quanto in materia penale", precisandone la sua estensione applicativa "sia alle sentenze sia alle altre decisioni delle autorità giudiziarie".

Muovendo dalla definizione del principio in esame quale "pietra angolare" della costruzione di uno spazio giudiziario europeo, inizia a farsi strada l'idea, poi ripresa nell'art. 82 TFUE, della strumentalità del reciproco riconoscimento e del ravvicinamento delle legislazioni nazionali rispetto alla realizzazione di un modello vantaggioso di cooperazione. A tal proposito, al par. 40 delle citate conclusioni si

¹⁹ La fiducia reciproca viene ormai intesa quale preconditione indispensabile per sviluppare in modo soddisfacente il mutuo riconoscimento. In questi termini, v. J.R. SPENCER, *Mutuo riconoscimento, armonizzazione e tradizionali modelli intergovernativi*, in R. E. Kostoris, *Manuale di procedura penale europea*, cit., p. 349.

²⁰ V. l'art. 2 TUE: "L'Unione si fonda sui valori del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranze. Questi valori sono comuni agli Stati membri in una società caratterizzata dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà e dalla parità tra donne e uomini", e l'art. 49 TUE: "Ogni Stato europeo che rispetti i valori di cui all'articolo 2 e si impegni a promuoverli può domandare di diventare membro dell'Unione".

²¹ Cfr. L. SALAZAR, *La costruzione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia dopo il consiglio europeo di Tampere*, in *Cass. pen.*, 2000, n. 4, p. 1114 ss.

sottolinea che “l’elevato livello di sicurezza nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia presuppone un approccio efficace e globale nella lotta contro qualsiasi forma di criminalità”. Ancora, al successivo par. 46 si gettano le basi per l’istituzione di Eurojust, poi espressamente prevista dal Trattato di Nizza del 2001, quale organo incaricato “di agevolare il buon coordinamento tra le autorità nazionali responsabili dell’azione penale, di prestare assistenza nelle indagini riguardanti i casi di criminalità organizzata, in particolare sulla base dell’analisi di Europol, e di cooperare strettamente con la rete giudiziaria europea, in particolare allo scopo di semplificare l’esecuzione delle rogatorie”²².

Viene dunque posta sotto il cono di luce l’impellente necessità di potenziare la cooperazione al fine di fornire un’efficace risposta alle forme criminali di dimensione sovranazionale. Resta nell’ombra, invece, l’armonizzazione delle normative nazionali, *punctum dolens* della cooperazione penale nello spazio europeo, qui accostata al mutuo riconoscimento e parimenti ritenuta indispensabile in vista del raggiungimento del medesimo obiettivo.

Tali considerazioni sono poi riprese nel Programma dell’Aja del Consiglio europeo del 4 e 5 novembre 2004, attuato dal Piano d’azione del Consiglio e della Commissione del 2005, inteso a rafforzare la libertà, la sicurezza e la giustizia dell’Unione europea.

Per ciò che interessa la giustizia penale, si riconosce espressamente l’importanza assunta dal ravvicinamento delle legislazioni, da realizzare attraverso la creazione di norme minime che salvaguardino i diritti fondamentali, e soprattutto il diritto alla difesa, allo scopo di alimentare la fiducia reciproca fra gli Stati membri, linfa vitale del mutuo riconoscimento. Inizia così a tracciarsi un percorso che si snoda attraverso una concatenazione di anelli: l’armonizzazione normativa, la fiducia reciproca ed il mutuo riconoscimento.

²² V. Regolamento (UE) 2018/1727 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 novembre 2018, che istituisce l’Agenzia dell’Unione europea per la cooperazione giudiziaria penale (Eurojust) e che sostituisce e abroga la decisione 2002/187/GAI del Consiglio. Per un commento, v. L CAMALDO, *La metamorfosi di Eurojust in Agenzia dell’Unione europea per la cooperazione giudiziaria penale*, in *Cass. pen.*, 2019, n. 7, p. 2708 ss.

Si tratta, allora, di verificare se il filo sia ben saldo o se, invece, possa rischiare di spezzarsi²³.

2.1. Il principio del mutuo riconoscimento quale fondamento della cooperazione giudiziaria in materia penale ex art. 82 TFUE

Il banco di prova è rappresentato dall'entrata in vigore, in data 1° dicembre 2009, del Trattato di Lisbona, all'indomani dell'interruzione del procedimento di ratifica del Trattato costituzionale, firmato a Roma il 29 ottobre 2004, con cui era già stato avviato un processo di riforma della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale.

Attraverso il Trattato di Lisbona, che determina la frantumazione dell'impianto suddiviso in pilastri distinti sulla base del metodo di funzionamento, si compie, infatti, lo slittamento delle materie, sino a quel momento relegate nel terzo Pilastro, all'interno dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia (SLSG).

Ne deriva l'assoggettamento della cooperazione penale al metodo comunitario, con rilevanti cambiamenti sul piano formale e sostanziale. In primo luogo, si stabilisce il passaggio alla regola della maggioranza qualificata, seppure con alcune deroghe, e l'attribuzione di un ruolo decisionale, e non più meramente consultivo, al Parlamento europeo. Inoltre, la materia in esame viene ricondotta nella sfera di applicazione dei principi generali del diritto comunitario, spazianti dal principio di leale collaborazione a quello del primato del diritto dell'Unione e del correlato obbligo di interpretazione conforme in capo ai giudici nazionali.

Anche gli atti normativi subiscono un significativo mutamento: le decisioni e, soprattutto, le decisioni quadro cedono il passo a regolamenti e direttive, dotati di un maggior grado di effettività rispetto ai previgenti strumenti di cooperazione.

Un ulteriore aspetto meritevole di considerazione attiene all'espansione dei poteri della Corte di giustizia, destinataria di una competenza generale in materia, inclusa la possibilità di pronunciarsi in via pregiudiziale ex art. 267 TFUE²⁴.

²³ Sul punto, v. le osservazioni di R. E. KOSTORIS, *Il sistema dell'Unione*, cit., p. 8: "Una cooperazione basata su un principio come quello del mutuo riconoscimento dei prodotti giudiziari provenienti dagli altri Stati, che presuppone fiducia nei rispettivi ordinamenti, non può prescindere a lungo (...) da un'opera di armonizzazione delle legislazioni penali".

La prima disposizione, che s'incontra in materia di Spazio di libertà, sicurezza e giustizia, è rappresentata dall'art. 3 § 2 TUE, ove si afferma che l'Unione si impegna ad assicurare la libera circolazione delle persone attraverso la predisposizione di misure necessarie alla prevenzione e al contrasto della criminalità. Il titolo V del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) è poi interamente dedicato alla disciplina dello SLSG, soffermandosi, all'interno del capo IV, sulla cooperazione giudiziaria in materia penale. A tal proposito, risulta emblematica la norma posta in apertura, l'art. 67 TFUE, che coniuga la realizzazione dello SLSG con il rispetto dei diritti fondamentali, nonché dei diversi ordinamenti giuridici e delle diverse tradizioni giuridiche degli Stati membri, evocando il motto dell'Unione europea: unita, nella diversità²⁵.

Parimenti rilevante è il par. 3 della norma in commento, che contiene un espresso riferimento al riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie penali e accenna, seppur timidamente, al ravvicinamento delle disposizioni nazionali. Sotto questo aspetto, più esplicita pare la formulazione di cui all'art. 82 TFUE, che funge da base legale del principio del mutuo riconoscimento²⁶ e dell'armonizzazione delle legislazioni dei singoli Stati in materia di diritto penale sostanziale e processuale.

La codificazione del principio del riconoscimento reciproco, già sperimentato nella prassi, specialmente attraverso il mandato d'arresto europeo e altri strumenti in ambito probatorio, segna un notevole progresso nell'ambito della cooperazione giudiziaria penale. Meno soddisfacenti paiono, invece, i risultati (non) raggiunti sul piano

²⁴ Ai sensi dell'art. 276 TFUE, la Corte di giustizia non è invece competente a verificare la validità o la proporzionalità delle operazioni condotte dalla polizia o da altri servizi incaricati dell'applicazione della legge in uno Stato membro e a pronunciarsi sull'esercizio delle responsabilità incombenti agli Stati membri per il mantenimento dell'ordine pubblico e la salvaguardia della sicurezza interna.

²⁵ A tal proposito, v. art. 4 § 2 TUE: "L'Unione rispetta l'uguaglianza degli Stati membri davanti ai Trattati e la loro identità nazionale insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale, compreso il sistema delle autonomie locali e regionali".

²⁶ Si veda la definizione del principio contenuta nel *Programma di misure per l'attuazione del principio del riconoscimento reciproco delle decisioni penali* (2001/C 12/02), consultabile all'indirizzo www.eur-lex.europa.eu: "Il reciproco riconoscimento deve consentire di rafforzare non solo la cooperazione tra Stati membri, ma anche la protezione dei diritti delle persone. Esso può favorire un miglior reinserimento sociale del delinquente. Infine, il reciproco riconoscimento delle decisioni è un fattore di certezza del diritto in seno all'Unione laddove garantisce che una sentenza pronunciata in uno Stato non verrà rimessa in discussione in un altro Stato membro. L'attuazione del principio di reciproco riconoscimento delle decisioni penali presuppone una fiducia reciproca degli Stati membri nei rispettivi ordinamenti penali. Tale fiducia si fonda in particolare sulla base comune costituita dal loro attaccamento ai principi della libertà, della democrazia e del rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali nonché dello Stato di diritto".

dell'armonizzazione delle disposizioni nazionali nella materia *de qua*. Il *leit-motiv*, che accompagna anche i futuri strumenti, risiede infatti nell'attribuzione al ravvicinamento delle norme interne di una funzione servente rispetto al rafforzamento della cooperazione basata sul mutuo riconoscimento.

La tematica del ravvicinamento delle legislazioni nazionali è poi ripresa e precisata dal par. 2 della norma in esame e dal successivo art. 83 TFUE. La prima contempla la facoltà del Parlamento europeo e del Consiglio di stabilire norme minime, deliberando mediante direttive e secondo la procedura ordinaria, allo scopo di agevolare il mutuo riconoscimento e la cooperazione nelle materie penali aventi dimensione transazionale.

Le suddette norme non possono, in ogni caso, prescindere dalle differenze che, storicamente e culturalmente, contraddistinguono gli ordinamenti degli Stati membri e le loro tradizioni giuridiche. Significativa è, a tal riguardo, la clausola di salvezza che si accosta all'adozione di un nucleo essenziale di norme minime, posta a salvaguardia di un più elevato *standard* di tutela delle persone a vario titolo coinvolte in procedimenti penali, che gli Stati possono mantenere o introdurre *ex novo*.

Come si dirà oltre, l'*input* di dar vita a norme minime riguardanti il delicato tema dell'ammissibilità reciproca delle prove penali tra gli Stati membri, sebbene fortemente auspicato, non è stato accolto nei successivi interventi normativi²⁷.

L'art. 83 TFUE si occupa, più da vicino, del diritto penale sostanziale, prevedendo in capo alle istituzioni europee la possibilità, da attuare mediante lo strumento della direttiva, di creare "norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni in sfere di criminalità particolarmente grave che presentano una dimensione transnazionale derivante dal carattere o dalle implicazioni di tali reati o da una particolare necessità di combatterli su basi comuni"²⁸.

²⁷ V. L. MARAFIOTI, *Orizzonti investigativi europei, assistenza giudiziaria e mutuo riconoscimento*, T. Bene - L. Luparia - L. Marafioti (a cura di), *L'ordine europeo di indagine. Criticità e prospettive*, Torino, Giappichelli, 2016, p. 13, il quale rileva che "la premessa indispensabile per costruire un clima di *confiance mutuelle* sia un previo ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri affinché i relativi sistemi di giustizia possano disporre di un patrimonio comune di legalità, valori giuridici e diritti fondamentali omogenei".

²⁸ Il riferimento è alle seguenti sfere di criminalità: terrorismo, tratta degli esseri umani e sfruttamento sessuale delle donne e dei minori, traffico illecito di stupefacenti, traffico illecito di armi, riciclaggio di denaro, corruzione, contraffazione di mezzi di pagamento, criminalità informatica e criminalità organizzata.

Un'ulteriore novità apportata dal Trattato di Lisbona in tema di cooperazione giudiziaria penale consiste nella dilatazione delle funzioni di Eurojust²⁹, di cui all'art. 85 TFUE, quale organo deputato al sostegno e al potenziamento del coordinamento e della cooperazione tra le autorità, nonché alla proposta di avviare azioni penali, specialmente in relazione ai reati lesivi degli interessi finanziari dell'Unione.

Inoltre, centrale importanza assume l'art. 86 TFUE, che prevede l'istituzione, a partire da Eurojust, della Procura europea³⁰, con il compito di individuare, perseguire e rinviare a giudizio gli autori di reati connessi alla criminalità finanziaria transfrontaliera.

²⁹ Sull'argomento v. G. DE AMICIS, *Gli organismi centralizzati della cooperazione giudiziaria: Eurojust*, in R. E. Kostoris (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, cit., p. 261 ss.; ID., *Il "rafforzamento" di Eurojust nella prospettiva del pubblico ministero europeo: finis an transitus?*, in P. Corso - E. Zanetti (a cura di), *Studi in onore di Mario Pisani*, vol. II, Piacenza, La Tribuna, 2010, p. 111 ss.; ID., *L'attuazione di Eurojust nell'ordinamento italiano*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 1439 ss.; ID., *Eurojust: tempi rapidi e accordo sicuro su obiettivi e competenze*, in *Dir. e giust.*, 2001 n. 37, p. 58 ss.; ID., *Eurojust: le indicazioni del ministero per rendere effettivo il coordinamento*, in *Dir. e giust.*, 2001 n. 24, p. 54 ss.; ID., *La costruzione di Eurojust nell'ambito del "terzo pilastro" dell'Unione europea*, in *Cass. pen.*, 2001, n. 6, p. 1964 ss.; P. MOSCARINI, *Eurojust e il PM europeo: dal coordinamento investigativo alle investigazioni coordinate*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, n. 5, p. 635 ss.; F. SPIEZIA, *La proposta di regolamento del 17 luglio 2013 per la creazione dell'agenzia dell'Unione europea per la cooperazione giudiziaria penale. Lo stato dei negoziati e le prospettive per il futuro di Eurojust*, in *Cass. pen.*, 2015, n. 4, p. 1614 e ss.; ID., *Il coordinamento giudiziario sovranazionale: problemi e prospettive alla luce della nuova decisione 2009/426/GAI che rafforza i poteri di Eurojust*, in *Cass. pen.*, 2010, n. 5, p. 1990 ss.; F. DE LEO, *Quale legge per Eurojust?*, in *Quest. giust.*, 2003, n. 1, p. 197 ss.; ID., *Da eurojust al pubblico ministero europeo*, in *Cass. pen.*, 2003, n. 4, p. 1432 ss.; F. RUGGIERI, *Eurojust tra diritto interno e Unione europea*, in *La Rivista del Consiglio*, 2003, n. 3, p. 85 ss.; L. SALAZAR, *La riforma di Eurojust e i suoi riflessi sull'ordinamento italiano*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2019, n. 1, p. 43 ss.; ID., *Eurojust, passo provvisorio ma decisivo contro il grande crimine transnazionale*, in *Dir. e giust.*, 2001, n. 5, p. 8 ss.; ID., *Eurojust: una prima realizzazione della decisione del Consiglio europeo di Tampere*, in *Doc. giust.*, 2000, n. 6, p. 1340 ss.

³⁰ La nascita della Procura europea risale all'entrata in vigore del Regolamento (UE) 2017/1939 del Consiglio del 12 ottobre 2017, a seguito dell'attivazione del meccanismo di cooperazione rafforzata semplificata. Il regolamento è stato in origine concordato dai seguenti Stati membri: Austria, Belgio, Bulgaria, Croazia, Cipro, Repubblica Ceca, Estonia, Germania, Grecia, Finlandia, Francia, Italia, Lettonia, Lituania, Lussemburgo, Portogallo, Romania, Slovenia, Slovacchia e Spagna. Nel 2018, è stata approvata da parte della Commissione l'adesione dei Paesi Bassi e di Malta. Tra i numerosi contributi in dottrina, v. BARROCU G., *La procura europea. Dalla legislazione sovranazionale al coordinamento interno*, Padova, Cedam, 2021; R. E. KOSTORIS, *Gli organismi centralizzati della cooperazione giudiziaria: la Procura europea*, in ID. (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, cit., p. 276 ss.; ID., *Pubblico ministero europeo e indagini "nazionalizzate"*, in *Cass. pen.*, 2013, n. 12, p. 4738 ss.; R. BELFIORE, *L'adeguamento della normativa nazionale al Regolamento sulla Procura europea: il punto della situazione*, in *Sist. pen.*, 30 luglio 2020; F. SPIEZIA, *Il pubblico ministero europeo e i suoi rapporti con Eurojust*, in *Dir. pen. cont.*, 28 maggio 2018, p. 1 ss.; L. SALAZAR, *La Procura europea è finalmente realtà: what's next ... ?*, in *Eurojus*, 20 novembre 2017; ID., *Definitivamente approvato il regolamento istitutivo della Procura europea*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, n. 10, p. 328 ss.; ID., *Habemus EPPO! La lunga marcia della Procura europea*, in *Arch. pen.*, 2017, n. 3, p. 1 ss.; L. CAMALDO, *La nuova fisionomia della*

A tal proposito, si ritiene che la creazione della figura del procuratore europeo rispecchi “una prospettiva che trascende il semplice concetto di *spazio* penale europeo, per collocarsi invece in quello ben più concreto e pregnante di *territorio* penale europeo”³¹.

Alla luce delle innovazioni introdotte dal Trattato di Lisbona, poc’anzi illustrate, è possibile affermare che la direzione in cui si muove l’Unione europea, nello specifico ambito della cooperazione giudiziaria penale, è quella dell’intensificazione del mutuo riconoscimento, specialmente sul versante processuale e probatorio. Se, infatti, sul fronte del diritto penale sostanziale e delle garanzie procedurali dell’indagato o imputato sembra che l’attività di produzione normativa sovranazionale sia illuminata dal faro dell’uniformazione delle legislazioni nazionali³², non altrettanto può dirsi con

Procura europea all'esito del semestre di presidenza italiana del Consiglio europeo, in *Cass. pen.*, 2015, n. 2, p. 804 ss.; ID. (a cura di), *L'istituzione della procura europea e la tutela penale degli interessi finanziari dell'Unione europea*, Torino, Giappichelli, 2014; ID., *Il pubblico ministero europeo dal corpus iuris al trattato di Lisbona: un "fantasma" si aggira nell'Unione europea*, in P. Corso - E. Zanetti (a cura di), *Studi in onore di Mario Pisani*, cit., p. 69 ss.; F. MANFREDINI, *L'acquisizione probatoria in ambito europeo: i rapporti tra l'attività investigativa della Procura europea e l'ordine europeo di indagine penale*, in *Cass. pen.*, 2015, n. 11, p. 4211 ss.; N. PARISI, *La Procura europea: un tassello per lo spazio di giustizia penale*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2013, n. 1, p. 47 ss.; L. LOMBARDO, *L'istituzione del Procuratore europeo: problemi e prospettive*, in *Cass. pen.*, 2003, n. 2, p. 690 ss.; P. LASZLOCZKY, *Pubblico ministero europeo e azione penale europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1999, vol. 1, p. 29 ss. Si segnala, inoltre, la recente entrata in vigore del d.lgs. 2 febbraio 2021, n. 9, recante *Disposizioni per l'adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del regolamento (UE) 2017/1939 del Consiglio, del 12 ottobre 2017, relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata sull'istituzione della Procura europea «EPPO»*, in *G.U.*, 5 febbraio 2021, n. 30. Per un primo commento v. L. SALAZAR, *L'adeguamento interno da parte italiana al regolamento EPPO alla vigilia dell'avvio delle prime indagini*, in *Sist. pen.*, 6 aprile 2021.

³¹ In questi termini A. WEYEMBERGH, *Storia della cooperazione*, in R. E. Kostoris, *Manuale di procedura penale europea*, cit., p. 226.

³² Si fa riferimento ai seguenti atti normativi: direttiva 2011/36/UE sulla prevenzione e repressione della tratta di esseri umani; direttiva 2011/92/UE sulla lotta contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile; direttiva 2013/40/UE relativa agli attacchi contro i sistemi di informazione, direttiva 2014/42/UE sul congelamento e la confisca dei beni strumentali e dei proventi da reato nell'Unione europea, la direttiva 2014/57/UE sulle sanzioni penali in caso di abusi di mercato, la direttiva 2014/62/UE contro la falsificazione dell'euro e di altre monete; direttiva 2017/541/UE sulla lotta contro il terrorismo e che sostituisce la decisione quadro 2002/475/GAI, direttiva 2017/1731/UE relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale, direttiva 2018/1673/UE sulla lotta al riciclaggio mediante il diritto penale. Nell'ambito del diritto processuale penale si segnalano, in particolare: direttiva 2012/29/UE in merito alla tutela delle vittime di reato; direttiva 2010/64/UE sul diritto all'interpretazione e traduzione nei procedimenti penali; direttiva 2013/48/UE sul diritto di avvalersi di un difensore nel procedimento penale e in quello di esecuzione del mandato d'arresto europeo; direttiva 2016/343/UE sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo; direttiva 2016/800/UE sulle garanzie procedurali per i

riferimento alla raccolta delle prove sul territorio straniero, in cui l'exasperata ricerca dell'efficienza offusca le istanze di armonizzazione³³.

2.2. I primi tentativi di attuare il reciproco riconoscimento in ambito probatorio: la decisione quadro 2003/577/GAI in tema di blocco dei beni o di sequestro probatorio e la decisione quadro 2008/978/GAI relativa al mandato europeo di ricerca della prova (m.e.r.)

Già anteriormente alla formale entrata in vigore del Trattato di Lisbona, il principio del mutuo riconoscimento, annoverato tra i capisaldi del Consiglio di Tampere, iniziava silenziosamente a produrre i suoi frutti.

Il primo strumento di cooperazione giudiziaria fondato su tale principio è il mandato d'arresto europeo³⁴, elaborato dalla decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio del 13 giugno 2002, attuata nell'ordinamento nazionale mediante la legge del

minori indagati o imputati in procedimenti penali; direttiva 2016/1919/UE sull'ammissione al patrocinio a spese dello Stato per indagati o imputati e per le persone ricercate nell'ambito di procedimenti di esecuzione del mandato d'arresto europeo.

³³ Cfr. O. MAZZA, *Il principio del mutuo riconoscimento nella giustizia penale, la mancata armonizzazione e il mito taumaturgico della giurisprudenza europea*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, n. 3/4, p. 393 ss., fortemente critico nei confronti del principio del mutuo riconoscimento – ritenuto colpevole di “travolgere ogni tentativo di ravvicinamento degli ordinamenti interni”, poiché “vincola, ma non impegna a mutare la legislazione interna” – afferma che la sola soluzione, ambiziosa ma non per questo irrealizzabile, in grado di superare i problemi che affliggono la cooperazione giudiziaria penale sia “l'utopia di un processo penale europeo”. Nello stesso senso, M. DANIELE, *Ricerca e formazione della prova*, cit., p. 461, ad avviso del quale “se l'armonizzazione potrebbe favorire il mutuo riconoscimento, non è altrettanto vero il contrario. Qualora la logica del mutuo riconoscimento riuscisse ad imporsi, essa consentirebbe alle singole regole nazionali di sopravvivere e di mantenere le loro peculiarità. Ciò impedirebbe di proseguire l'opera di armonizzazione delle discipline, ostacolando nel lungo periodo la creazione di un processo penale europeo unificato”.

³⁴ Sul mandato d'arresto europeo, v. M. BARGIS, *Meglio tardi che mai. Il nuovo volto del recepimento della decisione quadro relativa al m.a.e. nel d.lgs. 2 febbraio 2020, n. 10: una prima lettura*, in *Sist. pen.*, 16 marzo 2021; ID., *Libertà personale e consegna*, in R. E. Kostoris (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, cit., p. 359 ss.; L. CAMALDO (a cura di), *Mandato d'arresto europeo e investigazioni difensive all'estero*, Milano, Giuffrè, 2018; G. DELLA MONICA, *Il mandato di arresto europeo*, Torino, Giappichelli, 2012; E. ZANETTI, *Il mandato di arresto europeo e la giurisprudenza italiana*, Milano, Giuffrè, 2009; L. KALB (a cura di), *Mandato d'arresto europeo e procedure di consegna. Commento alla legge 22 aprile 2005, n. 69*, Milano, Giuffrè, 2005; M. BARGIS - E. SELVAGGI (a cura di), *Mandato d'arresto europeo. Dall'estradizione alle procedure di consegna*, Torino, Giappichelli, 2005; M. CHIAVARIO, *Manuale dell'estradizione e del mandato d'arresto europeo*, Torino, Utet, 2013; G. DE AMICIS - G. IUZZOLINO, *Guida al mandato d'arresto Europeo*, Milano, Giuffrè, 2008; M. CHIAVARIO (diretto da), *Il mandato di arresto europeo: commento alla legge 22 aprile 2005 n. 69*, Torino, Utet, 2006; M. PEDRAZZI (a cura di), *Mandato d'arresto europeo e garanzie della persona*, Milano, Giuffrè, 2004.

22 aprile 2005, n. 69. Non essendo questa la sede per soffermarsi sui profili essenziali del mandato d'arresto europeo, basti qui ricordare che si tratta di un procedimento giudiziario di consegna semplificato rispetto al tradizionale meccanismo dell'extradizione, caratterizzato da tempistiche ristrette e dal contatto diretto tra le autorità giudiziarie, preordinato a consentire l'arresto di una persona che si trovi nel territorio di un altro Stato membro e la sua consegna allo Stato richiedente ai fini dell'esercizio dell'azione penale (mandato d'arresto c.d. *processuale*) o dell'esecuzione di una pena o di una misura di sicurezza detentiva (mandato d'arresto c.d. *esecutivo*).

Per ciò che attiene, invece, agli strumenti di ricerca e formazione della prova, rinviando ad un momento successivo l'analisi della disciplina della rogatoria internazionale, fondata sul diverso principio della reciproca assistenza giudiziaria, i primi tentativi di attuare il mutuo riconoscimento in ambito probatorio³⁵ sono rappresentati da due decisioni quadro risalenti al periodo precedente all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona: la decisione quadro 2003/577/GAI, dedicata ai provvedimenti di blocco dei beni o di sequestro probatorio³⁶, e la decisione quadro 2008/978/GAI, relativa al mandato europeo di ricerca delle prove (m.e.r.)³⁷.

³⁵ Sul tema della circolazione della prova all'estero e dei suoi rapporti con il mutuo riconoscimento, cfr. M. DANIELE, *Ricerca e formazione della prova*, in R. E. Kostoris (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, cit., p. 455 ss.; R. BELFIORE, *La prova penale "raccolta" all'estero*, Roma, Aracne, 2014; G. DARAIO, *La circolazione della prova nello spazio giudiziario europeo*, in L. Kalb (a cura di), *"Spazio europeo di giustizia" e procedimento penale italiano*, Torino, Giappichelli, 2012, p. 503 ss.; M. 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 T. Rafaraci (a cura di), *La cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale nell'unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, cit., p. 135 ss.; G. ILLUMINATI (a cura di), *Prova penale e Unione europea*, Bononia University Press, Bologna, 2009; S. ALLEGREZZA, *Cooperazione giudiziaria, mutuo riconoscimento e circolazione della prova penale nello spazio giudiziario europeo*, in T. Rafaraci (a cura di), *L'area di libertà, sicurezza e giustizia, alla ricerca di un equilibrio fra priorità repressive ed esigenze di garanzia*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 691 ss.; G. MELILLO, *Il mutuo riconoscimento e la circolazione della prova*, in *Cass. pen.* 2006, n. 1, p. 272 ss.

³⁶ V. Decisione quadro 2003/577/GAI del Consiglio, del 22 luglio 2003, relativa all'esecuzione nell'Unione europea dei provvedimenti di blocco dei beni o di sequestro probatorio, in *G.U.U.E.*, 2 agosto 2003, L 196/45. Sul tema, v. E. CALVANESE, *L'esecuzione delle decisioni di confisca*, in R. E. Kostoris (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, cit., p. 573 ss.

³⁷ V. Decisione quadro 2008/978/GAI del Consiglio, del 18 dicembre 2008, relativa al mandato europeo di ricerca della prova, in *G.U.U.E.*, 30 dicembre 2008, L 130/72. In dottrina, cfr. G. BARROCU, *La cooperazione investigativa in ambito europeo*, cit., p. 200 ss.; G. DE AMICIS, *Limiti e prospettive del mandato europeo di ricerca della prova*, in G. Grasso - L. Picotti - R. Sicurella (a cura di), *L'evoluzione del diritto penale nei settori di interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 10 ss.; ID., *Il mandato europeo di ricerca della prova: un'introduzione*, in *Cass. pen.*, 2008, n. 7/8, p.

Con riferimento alla prima, recepita in Italia con il d.lgs. 15 febbraio 2016, n. 35, essa è stata superata, esclusivamente riguardo alla disciplina del sequestro a fini di prova, dalla direttiva 2014/41/UE sull'ordine europeo di indagine³⁸ e, per ciò che concerne il riconoscimento dei provvedimenti aventi per oggetto la confisca dei beni, dal Regolamento 2018/1805/UE³⁹.

Il sistema delineato dalla decisione quadro del 2003 si è infatti rivelato complessivamente insoddisfacente, poiché prestava attenzione unicamente alla fase cautelare dei provvedimenti di blocco o sequestro, allo scopo di impedire atti di distruzione, trasformazione, spostamento, trasferimento o alienazione di prove. La fase successiva, deputata al trasferimento del bene sottoposto a sequestro o a confisca, soggiaceva, invece, alle norme applicabili all'assistenza giudiziaria in materia penale e alla cooperazione internazionale. In altri termini, per espressa previsione dell'art. 10 della decisione quadro in oggetto, la trasmissione della fonte di prova nello Stato di emissione o l'esecuzione della confisca era subordinata a un'esplicita richiesta di rogatoria, con l'effetto di annullare i tratti di semplificazione e speditezza che connotavano la prima fase⁴⁰. La complessità insita nella doppia procedura e l'intreccio

3033 ss.; M. R. MARCHETTI, *Il mandato europeo di ricerca delle prove*, in P. Corso - E. Zanetti (a cura di), *Studi in onore di Mario Pisani*, cit., p. 369 ss.; M. PISANI, *La decisione quadro sul mandato europeo di ricerca delle prove*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 479 ss.; N. PARISI, *Il mandato europeo di ricerca delle prove nel sistema della cooperazione giudiziaria penale fra gli Stati membri dell'Unione*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2009, n. 2, p. 327 ss.; R. BELFIORE, *Il mandato europeo di ricerca delle prove e l'assistenza giudiziaria nell'Unione europea*, in *Cass. pen.*, 2008, n. 10, p. 3894 ss.

³⁸ V. art. 34 § 2 direttiva OEI.

³⁹ V. Regolamento (UE) 2018/1805 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 novembre 2018, relativo al riconoscimento reciproco dei provvedimenti di congelamento e di confisca, in G.U.U.E., 28 novembre 2018, L 303/1, che, a decorrere dal 19 dicembre 2020, sostituisce le decisioni quadro 2003/577/GAI e 2006/783/GAI, quest'ultima relativa all'applicazione del principio di riconoscimento alle decisioni di confisca. In dottrina, v. E. CALVANESE, *L'esecuzione delle decisioni di confisca*, cit., p. 580 ss.

⁴⁰ Gli effetti negativi prodotti da tale procedura bifasica sono evidenziati, in particolare, da E. CALVANESE, *Perquisizioni e sequestri*, in R. E. Kostoris (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, cit., p. 479 e da 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. Sul punto, v. anche la *Circolare in tema di attuazione della direttiva 2014/41/UE relativa all'ordine europeo di indagine penale – Manuale operativo*, del Ministero della giustizia, 26 ottobre 2017, p. 7, ove si rileva che la decisione quadro 2003/577/GAI “non disciplina la fase della consegna allo Stato richiedente della preservata fonte di prova, obbligando quest'ultimo a intraprendere, dopo aver ottenuto rapidamente il provvedimento di blocco, il laborioso percorso della rogatoria tradizionale”.

con gli strumenti di cooperazione tradizionale⁴¹ svelava, così, la scarsa efficienza e l'inutilità pratica del congegno animato solo in parte dal mutuo riconoscimento.

Il secondo tentativo, più ambizioso, è stato quello di elaborare, attraverso la decisione quadro 2008/978/GAI, un sistema “diretto all’acquisizione di oggetti, documenti e dati da utilizzare nei procedimenti penali”, con l’intento di “migliorare ulteriormente la cooperazione giudiziaria” (*considerando* n. 6).

In effetti, nel preambolo della decisione quadro in analisi si rivengono plurimi richiami al principio del mutuo riconoscimento, di cui s’individua nel mandato d’arresto europeo la prima concretizzazione nel settore della cooperazione penale (*considerando* n. 4). Degna di nota è, poi, la presa di coscienza manifestata nel *considerando* n. 8, in cui, dopo aver affermato che il principio del mutuo riconoscimento postula un elevato livello di fiducia tra gli Stati, si riconosce che l’incremento di tale fiducia deve necessariamente passare dallo schieramento di garanzie a tutela dei diritti fondamentali della persona. Tale affermazione appare lungimirante: preannuncia la considerazione che di tali garanzie avrà l’ordine europeo d’indagine, cui il m.e.r. fa da precursore.

Nonostante la decisione quadro relativa al m.e.r. sia stata implementata soltanto da cinque Stati membri⁴², per poi essere abrogata dal Regolamento 95/2016 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 gennaio 2016, si ritiene comunque utile approfondirne le sue peculiarità, onde coglierne eventuali assonanze e difformità rispetto al successivo strumento di raccolta della prova euro-unitaria, disciplinato dalla direttiva 2014/41/UE.

Le varie ragioni, di seguito esaminate, che hanno contribuito alla dissolvenza del m.e.r. non devono essere guardate con sfavore, bensì vanno osservate con la lente di chi intravede in tale strumento un tassello da inserire nel *puzzle* della cooperazione in materia di prove.

Un “dolce naufragio”, dunque, un passaggio necessario⁴³, forse, per quanto evanescente e transitorio, che ha indicato la strada verso l’adozione di un congegno più sofisticato: l’ordine europeo di indagine penale.

⁴¹ V. *considerando* n. 6 della direttiva OEI, *considerando* n. 6 del Regolamento (UE) 2018/1805 e *considerando* n. 5 della decisione quadro 2008/978/GAI.

⁴² Si tratta di Croazia, Finlandia, Paesi Bassi, Slovenia e Spagna.

⁴³ V. G. DE AMICIS, *Limiti e prospettive del mandato europeo di ricerca della prova*, cit., p. 25, che considera il m.e.r. “un primo passo verso la realizzazione del principio di garanzia della legalità del procedimento probatorio nello Stato membro ove gli elementi di prova siano raccolti ovvero messi a disposizione dell’autorità richiedente”.

3. Il mandato europeo di ricerca della prova “alla deriva”

La creazione del mandato di ricerca della prova è stata ritenuta prioritaria sulla base delle indicazioni contenute nel Programma dell’Aia, che sollecitavano il completamento del programma globale di misure per l’attuazione del reciproco riconoscimento delle decisioni penali (*considerando* n. 3).

Inoltre, l’elaborazione di un meccanismo probatorio eretto sulle fondamenta del mutuo riconoscimento era considerata indispensabile per superare la farraginosità e lentezza dei tradizionali congegni di cooperazione riconducibili all’assistenza giudiziaria, su cui ci soffermerà nel paragrafo successivo. È lo stesso *considerando* n. 23 a fissare l’obiettivo della decisione quadro 2008/978/GAI: quello “di sostituire il sistema di assistenza giudiziaria in materia penale” che, in forza del principio di sussidiarietà di cui all’art. 5 TUE, “non può essere realizzato in misura sufficiente dagli Stati membri unilateralmente e può dunque, a causa delle dimensioni e degli effetti, essere realizzato meglio a livello dell’Unione”. Tale disposizione contiene, altresì, un espresso riferimento al principio di proporzionalità, anch’esso sancito dalla medesima norma, in virtù del quale la forma e il contenuto dell’azione dell’Unione debbono limitarsi a quanto strettamente necessario per il conseguimento degli obiettivi prefissati all’interno dei trattati.

Avanzando nel corpo della decisione quadro del 2008, ci si imbatte sin da subito nella definizione del mandato di ricerca della prova⁴⁴, quale decisione giudiziaria emessa da un autorità competente di uno Stato membro – da identificarsi in qualunque autorità giudiziaria, anche diversa da giudice e pubblico ministero, purché “competente a ordinare l’acquisizione dei mezzi di prova nei casi transfrontalieri in base alla legislazione nazionale” (art. 2 lett. c)⁴⁵ – allo scopo di acquisire oggetti, documenti e dati dallo Stato membro di esecuzione. Il corollario più evidente del mutuo riconoscimento consiste, dunque, nella trasmissione diretta del prodotto giudiziario tra le autorità giudiziarie, senza necessità del filtro ministeriale, che rappresenta una costante nei tradizionali strumenti di cooperazione convenzionali. La designazione di

⁴⁴ L’art. 1 della decisione quadro richiama nuovamente il principio del mutuo riconoscimento, più volte evocato nel suo preambolo, e contiene altresì la clausola di salvaguardia che impone il mantenimento dell’obbligo di rispettare i diritti fondamentali e i principi giuridici sanciti dall’art. 6 TUE.

⁴⁵ Sul punto, v. *considerando* n. 9.

una o più autorità centrali – che nell’ordinamento italiano coincide, di consueto, con il Ministro della giustizia – è infatti considerata una mera facoltà in capo agli Stati membri, che può rivelarsi utile al fine di agevolare l’individuazione dell’autorità competente o di prestare assistenza alle medesime. La speditezza delle procedure di cooperazione è assicurata, oltre che dal contatto diretto, dalla circolazione di un formulario *standard* (c.d. “euro-ordinanza”)⁴⁶, allegato alla decisione e compilato a cura dell’autorità emittente, che dovrebbe contenere tutte le informazioni necessarie per l’attivazione di una proficua collaborazione. Per ciò che attiene alle tipologie di procedimenti che consentono il ricorso al m.e.r., si spazia dai procedimenti penali a quelli avviati da autorità amministrative o giudiziarie, quando la decisione può dar luogo a un procedimento davanti a un organo giurisdizionale competente in materia penale, inclusi anche quelli relativi alla responsabilità delle persone giuridiche derivante da reato o da violazioni di altra natura (art. 5).

Diversamente, l’ambito di applicazione oggettivo del m.e.r. è ristretto entro i confini della prova precostituita, con alcune fessure atte a consentire l’ingresso della testimonianza. Proprio la significativa delimitazione del raggio operativo dello strumento in oggetto si rivela presto uno dei principali ostacoli alla sua affermazione nello spazio penale europeo, determinandone la sua precoce scomparsa. In particolare, una prima indicazione circa l’area applicativa si rinviene nel *considerando* n. 7, ove si afferma che l’utilizzo del m.e.r. è diretto ad acquisire oggetti, documenti e dati, includendovi, a titolo esemplificativo, quelli provenienti da un terzo o da perquisizioni locali e domiciliari, nonché i dati storici sull’uso di servizi, tra cui le operazioni finanziarie, i verbali di dichiarazioni, interrogatori, audizioni e altri documenti, compresi i risultati di speciali tecniche investigative.

Più precisa è la portata dell’art. 4 della decisione quadro che, al par. 2, elenca dettagliatamente le attività probatorie e investigative che esulano dalla sfera del m.e.r.

Si tratta, nello specifico, di interrogatori, dichiarazioni o altri tipi di audizioni di indiziati, testimoni, periti o di qualsiasi altra parte; di accertamenti corporali e del prelievo di materiale biologico o dati biometrici, ivi compresi campioni di DNA o

⁴⁶ V. G. DE AMICIS, *Limiti e prospettive del mandato europeo di ricerca della prova*, cit., p. 13, secondo cui lo strumento dell’euro-ordinanza rappresenta un “logico corollario” del principio del mutuo riconoscimento, in quanto “consente la circolazione dei provvedimenti nazionali nell’ambito dello spazio giudiziario europeo e la loro diretta esecuzione, senza *exequatur* o altre procedure di conversione”.

impronte digitali; dell'acquisizione di informazioni in tempo reale, ad esempio attraverso l'intercettazione di comunicazioni, la sorveglianza discreta dell'indiziato o il controllo dei movimenti sui conti bancario; dell'analisi di oggetti, documenti o dati esistenti, nonché della possibilità di ottenere dati sulle comunicazioni conservati dai fornitori di servizi di comunicazioni elettroniche accessibili al pubblico o di una rete pubblica. Ne consegue che le prove dichiarative e scientifiche, le intercettazioni e l'acquisizione dei tabulati telefonici o telematici continuano a sottostare all'applicazione degli strumenti tradizionali di mutua assistenza giudiziaria.

Resta escluso anche lo scambio di informazioni sulle condanne penali estratte dai casellari giudiziari, che rimane disciplinato dalla decisione 2005/876/GAI del Consiglio, del 21 novembre 2005 (art. 4 § 3). Successivamente, si specifica che il mandato europeo di ricerca della prova può essere utilizzato anche per ottenere la trasmissione di oggetti, documenti o dati che, prima della sua emissione, si trovino già in possesso dell'autorità di esecuzione (prova c.d. "pre - acquisita")⁴⁷.

Sotto questo profilo, si registra un'inversione di rotta rispetto a quanto previsto dalla Convenzione di Bruxelles del 2000 (c.d. Convenzione "MAP"), relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea, il cui art. 7 autorizza lo scambio spontaneo di informazioni tra le autorità⁴⁸, "nei limiti

⁴⁷ A tal proposito, v. le considerazioni svolte da R. BELFIORE, *Il mandato europeo di ricerca delle prove e l'assistenza giudiziaria nell'Unione europea*, cit., p. 3897: "Resta però da vedere quanto queste deroghe siano effettivamente in grado di influire sul raggio d'azione della decisione quadro in esame. In primo luogo, rispetto alle prove già esistenti al momento di emissione di un mandato si prescinde dalla possibilità, fornita dalla decisione quadro per le prove da acquisire, che l'autorità di esecuzione ottemperi alle formalità e alle procedure espressamente indicate dall'autorità di emissione che non siano in conflitto con i principi di diritto fondamentali dello Stato di esecuzione (art. 12). Il sistema consegnato nel codice di rito dal combinato disposto di cui agli artt. 78 disp. att. c.p.p. e 238 c.p.p., al fine di consentire il recupero di prove allogene di provenienza tanto domestica quanto estera, richiede invece che dette prove siano state assunte in incidente probatorio o in dibattimento e, nel caso di recupero di prove dichiarative, che il difensore dell'imputato nel procedimento di destinazione abbia partecipato all'assunzione nel procedimento di origine. Vale a dire che, al fine di contemperare la salvaguardia del principio cardine del contraddittorio con l'esigenza di prevenire superflue reiterazioni di attività probatoria, l'importazione in un procedimento di dichiarazioni formate in altro procedimento esige non solo contesti garantiti di formazione della prova ma anche il concorso del difensore di colui nei cui confronti quelle dichiarazioni potranno essere utilizzate, il che evidentemente, se da un lato tutela i principi fondamentali del processo penale, dall'altro lato introduce una barriera non sempre superabile per gli elementi probatori in transito da uno Stato all'altro, neanche qualora si ricorresse ad un mandato europeo di ricerca delle prove".

⁴⁸ Tale norma convenzionale si manterrà peraltro inalterata anche a seguito dell'entrata in vigore della direttiva sull'ordine europeo di indagine penale che, sulla scia di quanto stabilito dalla decisione quadro sul mandato di ricerca della prova, non contempla lo scambio spontaneo di informazioni.

previsti dal diritto interno” e “senza che sia presentata una richiesta a tal fine”, così improntando la collaborazione a un principio di disponibilità, già diffuso nell’ambito della cooperazione di polizia⁴⁹. L’area applicativa dello strumento in analisi è inoltre estesa all’acquisizione di altri oggetti, documenti o dati che siano scoperti nel corso dell’esecuzione del mandato, purché l’autorità procedente, senza svolgere ulteriori indagini, li consideri pertinenti al procedimento in cui potrebbero confluire (art. § 5).

Come anticipato, residua uno spiraglio per l’acquisizione della prova dichiarativa, essendo consentita “la raccolta di dichiarazioni presenti all’atto dell’esecuzione del m.e.r. e direttamente collegate all’oggetto dello stesso” (art. 4 § 6), cui si applicano le norme dello Stato di esecuzione (*lex loci*).

Venendo ora alle condizioni di emissione del m.e.r., sul versante della procedura attiva, l’art. 7 della decisione quadro pare meritevole di attenzione, atteso che, accanto al requisito della necessità, prevede quello della proporzione del tipo di prova richiesta “ai fini dell’azione penale o di altro tipo di cui si tratta” (*considerando* n. 11).

Ecco, quindi, che il principio di proporzionalità inizia a ritagliarsi uno spazio nel panorama della cooperazione giudiziaria in ambito probatorio, trovando poi seguito ed espansione nell’ordine europeo d’indagine, su cui si tornerà in maniera approfondita.

Accanto ai requisiti di necessità e proporzionalità opera il principio di equivalenza, in attuazione del quale l’acquisizione delle prove precostituite (oggetti, documenti o dati) deve essere prevista e consentita secondo la legislazione nazionale dello Stato di emissione in un caso interno analogo. La valutazione circa la sussistenza di tali condizioni è posta esclusivamente a carico dell’autorità di emissione (art. 7 § 2 e *considerando* n. 11), al contrario di quanto avviene nell’ambito dell’ordine europeo di indagine, dove si prevede un controllo frazionato in capo a entrambe le autorità coinvolte (art. 6 § 2 e 3 direttiva).

Con riferimento alle modalità di trasmissione del m.e.r., emerge un particolare *favor* per la prassi delle consultazioni tra le autorità, da attivarsi ogniqualvolta si presentino difficoltà di varia natura, anche relative all’autenticità di un documento necessario all’esecuzione del mandato. Ai sensi dell’art. 8 della decisione quadro, è inoltre prevista la possibilità, per lo Stato di emissione, di rivolgersi alla Rete giudiziaria

⁴⁹ V. art. 46 della Convenzione di Schengen.

europea⁵⁰ per trasmettere il mandato o per ottenere informazioni in merito all'autorità di esecuzione, se ignota. Qualora sia incompetente a riconoscerlo o ad eseguirlo, l'autorità che abbia ricevuto un m.e.r. è tenuta a trasmetterlo all'autorità dotata di competenza e ad informarne contestualmente l'autorità di emissione (art. 8 § 5)⁵¹.

Sul fronte della procedura passiva, paiono numerosi gli elementi peculiari che fungono da fonte d'ispirazione per la proposta di direttiva sull'ordine europeo di indagine. Anzitutto, il *considerando* n. 12 auspica il ricorso da parte dell'autorità di esecuzione "ai mezzi meno intrusivi possibili", evocando indirettamente il principio di proporzionalità, che consentirebbe di soddisfare la richiesta proveniente dall'estero attraverso il compimento di un diverso atto di indagine, meno lesivo, ma comunque idoneo al raggiungimento dello scopo, cui la direttiva OEI dedica un'intera disposizione⁵². Il riconoscimento e l'esecuzione del mandato dovrebbe, poi, avvenire "senza imporre altre formalità", in ossequio ai dettami del mutuo riconoscimento, salvo che l'autorità di esecuzione ravvisi uno dei motivi di rifiuto o di rinvio tassativamente elencati dalla medesima decisione (art. 8).

Un ulteriore aspetto innovatore, che si discosta dal tradizionale meccanismo rogatorio imperniato sull'applicazione della *lex loci*, riguarda la possibilità che l'autorità emittente chieda a quella di esecuzione di procedere secondo le formalità e procedure espressamente indicate, spostando il *focus* sulla *lex fori*⁵³. In tal senso si esprime l'art. 12⁵⁴, prevedendo come contro-limite all'osservanza delle suddette forme la loro incompatibilità con i principi di diritto fondamentali dello Stato di esecuzione, non comprimibili in nome della efficienza della cooperazione.

La fase del riconoscimento e dell'esecuzione, tratteggiata dall'art. 15, è scandita da tempistiche celeri, che rispondono all'esigenza di "stabilire termini per garantire una cooperazione rapida, efficace e coerente" (*considerando* n. 20), e per ovviare alle lungaggini procedurali delle rogatorie. Nello specifico, la decisione sull'eventuale rifiuto del riconoscimento o dell'esecuzione deve essere adottata entro trenta giorni

⁵⁰ La Rete giudiziaria europea (RGE) è una rete di punti di contatto nazionali per favorire la cooperazione giudiziaria in materia penale, che intrattiene rapporti privilegiati con Eurojust e che attualmente rinvia la propria base giuridica nella decisione 2008/976/GAI del Consiglio del 16 dicembre 2008, in *G.U.U.E.*, 24 dicembre 2008, L 348/130.

⁵¹ Si vedano gli obblighi di informazione posti a carico dell'autorità di esecuzione *ex art.* 17.

⁵² Cfr. art. 10 direttiva OEI.

⁵³ Si tratta invero di una possibilità già contemplata dall'art. 4 § 1 della Convenzione di Bruxelles.

⁵⁴ V. anche *consideranda* nn. 14 e 15.

dalla ricezione del mandato, salvo che l'autorità di emissione abbia indicato nell'apposita sezione "L" del modulo allegato un termine anticipato, in considerazione dell'urgenza che caratterizza la richiesta.

Se il mandato concerne, invece, prove "pre - acquisite", l'autorità di esecuzione deve prenderne possesso senza indugio, e comunque entro sessanta giorni.

L'impossibilità di rispettare i termini prefissati fa sorgere in capo all'autorità di esecuzione l'obbligo di informare tempestivamente l'autorità di emissione, "indicando i motivi del ritardo e il tempo ritenuto necessario per soddisfare la richiesta" (art. 15 § 4).

Il successivo paragrafo disciplina la trasmissione delle prove acquisite, che deve avvenire senza indebito ritardo, salvo che sussista uno dei motivi di rinvio contemplati dall'art. 16 ovvero sia pendente un ricorso presentato a norma dell'art. 18⁵⁵.

Una superficie cospicua è occupata, sul versante passivo della procedura, dai motivi ostativi al riconoscimento o all'esecuzione del m.e.r. che, alla luce del principio del mutuo riconoscimento, dovrebbero popolare un'area residuale ed eccezionale. A tal proposito, il *favor cooperationis* si manifesta, in linea generale, nel *considerando* n. 16 che, recependo gli stimoli provenienti dall'art. 82 TFUE, ravvisa l'opportunità di predisporre una ristretta gamma di motivi di rifiuto, al fine di "garantire l'efficacia della cooperazione giudiziaria in materia penale". Emblematico risulta anche il suggerimento che talune decisioni sul rifiuto siano precedute, ove possibile, da apposite consultazioni tra le autorità, finalizzate a valutare la possibilità di dare comunque corso alla richiesta estera (art. 13 § 5).

Il punto di partenza è in ogni caso rappresentato dal *considerando* n. 27, che integra un motivo di rifiuto a carattere generale⁵⁶, contenente una clausola di non discriminazione orientata al rispetto dei diritti fondamentali e dei principi sanciti dall'art. 6 TUE e dalla Carta di Nizza. Si prevede, infatti, che l'esecuzione di un m.e.r. possa legittimamente rifiutarsi "qualora sussistano elementi oggettivi per ritenere che tale mandato sia stato emesso al fine di perseguire penalmente o punire una persona a causa del suo sesso, della sua razza od origine etnica, della sua religione, del suo orientamento sessuale, della sua nazionalità, della sua lingua o delle sue opinioni

⁵⁵ Lo Stato di esecuzione può ragionevolmente sospendere il trasferimento delle prove in attesa della definizione del ricorso ai sensi dell'art. 18 § 6.

⁵⁶ In questi termini, cfr. G. DE AMICIS, *Limiti e prospettive del mandato europeo di ricerca della prova*, cit., p. 19.

politiche oppure che la posizione di tale persona possa risultare pregiudicata per tali motivi”.

Si percepisce, dunque, la lenta emersione in superficie dei diritti fondamentali, la cui tutela, come già osservato in relazione alla possibilità di derogare alle formalità indicate dall'autorità di emissione *ex art. 12*, funge da contrappeso al mutuo riconoscimento.

Tra i motivi di rifiuto, enucleati dall'art. 13 della decisione quadro in termini di facoltatività, si annoverano le ipotesi di incompletezza o manifesta scorrettezza attinenti, da un punto di vista formale, al contenuto del formulario, che si affiancano alle più tradizionali ipotesi relative alla contrarietà al principio del *ne bis in idem*, alla violazione di immunità o privilegi previsti della *lex loci*, al pericolo di lesione degli interessi essenziali riguardanti la sicurezza nazionale.

Fortemente incoerente con i principi che fanno da sfondo alla decisione in oggetto risulta l'inclusione, tra le ragioni di non riconoscimento, della clausola di territorialità⁵⁷ che, come è stato evidenziato⁵⁸, segna un “dietrofront” nella marcia evolutiva degli strumenti di assistenza elaborati a livello di Unione. Si tratta, infatti, di un motivo di rifiuto del tutto inedito, non previsto né dalla Convenzione di Strasburgo del 1959, né dall'accordo di Schengen.

Una trattazione a parte merita di essere svolta in relazione alla clausola della doppia incriminazione, la cui violazione può condurre, a determinate condizioni, al rifiuto del riconoscimento del mandato di ricerca della prova.

Il principio della doppia incriminazione⁵⁹ esige che il fatto per cui si procede configuri un reato tanto nello Stato di emissione quanto in quello di esecuzione,

⁵⁷ In forza di tale clausola è consentito rifiutare il riconoscimento o l'esecuzione del m.e.r. qualora il mandato si riferisca a reati che, secondo la *lex loci*, si considerano commessi in toto o per una parte importante o essenziale nel territorio dello Stato di esecuzione o in luogo equiparato ad esso, oppure se si tratta di reati commessi al di fuori del territorio dello Stato di emissione e la *lex loci* non ne consenta l'azione penale, se commessi al di fuori del suo territorio. Qualora si ricada nella prima ipotesi, l'autorità competente, prima di avvalersi di tale motivo di rifiuto, può consultare Eurojust, il quale fornisce un parere non vincolante da cui è consentito discostarsi enunciandone i motivi ed informandone il Consiglio.

⁵⁸ V. G. DE AMICIS, *Limiti e prospettive del mandato europeo di ricerca della prova*, cit., p. 22.

⁵⁹ Nell'ordinamento giuridico italiano, una definizione del principio della doppia incriminazione o incriminabilità può ricavarsi dall'art. 13, comma 2, c.p. che, in tema di estradizione, vieta la consegna della persona richiesta “se il fatto che forma oggetto della domanda di estradizione non è preveduto come reato dalla legge italiana e dalla legge straniera”.

indipendentemente dal *nomen iuris*⁶⁰. Secondo quanto già sperimentato in tema di mandato d'arresto europeo e di blocco o sequestro dei beni, tale principio conosce una parziale deroga, concernente trentadue fattispecie di reato di particolare gravità, individuate espressamente dall'art. 14 § 2 della decisione quadro, secondo un duplice criterio quantitativo e qualitativo⁶¹.

Se, invece, il reato per cui si procede si colloca al di fuori del predetto elenco tassativo e qualora l'esecuzione del mandato implichi lo svolgimento di una perquisizione o di un sequestro il vaglio sulla doppia incriminazione s'impone (art. 14 § 3).

Per ciò che attiene, infine, ai reati fiscali, si stabilisce che il rifiuto del riconoscimento o dell'esecuzione del m.e.r. non possa giustificarsi sul presupposto della

⁶⁰ In giurisprudenza, v. Cass., sez. VI, 28 marzo 2013 (dep. 5 aprile 2013), n. 15927, Rv. 254818, secondo cui "ai fini della concedibilità dell'extradizione per l'estero, per soddisfare il requisito della doppia incriminabilità, di cui all'art. 13, secondo comma, c.p., non è necessario che lo schema astratto della norma incriminatrice dell'ordinamento straniero trovi il suo esatto corrispondente in una norma del nostro ordinamento, ma è sufficiente che lo stesso fatto sia previsto come reato da entrambi gli ordinamenti, a nulla rilevando l'eventuale diversità del titolo e la difformità del trattamento sanzionatorio". V. anche Cass., sez. VI, 6 dicembre 2016 (dep. 23 gennaio 2018), n. 3079, Rv. 272144 ove si è affermato che il delitto di associazione per delinquere configurato nella legislazione statunitense "trova riscontro nel delitto di associazione per delinquere previsto da quella italiana, atteso che le due fattispecie di reato presentano elementi fondamentali comuni, con la sola differenza che la norma straniera è maggiormente restrittiva, richiedendo per la sua applicazione l'avvenuta consumazione dei reati fine".

⁶¹ Si tratta delle seguenti fattispecie delittuose, punibili nello Stato di emissione con una pena o una misura di sicurezza privative della libertà personale della durata massima di almeno tre anni: partecipazione a un'organizzazione criminale; terrorismo; tratta di essere umani; sfruttamento sessuale dei bambini e pornografia infantile; traffico illecito di stupefacenti e sostanze psicotrope; traffico illecito di armi, munizioni ed esplosivi; corruzione; frode, compresa quella lesiva degli interessi finanziari dell'Unione europea; riciclaggio di proventi di reato; falsificazione e contraffazione di monete; criminalità informatica; criminalità ambientale, compreso il traffico illecito di specie animali protette e il traffico illecito di specie e di essenze vegetali protette; favoreggiamento dell'ingresso e del soggiorno illegali; omicidio volontario; lesioni personali gravi; traffico illecito di organi e tessuti umani; sequestro di persona; sequestro e presa di ostaggi; razzismo e xenofobia; rapina organizzata o a mano armata; traffico illecito di beni culturali, compresi gli oggetti d'antiquariato e le opere d'arte; truffa; racket ed estorsione; contraffazione e pirateria in materia di prodotti; falsificazione di atti amministrativi e traffico di documenti falsi; falsificazione di mezzi di pagamento; traffico illecito di sostanze ormonali e altri fattori di crescita; traffico illecito di materie nucleari e radioattive; traffico di veicoli rubati; violenza sessuale; incendio doloso; reati che rientrano nella competenza giurisdizionale della Corte penale internazionale; dirottamento di aeromobile/nave; sabotaggio.

diversa disciplina prevista dalla legislazione dello Stato di esecuzione in materie di tasse o imposte⁶².

Con riferimento ai mezzi di impugnazione attivabili contro il riconoscimento o l'esecuzione di un m.e.r., l'art. 18 limita la loro esperibilità alla sola ipotesi in cui siano state adottate misure coercitive. La proposizione dell'azione nello Stato di esecuzione e il relativo esito formano oggetto di apposita comunicazione nei confronti dell'autorità dello Stato di emissione. Peraltro, la pendenza di un ricorso può indurre l'autorità a sospendere il trasferimento dei risultati ottenuti in esecuzione del mandato.

Diversamente, dinnanzi alle competenti autorità dello Stato di emissione possono esser fatte valere esclusivamente le ragioni di merito sottese all'emanazione del m.e.r., tra le quali rientrano anche le condizioni di cui all'art. 7 (necessità, proporzionalità ed equivalenza). Per ciò che concerne le tempistiche, è rimessa alla discrezionalità di ciascuno Stato l'individuazione dei termini per presentare l'impugnazione, che devono in ogni caso assicurare l'effettività del rimedio giurisdizionale prescelto dal legislatore nazionale.

Un'ultima disposizione necessita di essere presa in considerazione: l'art. 21 della decisione quadro, da cui dipende in parte l'inabissamento del m.e.r.

Tale norma prevede la coesistenza del mandato con gli altri strumenti giuridici all'epoca in vigore tra gli Stati membri, favoriti al primo se facenti parte "di una più ampia richiesta di assistenza oppure se l'autorità di emissione ritiene nel caso specifico ciò possa facilitare la cooperazione con lo Stato di esecuzione" (art. 21 § 3). La stessa deve poi essere letta alla luce del *considerando* n. 25, che spiega le ragioni di tale convivenza transitoria con la necessità, già avvertita nel programma dell'Aja, di approdare, in futuro, a uno strumento normativo generale e globale, fondato sul mutuo riconoscimento.⁶³

In definitiva, la persistente coesistenza di strumenti diversi e la circoscrizione del perimetro applicativo alle sole prove precostituite, ancorché accompagnato dalla

⁶² A tal riguardo, v. Cass., sez. VI, 19 agosto 2003 (dep. 14 ottobre 2003), n. 38954, Rv. 22667 che, con riferimento alla condotta di dichiarazione infedele dei redditi, ancorché per un importo inferiore alla soglia di punibilità prevista dall'art. 4 del d.l.gs. 10 marzo 2000 n. 74, ha affermato che il principio della doppia incriminazione debba essere inteso nel senso che "tra le figure penalmente rilevanti dell'una e dell'altra legislazione vi sia solo una equivalenza delle concezioni repressive, senza pretendere una loro totale sovrapposibilità, essendo inevitabile la modulazione delle varie ipotesi di reato rispetto alla specificità e complessità delle discipline fiscali".

⁶³ Cfr. G. DE AMICIS, *Limiti e prospettive del mandato europeo di ricerca della prova*, cit., p. 24.

previsione di deroghe minime, costituiscono le ragioni che hanno trascinato il m.e.r. alla deriva, rendendolo uno strumento eventuale e residuale⁶⁴. Il risultato era un sistema posto agli antipodi della semplificazione e della unitarietà, che si presentava, piuttosto, come un groviglio di strumenti, alcuni gravitanti attorno al reciproco riconoscimento, altri riconducibili alla mutua assistenza giudiziaria, in cui l'interprete faticava a districarsi.

3.1. Una “marea” di strumenti: l'intreccio tra mutua assistenza e reciproco riconoscimento

Il quadro di riferimento in tema di raccolta transnazionale della prova penale si presentava estremamente complesso e caotico.

Gli strumenti allora vigenti, partoriti in diversi periodi storici, si snodavano lungo due diverse linee direttrici: a quelli più tradizionali (le rogatorie) che correvano sui binari della mutua assistenza si affiancavano quelli, più recenti, animati dal reciproco riconoscimento, tra cui, in particolare, la decisione quadro relativa al mandato di ricerca della prova. La vastità di tali strumenti, accompagnata da una pluralità di fonti normative destinate alla reciproca interazione e, non di rado, alla sovrapposizione dei rispettivi ambiti di disciplina, rendeva estremamente difficoltoso il lavoro dell'interprete in sede d'individuazione dello strumento più corretto in vista della richiesta di acquisizione di una determinata prova.⁶⁵

⁶⁴ La funzione residuale ed eventuale del m.e.r. è messa in luce da R. BELFIORE, *Il mandato europeo di ricerca delle prove e l'assistenza giudiziaria nell'Unione europea*, cit., p. 3903, la quale afferma che anziché un nuovo strumento capace di sostituirsi agli attuali congegni di acquisizione della prova all'estero, il mandato europeo di ricerca delle prove costituisce una mera eventualità, addirittura potenzialmente in grado di ostacolare la tradizionale cooperazione interstatale a fini probatori, disciplinata nelle forme della reciproca assistenza giudiziaria”, rilevando, altresì, “che il successo del mandato d'arresto europeo è dipeso anche dall'aver rimpiazzato gli strumenti fino ad allora vigenti in materia di estradizione”.

⁶⁵ Cfr. M. DANIELE, *Ricerca e formazione della prova*, cit., p. 461, il quale rileva che “molte operazioni probatorie sono condotte in base ad una cooperazione giudiziaria spontanea. Ciò avviene quando le prove sono raccolte in forza di accordi formalmente presi di volta in volta dalle autorità giudiziarie dei singoli Stati. Si tratta di una prassi che rimette le operazioni di ricerca e formazione della prova alla buona volontà degli organi inquirenti coinvolti, portando a soluzioni occasionali che non rispondono al fondamentale criterio di uniformità applicativa che dovrebbe vigere anche in questa materia”.

Al fine di comprendere appieno la portata innovativa degli strumenti forgiati sul mutuo riconoscimento, occorre soffermarsi sulle principali differenze intercorrenti tra questo principio e quello della mutua assistenza giudiziaria.⁶⁶

Invero, la distinzione ruota attorno allo schema adottato dai rispettivi modelli di cooperazione e dai corollari che ne derivano. La procedura di mutua assistenza, di stampo intergovernativo, poggia infatti sullo schema della richiesta, il cui accoglimento è subordinato a una serie di valutazioni preliminari e di natura politica, corredate da un ineliminabile margine discrezionale. L'esecuzione della richiesta comporta, poi, l'applicazione dell'impianto di regole probatorie vigenti nello Stato in cui è allocata la prova. Se, da un lato, l'operatività della *lex loci* attrae gli organi governativi, poiché pone al riparo la sovranità nazionale dal rischio di contaminazione con regole probatorie di stampo estero, dall'altro lato rischia di condurre all'inutilizzabilità della prova nel processo pendente nello Stato di emissione, a causa della difformità delle regole vigenti, rispettivamente, nello Stato richiedente e in quello richiesto.

Diversamente, il principio del mutuo riconoscimento si fonda sullo schema dell'ordine, cui l'autorità ricevente è tenuta, di regola, a ottemperare, salva la possibilità di opporre motivi di rifiuto, che comunque dovrebbero esprimere una logica di eccezionalità e tassatività. Inoltre, il ridimensionamento del ruolo ministeriale, conseguente all'eliminazione del filtro politico, è coerente con l'obiettivo di facilitare e semplificare la libera circolazione dei prodotti giudiziari nello spazio giudiziario europeo. Si predilige, dunque, il contatto diretto fra le autorità giudiziarie e, almeno a livello di principio, l'applicazione della *lex fori*, ossia delle regole probatorie proprie dello Stato che emette l'ordine.

La linea di demarcazione che separa i due modelli, netta sul piano teorico, tende a sfumare nella prassi applicativa degli ultimi decenni favorendo, sotto certi aspetti, un processo di avvicinamento, o meglio di commistione di tali principi. Da un lato, infatti, gli strumenti di cooperazione giudiziaria europea, adottati sino ad oggi, non recepiscono un modello di mutuo riconoscimento in senso "pieno", optando piuttosto per un temperamento di tale principio, al fine di consentire a ciascuno Stato di salvaguardare le garanzie fondamentali previste al proprio interno. Il risultato coincide con la creazione

⁶⁶ La distinzione tra il modello dell'ordine e quello della richiesta è illustrata da J.R. SPENCER, *Mutuo riconoscimento, armonizzazione e tradizionali modelli intergovernativi*, cit., p. 343 ss.

di entità ibride⁶⁷, che riflettono un approccio orizzontale⁶⁸, il cui prototipo è l'ordine europeo di indagine penale in cui, come si dirà, coabitano aspetti propri del mutuo riconoscimento ed elementi tipici della mutua assistenza.

L'attenuazione del mutuo riconoscimento non deve peraltro sorprendere, almeno finché non saranno compiuti sforzi concreti per realizzare il ravvicinamento delle disposizioni nazionali in tema di prove, che richiedono un atteggiamento di apertura da parte degli Stati. Si tratta di un obiettivo che, nell'attuale situazione di difficoltà che l'Unione europea sta attraversando⁶⁹, sembra ancora lontano, ma non per questo illusorio.

Parallelamente al percorso evolutivo intrapreso dal mutuo riconoscimento, anche il volto delle rogatorie è mutato, assumendo, con l'entrata in vigore della Convenzione giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea del 29 maggio 2000, alcuni tratti essenziali che ispireranno il legislatore in sede di emanazione della decisione quadro sul m.e.r., prima, e della direttiva sull'OEI, poi.

Come rilevato in dottrina, la Convenzione di Bruxelles del 2000 (c.d. Convenzione "M.A.P.")⁷⁰, la prima ad essere stata sottoscritta nel quadro del Trattato di Amsterdam,

⁶⁷ V. F. SIRACUSANO, *Tra semplificazione e ibridismo: insidie e aporie dell'ordine europeo di indagine penale*, in *Arch. pen.*, 2017, n. 2, p. 675 ss.

⁶⁸ Cfr. J.R. SPENCER, *Mutuo riconoscimento, armonizzazione e tradizionali modelli intergovernativi*, cit., p. 350, che distingue tra approccio verticale, in senso forte e in senso debole, e approccio orizzontale, secondo cui il ruolo dell'Unione europea è limitato a un'opera di coordinamento, mentre agli Stati membri è lasciata la possibilità di applicare le proprie leggi. L'approccio verticale in senso forte coincide, invece, con la "uniformizzazione normativa", ossia con la creazione di un insieme di regole centralizzate e uniformi, applicabili a tutti gli Stati membri. Diversamente, l'approccio in senso debole fa riferimento alla "armonizzazione" o al ravvicinamento delle legislazioni nazionali, che si traduce nella fissazione di regole da parte dell'Unione, cui gli Stati sono chiamati a dare attuazione mediante la produzione di ulteriori regole interne di esecuzione, come accade per le direttive.

⁶⁹ Si fa soprattutto riferimento agli effetti della pandemia da Covid-19 e del recesso del Regno Unito dall'Unione (c.d. "Brexit").

⁷⁰ Cfr. l'Atto del Consiglio del 29 maggio 2000, che istituisce, in conformità dell'articolo 34 del Trattato sull'Unione europea, la Convenzione relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea, in *G.U.C.E.*, 12 luglio 2000, C 197/1. In dottrina, v. L. SALAZAR, *Genesi della Convenzione. La tardiva ratifica e la sua attuale operatività*, in M. R. Marchetti – E. Selvaggi, *La nuova cooperazione giudiziaria penale*, cit., 2019, p. 195 ss.; ID., *La nuova Convenzione sull'assistenza giudiziaria in materia penale (I)*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, n. 11, p. 1534 ss.; ID., *La nuova Convenzione sull'assistenza giudiziaria in materia penale (II)*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, n. 12, p. 1664 ss.; G. DE AMICIS - E. CALVANESE, *Appunti sulla nuova convenzione di assistenza giudiziaria penale tra gli Stati membri dell'Unione europea*, in *Giur. mer.*, 2000, n. 32, p. 1052 ss.; Z. SECCHI, *Le novità introdotte dalla Convenzione 29 maggio 2000 in tema di assistenza giudiziaria penale fra gli Stati membri dell'Unione europea*, in *Doc. giust.*, 2000, n. 6, p. 1108 ss.

ha rappresentato lo strumento di gran lunga più avanzato in materia di assistenza giudiziaria penale⁷¹.

Adottata dal Consiglio sulla base dell'art. 34 TUE⁷², nella versione pre - Lisbona, ed entrata in vigore il 23 agosto 2005, la Convenzione del 2000 è animata dall'intento di semplificare e agevolare la cooperazione giudiziaria in materia penale. A tal riguardo, nel suo preambolo si sottolinea che “è interesse comune degli Stati membri assicurare che l'assistenza giudiziaria tra gli Stati membri sia attuata in maniera rapida ed efficace, compatibile con i principi fondamentali del loro diritto interno e nel rispetto dei diritti individuali nonché dei principi della convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali”.

Pur costituendo un sistema di norme autonomo in considerazione dell'elevato livello di precisione dei suoi contenuti, la Convenzione non determina, tuttavia, il superamento dei previgenti strumenti di mutua assistenza giudiziaria, che restano in vigore per quanto non disciplinato dalla medesima. Il riferimento va, in particolare, alla Convenzione europea di assistenza giudiziaria penale del 20 aprile 1959 (C.E.A.G.)⁷³, e al suo protocollo aggiuntivo del 17 marzo 1978⁷⁴, che la Convenzione di Bruxelles mira

⁷¹ Così S. MONICI, *Emanate le norme di attuazione della Convenzione di assistenza giudiziaria in materia penale del 29 maggio 2000: quali margini operativi in vista dell'(imminente) trasposizione della direttiva sull'ordine europeo di indagine penale?*, in *Eurojus*, 3 maggio 2017.

⁷² L'art. 34 TUE, nella versione previgente, attribuiva al Consiglio il potere di adottare misure, incluse le convenzioni, deliberando all'unanimità su iniziativa di uno Stato membro o della Commissione, al fine di promuovere la cooperazione finalizzata al conseguimento degli obiettivi dell'Unione europea.

⁷³ La C.E.A.G. conosce un ambito applicativo soggettivo particolarmente ampio, essendo in vigore tra tutti i 47 Stati membri che compongono il Consiglio d'Europa (Albania, Andorra, Armenia, Austria, Azerbaigian, Belgio, Bosnia Erzegovina, Bulgaria, Cipro, Croazia, Danimarca, Estonia, Finlandia, Francia, Georgia, Germania, Grecia, Irlanda, Islanda, Italia, Lettonia, Liechtenstein, Lituania, Lussemburgo, Macedonia del Nord, Malta, Monaco, Montenegro, Norvegia, Paesi Bassi, Polonia, Portogallo, Regno Unito, Repubblica Ceca, Repubblica di Moldova, Romania, Russia, San Marino, Serbia, Slovacchia, Slovenia, Spagna, Svezia, Svizzera, Turchia, Ucraina, Ungheria), nonché nei rapporti con Cile, Israele e Repubblica di Corea.

⁷⁴ Il Protocollo aggiuntivo completa le previsioni contenute nella Convenzione, escludendo la possibilità di rifiutare l'assistenza per i reati fiscali ed estendendo la cooperazione internazionale alla notificazione degli atti relativi all'esecuzione di una pena e di misure analoghe, nonché prevedendo ulteriori disposizioni in materia di scambio di informazioni sui casellari giudiziari. Il primo Protocollo addizionale è stato ratificato dall'Italia con legge in vigore dal 24 febbraio 1962. Il secondo Protocollo addizionale, fatto a Strasburgo l'8 novembre 2001 e firmato dall'Italia il 23 gennaio 2013, è stato invece ratificato con la legge 24 luglio 2019, n. 88, unitamente al Terzo Protocollo addizionale alla Convenzione europea di estradizione, fatto a Strasburgo il 10 novembre 2010, ed al quarto Protocollo addizionale alla Convenzione europea di estradizione, siglato a Vienna il 20 settembre 2012.

a integrare, nonché alle “altre convenzioni vigenti in materia con una convenzione dell’Unione europea”⁷⁵, puntualmente elencate dall’art. 1⁷⁶.

Tra i profili innovativi, che conferiscono alla Convenzione in esame un’impronta agile e snella, si annovera la possibilità di concedere l’assistenza richiesta, osservando le formalità e le procedure espressamente indicate dallo Stato richiedente, che non contrastino con i principi fondamentali del diritto dello Stato richiesto (art. 4 § 1).

Si tratta di una norma che lascia spazio all’operatività della *lex fori*, a scapito della *lex loci*, seppure con alcune limitazioni dettate dall’esigenza di salvaguardare i principi fondamentali dello Stato che concede l’assistenza⁷⁷.

Nell’ottica di favorire l’accelerazione delle procedure di assistenza⁷⁸, si prevede, inoltre, che l’esecuzione della richiesta avvenga “il più rapidamente possibile”, nel rispetto delle scadenze temporali indicate dallo Stato membro richiedente (art. 4 § 2).

Nella medesima direzione muovono le previsioni inerenti alle modalità di trasmissione delle richieste e degli scambi spontanei di informazioni, che involgono direttamente le autorità giudiziarie, evitando di incanalarsi nella corsia ministeriale (artt. 6 e 7). È infatti indubbio che una maggiore efficacia e speditezza delle procedure di assistenza debba passare attraverso l’instaurazione di contatti diretti e informali tra le autorità competenti, eliminando la mediazione politica.

⁷⁵ Si tratta, nello specifico, delle disposizioni relative all’assistenza giudiziaria in materia penale della convenzione del 19 giugno 1990, recante applicazione dell’accordo di Schengen, del 14 giugno 1985, relativo alla eliminazione graduale dei controlli alle frontiere comuni (in appresso denominata «convenzione di applicazione di Schengen») che non sono abrogate ai sensi dell’articolo 2, paragrafo 2; del capo II del trattato di estradizione e di assistenza giudiziaria in materia penale tra il Regno del Belgio, il Granducato di Lussemburgo e il Regno dei Paesi Bassi, del 27 giugno 1962, quale è stato modificato dal protocollo dell’11 maggio 1974, nel quadro delle relazioni tra gli Stati membri dell’Unione economica del Benelux.

⁷⁶ Al secondo comma si prevede, inoltre, che “la presente convenzione non pregiudica l’applicazione di disposizioni più favorevoli di accordi bilaterali o multilaterali tra Stati membri né, come previsto all’articolo 26, paragrafo 4, della C.E.A.G., intese nel settore dell’assistenza giudiziaria in materia penale convenute in base ad una legislazione uniforme o a regimi particolari che prevedono reciprocamente l’esecuzione, nei rispettivi territori, di misure di assistenza giudiziaria”.

⁷⁷ Come anticipato, analoga disposizione è contenuta nell’art. 12 della decisione quadro sul m.e.r. ed è riproposta, come si dirà, nell’art. 9 § 2 direttiva 2014/41/UE sull’ordine europeo d’indagine penale.

⁷⁸ Quanto alle tipologie di procedimenti che possono ospitare le procedure di assistenza giudiziaria, l’art. 3 include, oltre ai procedimenti penali, anche quelli promossi da autorità amministrative, contro le cui decisioni possa proporsi ricorso dinanzi a una giurisdizione competente in materia penale, nonché quelli relativi a reati o infrazioni per i quali possa farsi valere nello Stato richiedente la responsabilità di una persona giuridica.

Un ulteriore elemento di novità riguarda la disciplina dettata in relazione a specifiche forme di assistenza (restituzione dei beni provento di reati, trasferimento temporaneo di detenuti, audizione mediante videoconferenza o teleconferenza, consegne sorvegliate, squadre investigative comuni, operazioni di infiltrazione), cui è interamente dedicato il titolo II, nonché alle intercettazioni di telecomunicazioni⁷⁹, contenuta all'interno del titolo III.

Il prodotto finale consiste, dunque, in uno strumento dotato di un raggio operativo esteso, dettagliato, all'avanguardia, proiettato verso l'affinamento delle tecniche investigative, al passo con gli sviluppi delle tecnologie (basti pensare all'esame testimoniale mediante videoconferenza o alle intercettazioni telefoniche di utenze mobili site all'estero). Nondimeno, la scelta legislativa di ricorrere allo strumento convenzionale in un settore così delicato – quello della raccolta delle prove all'estero, per l'appunto – ha presto rivelato la sua inadeguatezza ad affermarsi in tempi celeri nel territorio degli Stati membri, a causa del tortuoso procedimento di ratifica che esso richiede.

Inoltre, la convivenza con gli altri strumenti già esistenti in materia di assistenza giudiziaria ha certamente contribuito alla sua lenta e faticosa ascesa⁸⁰.

⁷⁹ Si segnala, in particolare, l'art. 20, che regola l'ipotesi in cui l'utenza della persona specificata nell'ordine di intercettazione sia utilizzata nel territorio di un altro Stato membro («Stato membro informato») la cui assistenza tecnica non è necessaria per effettuare l'intercettazione, ponendo a carico dello Stato membro che effettua l'intercettazione alcuni oneri informativi nei confronti del primo.

⁸⁰ L'Italia ha recepito la Convenzione, con un ritardo di quasi diciassette anni, mediante il d.lgs. 5 aprile 2017, n. 52, recante *Norme di attuazione alla Convenzione relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea, fatta a Bruxelles il 29 maggio 2000*, in *G.U.*, 27 aprile 2017, n. 97. Per un commento v. F. RUGGIERI, *La legge delega in tema di cooperazione penale internazionale. La montagna ha partorito un topolino?*, in *Proc. pen. giust.*, 2017, n. 2, p. 310 ss.; E. SELVAGGI, *Un ammodernamento diventato necessario per tutti gli Stati UE*, in *Guida dir.*, 2017, n. 25, p. 45 ss.; E. N. LA ROCCA, *La legge di ratifica ed esecuzione della Convenzione di assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri UE*, in *Arch. pen.*, 2016, n. 3, p. 1 ss.; S. MONICI, *Emanate le norme di attuazione della Convenzione di assistenza giudiziaria in materia penale del 29 maggio 2000: quali margini operativi in vista dell'imminente trasposizione della direttiva sull'ordine europeo di indagine penale?*, in *Eurojus*, 3 maggio 2017, nonché L. CAMALDO, *L'attuazione della convenzione di Bruxelles del 2000: l'assistenza giudiziaria in materia penale assume una configurazione "a geografia variabile"*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2017, n. 7/8, p. 202 ss., il quale si interroga sulla concreta portata applicativa del decreto legislativo in oggetto, alla luce della sopravvenuta elaborazione della direttiva 2014/41/UE relativa all'ordine europeo d'indagine penale, e pone l'accento sulla configurazione "a geometria variabile" assunta dall'assistenza giudiziaria in materia penale. Infatti, la Convenzione del 2000 e, sul piano domestico, il d.lgs. 52/2017 continueranno ad applicarsi alle richieste di assistenza giudiziaria che coinvolgono gli Stati che non hanno aderito alla direttiva sull'OEI (Danimarca e Irlanda) e i Paesi firmatari della Convenzione medesima che però non appartengono all'Unione europea (Islanda e

3.2. L'OEI all'orizzonte: il programma di Stoccolma, il Libro verde sulla ricerca della prova in materia penale e la proposta di direttiva

La compresenza sullo scenario europeo, da un lato, di strumenti di mutua assistenza giudiziaria, lenti e poco efficaci, privi di moduli standardizzati e di termini per la loro esecuzione⁸¹ e, dall'altro, dei più recenti strumenti basati sul reciproco riconoscimento (in specie, il m.e.r.), a loro volta non pienamente soddisfacenti⁸², ha reso necessario un mutamento di prospettiva.

L'esigenza di adottare una nuova impostazione ha spinto il Consiglio europeo ad elaborare il Programma di Stoccolma del 10 e 11 dicembre 2009⁸³, che contiene al suo interno l'enunciazione dei criteri ispiratori e delle priorità politiche dell'Unione per il quinquennio 2010-2014, secondo una tabella di marcia successivamente precisata nel Piano di azione pubblicato il 20 aprile 2010. In linea generale, sul terreno del diritto penale sostanziale, si auspica, da un lato, il rafforzamento del principio del mutuo riconoscimento e, dall'altro, il ravvicinamento delle disposizioni nazionali attraverso la fissazione di norme minime, nella misura in cui ciò sia necessario per favorire l'attuazione del primo e "tenendo conto delle differenze negli ordinamenti giuridici e delle tradizioni giuridiche degli Stati membri" (punto 3.3.1). Si tratta di un approccio che, per quanto teso a valorizzare le peculiarità di ciascuno Stato, considerate fonte di

Norvegia). Per quanto attiene ai rapporti con il Regno Unito, che si era vincolato alla direttiva OEI attivando il meccanismo dell'*opt-in*, attualmente la materia dell'assistenza giudiziaria trova compiuta disciplina all'interno del titolo VIII dell'*Accordo sugli scambi commerciali e la cooperazione tra l'Unione europea e la Comunità europea dell'energia atomica, da una parte, e il Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord, dall'altra*, in *G.U.U.E.*, 31 aprile 2021, L 149/10. In particolare, pur divincolandosi dalla direttiva del 2014, salvo che per gli ordini ricevuti sino alla data del 31 dicembre 2020 (termine del periodo transitorio), gli artt. 635 e ss. del citato accordo contengono alcuni elementi evocativi della previgente disciplina: l'utilizzo di un modulo *standard*, la previsione della proporzionalità quale condizione necessaria ai fini della presentazione e dell'accoglimento della richiesta, la possibilità di ricorrere al compimento di un diverso atto d'indagine, l'elencazione di alcuni atti da ritenersi "sempre disponibili", il *favor* espresso nei confronti delle consultazioni dirette tra le autorità giudiziarie coinvolte. Sull'argomento, v. L. SALAZAR, *La cooperazione penale con il Regno Unito dopo la Brexit*, in *Cass. pen.*, 2021, n. 4, p. 1376 ss., il quale sottolinea come tale disciplina risenta dell'esperienza maturata con l'OEI.

⁸¹ Cfr. *Libro Verde sulla ricerca delle prove in materia penale tra Stati membri e sulla garanzia della loro ammissibilità*, Bruxelles, 11 novembre 2009, COM (2009) 624 def., p. 5.

⁸² V. G. DE AMICIS, *Limiti e prospettive del mandato europeo di ricerca della prova*, cit., p. 26, il quale rimprovera a tale strumento di avere un ambito di applicazione fortemente limitato e di prevedere ancora troppi motivi di rifiuto.

⁸³ Cfr. Programma di Stoccolma, *Un'Europa aperta e sicura al servizio e a tutela dei cittadini*, in *G.U.U.E.*, 4 maggio 2010, C 115/1.

ricchezza per lo sviluppo dell'Unione europea (“*unita nella diversità*”), presenta il difetto di guardare alla creazione di norme comuni in un’ottica meramente strumentale al potenziamento del riconoscimento reciproco e, dunque, della cooperazione.⁸⁴

Più nel dettaglio, per ciò che attiene all’ambito della circolazione delle prove penali, si sottolinea l’esigenza di “proseguire ulteriormente l’istituzione di un sistema generale di acquisizione delle prove nelle cause aventi dimensione transfrontaliera”, muovendo da “un nuovo approccio che, pur ispirandosi al principio di riconoscimento reciproco, tenga conto altresì della flessibilità del sistema tradizionale di assistenza giudiziaria reciproca”⁸⁵. Un’affermazione, quella resa dal Consiglio europeo, che rivela l’opportunità di accogliere un’impostazione che si collochi “a metà strada” tra il mutuo riconoscimento e la mutua assistenza giudiziaria, anziché un’impostazione fondata esclusivamente sul primo che, come già osservato, incontrerebbe l’ostilità dei singoli Stati, ove non accompagnata da idonee garanzie di tutela dei diritti fondamentali.

In vista di tale finalità, si sollecita la Commissione, eseguendo una preliminare valutazione di impatto, alla creazione di un sistema globale che determini la sostituzione di tutti gli strumenti esistenti nel settore della circolazione probatoria, compresa la decisione quadro sul m.e.r., nonché a indagare l’eventuale sussistenza di altri mezzi in grado di agevolare l’ammissibilità delle prove. Su spinta del Consiglio europeo, la Commissione ha inaugurato una fase di consultazione fra gli Stati dell’Unione, mediante l’emanazione del Libro verde sulla ricerca delle prove in materia penale tra Stati membri e sulla garanzia della loro ammissibilità, pubblicato l’11 novembre 2009, con l’intento di trovare soluzioni pratiche non soltanto alla questione relativa alle modalità acquisitive delle prove raccolte *aliunde*, ma anche a quella, più spinosa, della loro ammissibilità.

Con riferimento al primo aspetto, muovendo dalla constatazione che il quadro disorganico di riferimento rischiasse di compromettere l’efficacia della cooperazione transfrontaliera, rendendo gravosa l’applicazione delle norme e ingenerando confusione

⁸⁴ Sui rapporti tra mutuo riconoscimento e (assenza di) armonizzazione, cfr. O. MAZZA, *Il principio del mutuo riconoscimento nella giustizia penale, la mancata armonizzazione e il mito taumaturgico della giurisprudenza europea*, cit., p. 393 ss.; L. CAMALDO - F. CERQUA, *La direttiva sull’ordine europeo di indagine penale: le nuove prospettive per la libera circolazione delle prove*, in *Cass. pen.*, 2014, n. 10, p. 3531; V. CAMPILONGO, *La circolazione della prova nel contesto europeo, tra mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie ed armonizzazione normativa*, in *Cass. pen.*, 2014, n. 2, p. 707 ss.; F. SIRACUSANO, *Tra mutuo riconoscimento e armonizzazione preventiva*, in *Arch. pen.*, 2012, n. 1, p. 201 ss.

⁸⁵ Cfr. punto 3.1.1. del Programma di Stoccolma.

tra gli operatori del diritto⁸⁶, la Commissione propone, quale soluzione, l'introduzione di uno strumento unico e omnicomprendente, in grado di estendersi a qualsiasi tipo di prova, comprese quelle non ancora esistenti o non direttamente disponibili. È poi presa in considerazione l'opportunità di applicare le caratteristiche tipiche del mutuo riconoscimento a tutte le prove indistintamente, ovvero di riservare un trattamento speciale per alcune tipologie specifiche di misure, ad esempio quelle coercitive.

Sul versante dell'ammissibilità delle prove, ricollegandosi alle osservazioni già formulate nel piano di attuazione del programma dell'Aia, si riconosce espressamente che uno dei limiti caratterizzanti gli strumenti all'epoca vigenti risieda proprio nella mancata predisposizione di regole comuni, constatando che "le disposizioni vigenti in materia funzionano correttamente solo tra Stati membri che dispongono di normative nazionali simili per la raccolta delle prove".

Sulla base di tali considerazioni, ci si interroga su quale possa essere l'opzione preferibile: se limitarsi a enucleare una serie di principi generali e condivisi o se spingersi all'elaborazione di disposizioni maggiormente specifiche, nell'ottica di favorire il ravvicinamento delle legislazioni nazionali. Le risposte fornite dagli Stati⁸⁷ alla consultazione, avviata dalla Commissione con il Libro verde, hanno palesato le difficoltà correlate alla creazione di una disciplina uniforme da parte delle istituzioni europee, in ragione del profondo divario esistente tra i modelli normativi nazionali in punto di regole che presidono l'acquisizione e l'utilizzabilità delle prove, che non può essere colmato forzando l'applicazione del riconoscimento reciproco.

⁸⁶ V. Libro verde, p. 4.

⁸⁷ I documenti in risposta alla consultazione pubblica sono reperibili *online* sul sito www.ec.europa.eu. A tal proposito, v. J. SPENCER, *The Green Paper on obtaining evidence from one Member to another and securing its admissibility*, in *ZIS online*, 2010, n. 9, p. 602 ss., il quale, domandandosi se il mutuo riconoscimento costituisca effettivamente l'antidoto ad ogni problema, rileva che "if the mutual recognition route is followed, it would be desirable to prescribe a "menu" of standard measures available from any Member State in trans-border cases". V., inoltre, le riflessioni critiche avanzate da S. ALLEGREZZA, *Critical remarks on the Green Paper on obtaining evidence in criminal matters from one member state to another and securing its admissibility*, in *ZIS online*, 2010, n. 9, p. 569 ss., secondo la quale "The greatest hindrances to cooperation derive from the differences in the legal rules between countries. The difficulties experimented in admitting and using in one country the evidence collected abroad are a consequence of this. It is easy to bring examples: the different regulation of the right to silence, of testimony incompatibility, of immunities, of testimonial privileges, the dissimilar rules for conducting a search or for performing a seizure or for wiretapping (intercepting), etc. Here lies the error in the Commission's perspective: trying to force the MLA traditional system and to overcome national legal specificities, by imposing the countries to recognize and make full use of the evidence gathered abroad, without addressing the heart of the problem".

A breve distanza di tempo dall'emanazione del Libro verde, il 29 aprile 2010, viene elaborata, su iniziativa di sette Stati membri, una proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa all'ordine europeo di indagine penale⁸⁸, poi approvata nella sua versione definitiva quattro anni più tardi.

Come è stato rilevato⁸⁹, la proposta di direttiva prescinde dagli esiti della consultazione del Libro verde e si concentra esclusivamente sulle misure istruttorie, rivelando l'intenzione di approdare a un meccanismo più semplice e rapido di acquisizione delle prove, sorvolando sulla tutela dei diritti fondamentali, trafitti dalla spada del mutuo riconoscimento. Sintomatici di un siffatto atteggiamento di stampo efficientista sono, in particolare, l'assenza di formalità in sede di esecuzione della richiesta d'indagine, salva la facoltà di ricorrere a un atto investigativo diverso⁹⁰, e la ridotta possibilità di rifiutare l'ordine⁹¹, in cui spicca la totale soppressione del requisito della doppia incriminazione⁹², considerata un ostacolo alla cooperazione giudiziaria.

Sul versante delle impugnazioni, la proposta in esame compie un passo indietro rispetto a quanto previsto dalla decisione quadro sul m.e.r., che, all'art. 18, distingueva

⁸⁸ Si tratta dell'iniziativa promossa da Austria, Belgio, Bulgaria, Estonia, Slovenia, Spagna e Svezia per una direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa all'ordine europeo di indagine penale (2010/C 165/02), in *G.U.U.E.*, 24 giugno 2010, C 165/22. Per un commento alla proposta di direttiva, v. L. CAMALDO, *The European Investigation Order*, in F. Ruggieri (a cura di), *Criminal Proceedings, Languages and the European Union: Linguistic and Legal Issues*, Berlin, Springer, 2013, p. 203 ss., nonché M. M. PISANI, *Problemi di prova in materia penale. La proposta di direttiva sull'Ordine europeo di indagine*, in *Arch. pen.*, 2011, n. 3, p. 925 ss., la quale rileva che “la proposta è formulata da Stati nei quali il sistema giudiziario è, per la maggior parte, essenzialmente di tipo continentale, ossia improntato al modello inquisitorio”, e che “già nelle discussioni sull'impronta essenzialmente repressiva degli strumenti di cooperazione giudiziaria è stato notato come l'Unione europea avesse manifestato una evidente preferenza per l'impianto inquisitorio, a discapito degli ordinamenti ad impianto accusatorio”.

⁸⁹ Così M. M. PISANI, *Problemi di prova in materia penale*, cit., p. 934.

⁹⁰ La possibilità contemplata dall'art. 9 della proposta di direttiva era tuttavia subordinata alla duplice condizione che l'atto diverso fosse idoneo al raggiungimento dello scopo perseguito dall'autorità di emissione e che questa non avesse richiesto particolari modalità di esecuzione, finalizzate ad assicurare l'utilizzabilità della prova secondo la *lex fori*.

⁹¹ In origine, la proposta di direttiva aveva eliminato, oltre all'applicazione del principio della doppia incriminazione, anche quella del *ne bis idem*, sul presupposto che il medesimo principio fosse già oggetto di regolamentazione da parte dell'art. 54 della Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen. Come osserva M. M. PISANI, *Problemi di prova in materia penale*, cit., p. 947, le reazioni scatenate da tale cancellazione “hanno condotto alla reintroduzione della menzione del principio, nell'art. 10, tra i motivi generali di rifiuto o di non riconoscimento dell'esecuzione”, limitandosi però “a chiedere l'assicurazione, da parte dell'autorità richiedente, che la prova raccolta non sarà utilizzata per perseguire una persona già giudicata in un altro Stato membro per gli stessi fatti”.

⁹² Come già osservato in precedenza, la deroga alla doppia incriminazione operava esclusivamente con riferimento a trentadue fattispecie di reato tassativamente indicate.

le ipotesi in cui il ricorso potesse essere proposto dinanzi all'autorità dello Stato di esecuzione ovvero a quella dello Stato di emissione, invocando la necessità di accordare a qualunque soggetto una tutela giurisdizionale effettiva⁹³.

Al contrario, l'art. 13 della proposta di direttiva si limita a operare un rinvio alle disposizioni nazionali applicabili in materia, affidando alla discrezionalità delle autorità coinvolte la decisione se comunicare o meno ai soggetti interessati l'esistenza di mezzi di impugnazione, per ragioni legate alla segretezza investigativa⁹⁴, trascurando così i diritti della difesa. Un testo normativo che dunque si rivela complessivamente insoddisfacente e incompleto, poiché, incentrandosi esclusivamente sui canoni del mutuo riconoscimento "in senso pieno", dimentica di prendere in considerazione le istanze armonizzatrici e la tutela dei diritti fondamentali degli individui⁹⁵. Si tratta di un approccio che, per quanto deludente, non deve stupire, se si considera che è proprio l'art. 82 TFUE a conferire al ravvicinamento delle legislazioni nazionali, attraverso l'adozione di *standard* comuni minimi, un ruolo strumentale al rafforzamento della cooperazione giudiziaria, quando tale rapporto dovrebbe più opportunamente capovolgersi⁹⁶.

I tempi non erano forse ancora pienamente maturi per approdare all'ordine europeo di indagine, che infatti resta all'orizzonte ancora per qualche anno, per poi giungere a riva e segnare il tramonto⁹⁷ non solo degli altri strumenti di raccolta della prova, ma soprattutto del sacrificio dei diritti fondamentali sull'altare del mutuo riconoscimento.

⁹³ A livello sovranazionale, il principio di effettività della tutela giurisdizionale è sancito dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e dell'art. 13 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU).

⁹⁴ Sul punto v. M. M. PISANI, *Problemi di prova in materia penale*, cit., p. 952.

⁹⁵ Per tali ragioni, O. MAZZA, *Il principio del mutuo riconoscimento nella giustizia penale, la mancata armonizzazione*, cit., p. 401, considera il m.e.r. una "scelta di retroguardia" e pertanto ne auspica, in modo lungimirante, un rapido affondamento.

⁹⁶ A tal proposito, sono illuminanti le riflessioni conclusive di M.M. PISANI, *Problemi di prova in materia penale*, cit., p. 949, la quale sottolinea che "la mancanza di armonizzazione rende necessaria l'adozione di salvaguardie come i motivi di rifiuto all'esecuzione di richieste di cooperazione, la cui conservazione non rappresenta una cieca ed ottusa battaglia per la protezione di sovranità nazionali, né il tentativo di porre dei limiti alle competenze sovranazionali dell'Unione (...), ma sono il riflesso della mancanza di fiducia nel risultato dell'applicazione del principio del mutuo riconoscimento, e costituiscono l'unica garanzia di una tutela effettiva ed efficiente dei diritti individuali, ancora profondamente carente nella legislazione europea".

⁹⁷ L'espressione è di L. CAMALDO - F. CERQUA, *La direttiva sull'ordine europeo di indagine penale: le nuove prospettive per la libera circolazione delle prove*, cit., p. 3515.

4. La direttiva 2014/41/UE relativa all'ordine europeo d'indagine penale: “un approdo sicuro, ma non definitivo”

Il 3 aprile 2014 è stata finalmente approvata la direttiva 2014/41/UE⁹⁸ del Parlamento europeo e del Consiglio, relativa all'ordine europeo d'indagine penale, quale nuovo strumento globale⁹⁹ e omnicomprensivo¹⁰⁰ di raccolta della prova da attivarsi entro i confini dello spazio giuridico europeo.

Rinviando al capitolo successivo l'approfondita trattazione delle dirompenti novità introdotte dalla direttiva sovranazionale, il presente paragrafo si limita a tratteggiarne le linee essenziali, mettendone in rilievo luci e ombre. In particolare, la scelta del titolo “*un approdo sicuro, ma non definitivo*” deriva dal fatto che se, da una parte, l'ordine europeo d'indagine (d'ora in poi, OEI) segna una svolta nel sistema dell'acquisizione della prova *ultra fines*, dall'altra porta con sé significative limitazioni, dovute in particolare all'assenza di norme comuni in punto di ammissibilità e utilizzabilità del materiale raccolto all'estero.

Tale lacuna rivela, ancora una volta, un atteggiamento diretto a promuovere la semplificazione e la speditezza della cooperazione giudiziaria nel segno del mutuo

⁹⁸ Il testo della direttiva 2014/41/UE è pubblicato in *G.U.U.E.*, 1° maggio 2014, L 130/1. Tra i primi commenti si segnala T. BENE - L. LUPARIA - L. MARAFIOTI (a cura di), *L'ordine europeo di indagine. Criticità e prospettive*, Torino, Giappichelli, 2016; R. BELFIORE, *Riflessioni a margine della direttiva sull'ordine europeo di indagine penale*, in *Cass. pen.*, 2015, n. 9, p. 3282 ss.; M. DANIELE, *La metamorfosi del diritto delle prove nella direttiva sull'ordine europeo di indagine penale*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2015, n. 4, p. 86 ss.; M. CAIANIELLO, *La nuova direttiva UE sull'ordine europeo di indagine penale tra mutuo riconoscimento e ammissione reciproca delle prove*, in *Proc. pen. giust.*, 2015, n. 3, p. 1 ss.; L. CAMALDO, *La direttiva sull'ordine europeo di indagine penale (OEI)*, cit.; L. CAMALDO - F. CERQUA, *La direttiva sull'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 3511 ss.; S. MONICI, *La direttiva 2014/41/UE relativa all'ordine europeo di indagine penale*, in *Eurojus*, 29 giugno 2014.

⁹⁹ Cfr. *considerando* n. 6 della direttiva OEI.

¹⁰⁰ V. *considerando* n. 8 e art. 3 della direttiva OEI. In particolare, l'omnicomprensività fa riferimento all'ampio raggio operativo dello strumento in esame che, dal punto di vista oggettivo, trova applicazione in relazione a qualsiasi atto di indagine finalizzato all'acquisizione di prove. Sul concetto di “atto di indagine” (*investigative measure*), di cui la direttiva non fornisce una definizione, cfr. A. MANGIARACINA, *A New and Controversial Scenario in the Gathering of Evidence at the European Level: The Proposal for a Directive on the European Investigation Order*, in *Utrecht Law Review*, 2014, n. 1, p. 120; C.M. PAOLUCCI, *I problemi di diritto transitorio e l'intreccio tra gli strumenti vigenti. Una bussola per l'interprete*, in M. R. Marchetti - E. Selvaggi (a cura di), *La nuova cooperazione giudiziaria penale*, cit., p. 225, la quale precisa che “l'esame complessivo delle disposizioni della direttiva rende chiaro che tale nozione non è utilizzata in modo assimilabile a quanto avviene nell'ordinamento italiano e che, in realtà, per quanto la locuzione sia ingannevole, la stesse deve interpretarsi come riferibile all'acquisizione o esecuzione di prove, anche in relazione alle fasi processuali in senso stretto”.

riconoscimento¹⁰¹, sottacendo le problematiche riconducibili alle differenze esistenti tra le discipline interne. Come sottolineato¹⁰², tali divergenze minano le fondamenta del riconoscimento reciproco, in quanto l'efficacia della cooperazione non si misura soltanto sulla celerità delle tempistiche, ma anche e soprattutto sulla possibilità di utilizzare nel processo il materiale probatorio acquisito all'estero.

In altre parole, “a nulla servirebbe assicurare il trasferimento del dato probatorio se poi questo non potesse essere utilizzato nel processo di destinazione”¹⁰³.

La non definitività dell'approdo cui è giunto il legislatore sovranazionale è dunque riconducibile alla carenza di armonizzazione delle regole di acquisizione e utilizzabilità delle prove, che dovrebbe incarnare il presupposto, e non il fine, del mutuo riconoscimento. Si sarebbe, forse, potuto fare di più, ed è legittimo aspettarsi in futuro qualche sforzo maggiore in questa direzione, anche alla luce della recente creazione del procuratore europeo.¹⁰⁴

Nondimeno, non si può negare alla direttiva sull'OEI di aver elaborato uno strumento utile e necessario¹⁰⁵, che supera (in parte) le incertezze e la frammentarietà

¹⁰¹ A tal proposito, v. *considerando* n. 10 della direttiva, dove si afferma che esso dovrebbe essere incentrato sull'atto di indagine da compiere.

¹⁰² Cfr. L. CAMALDO, *La direttiva sull'ordine europeo di indagine penale (OEI)*, cit., p. 2.

¹⁰³ Così G. DARAIO, *La circolazione della prova nello spazio giudiziario europeo*, cit., p. 580. A tal riguardo, v. anche E. AMODIO, *Diritto di difesa e diritto alla prova nello spazio giudiziario europeo*, in A. Lanzi - F. Ruggieri - L. Camaldo (a cura di), *Il difensore e il pubblico ministero europeo*, Padova, Cedam, 2002, p. 107, il quale rileva che “per circolare la prova deve essere compatibile non soltanto con le norme del paese in cui viene raccolta, ma anche con i principi del paese in cui viene utilizzata ai fini decisori”, essendo davvero “poco confortante scoprire che una prova illegittima diventa utilizzabile solo perché è battezzata come europea”.

¹⁰⁴ In senso difforme, v. M. CAIANIELLO, *La nuova direttiva UE sull'ordine europeo di indagine penale tra mutuo riconoscimento e ammissione reciproca delle prove*, cit., p. 16, il quale afferma di non condividere l'approccio di quanti criticano che la direttiva OEI non tocchi il tema dell'ammissibilità reciproca della prova, sostenendo che, “come sempre avviene per il diritto europeo – i cui piccoli passi nascondono disegni molto più grandi – dipende dalla prospettiva adottata. Se osserviamo il meccanismo varato con la direttiva OEI in chiave retrospettiva, non c'è dubbio che esso nulla dica, o quasi, quanto al tema della *mutual admissibility of evidence*. Se, invece, ci poniamo in chiave prospettica, o di potenziale evoluzione favorita da questa nuova fonte, il discorso cambia sensibilmente. Un efficace sistema di mutuo riconoscimento rappresenta, infatti, come da lungo tempo riconosciuto dalla dottrina, uno dei mezzi attraverso i quali, in via indiretta, il legislatore europeo può conseguire il risultato di condizionare la materia delle invalidità probatorie, portandola lentamente a uniformità”.

¹⁰⁵ Si afferma che l'OEI costituisce, nel settore della ricerca e formazione delle prove, “il corrispettivo di ciò che il mandato di arresto europeo ha rappresentato nel settore delle consegne dei soggetti condannati o ricercati per l'esecuzione di misure cautelari personali”, in sostituzione del meccanismo delle estradizioni. V. M.C. PAOLUCCI, *I problemi di diritto transitorio e l'intreccio tra strumenti vigenti*, cit., p. 223.

caratterizzante l'assistenza giudiziaria penale e che presta finalmente attenzione ai diritti fondamentali della persona¹⁰⁶, introducendo il meccanismo della proporzionalità¹⁰⁷, presente in forma embrionale già nella decisione quadro sul m.e.r.¹⁰⁸

¹⁰⁶ Cfr., in particolare, il *considerando* n. 12, secondo cui “quando emette un OEI, l'autorità di emissione dovrebbe prestare particolare attenzione al pieno rispetto dei diritti stabiliti nell'articolo 48 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (la Carta). La presunzione di innocenza e i diritti della difesa nei procedimenti penali sono i capisaldi dei diritti fondamentali riconosciuti nella Carta nel settore della giustizia penale. Ogni limitazione di tali diritti mediante un atto di indagine richiesto conformemente alla presente direttiva dovrebbe rispettare pienamente i requisiti stabiliti nell'articolo 52 della Carta quanto alla necessità, agli obiettivi di interesse generale da perseguire, nonché all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui”, il *considerando* n. 15, ove si afferma che “È opportuno attuare la presente direttiva tenendo conto delle direttive 2010/64/UE (sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali), 2012/13/UE (sul diritto all'informazione nei procedimenti penali); e 2013/48/UE (sul diritto di avvalersi di un difensore) del Parlamento europeo e del Consiglio che riguardano i diritti procedurali nei procedimenti penali”. A tal proposito, in dottrina si ritiene che il mero rinvio operato alle tre direttive “in mancanza della previsione di specifiche modalità di esercizio di tali diritti con preciso riferimento alla procedura relativa all'ordine europeo di indagine”. In tal senso, v. L. CAMALDO, *La direttiva sull'ordine europeo di indagine penale (OEI)*, cit., p. 2. V. anche il *considerando* n. 18, che ribadisce “l'obbligo di rispettare i diritti fondamentali e i principi giuridici fondamentali, sanciti dall'articolo 6 del trattato sull'Unione europea (TUE) e i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta”. Sul punto, v. E. LORENZETTO, *L'ordine europeo di indagine penale: efficienza e garanzie per le acquisizioni probatorie in ambito eurolunitario*, in *Cass. pen.*, 2020, n. 3, p. 1303, la quale osserva che le garanzie sono prese in considerazione dalla direttiva alla stregua di mere enunciazioni di principio, affermando che “di garanzie si parla, sì, nella direttiva, ma più che altro nei suoi preamboli” e che “in punto di prerogative difensive mancano le istruzioni per l'uso”.

¹⁰⁷ Cfr. *considerando* n. 11 della direttiva: “Si dovrebbe optare per un OEI quando l'esecuzione di un atto di indagine appare proporzionata, adeguata e applicabile al caso in questione. L'autorità di emissione dovrebbe pertanto accertare se le prove che si intende acquisire sono necessarie e proporzionate ai fini del procedimento, se l'atto di indagine scelto è necessario e proporzionato per l'acquisizione di tali prove, e se è opportuno emettere un OEI affinché un altro Stato membro partecipi all'acquisizione di tali prove. La stessa valutazione dovrebbe essere effettuata durante la procedura di convalida, ove la convalida di un OEI sia prescritta dalla presente direttiva. L'esecuzione di un OEI non dovrebbe essere rifiutata per motivi diversi da quelli previsti nella presente direttiva. Tuttavia, l'autorità di esecuzione dovrebbe avere la facoltà di optare per un atto di indagine meno intrusivo di quello richiesto nell'OEI interessato qualora consenta di ottenere risultati analoghi”. In dottrina, v. M. DANIELE, *I chiaroscuri dell'OEI e la bussola della proporzionalità*, in M. Daniele - R. E. Kostoris (a cura di), *L'ordine europeo di indagine penale*, Torino, Giappichelli, 2018, p. 67, ove si afferma che la proporzionalità introdotta dalla disciplina dell'OEI “mira a individuare il corretto equilibrio fra gli obiettivi euro-unitari della repressione dei reati e dell'efficienza della cooperazione e tutta la costellazione dei diritti e delle garanzie protette dalle norme processuali nazionali”.

¹⁰⁸ Cfr. *considerando* n. 11 della decisione quadro sul m.e.r.: “Un m.e.r. dovrebbe essere emesso soltanto nei casi in cui ottenere gli oggetti, i documenti o i dati ricercati sia necessario e proporzionato ai fini dell'azione penale o di altro tipo di cui si tratta. Inoltre, un m.e.r. dovrebbe essere emesso soltanto nei casi in cui gli oggetti, i documenti o i dati in questione potrebbero essere acquisiti in base alla legislazione nazionale dello Stato di emissione in caso analogo. Spetta all'autorità di emissione garantire l'osservanza di queste condizioni. I motivi di non riconoscimento o di non esecuzione non dovrebbero pertanto avere attinenza con queste materie”.

Da questo punto di vista, l'ordine d'indagine può definirsi un porto sicuro, che certamente segna un punto fermo nel diritto europeo delle prove penali, dopo anni trascorsi in balia della marea.

In definitiva, l'esito dello sforzo di bilanciare esigenze contrapposte, quelle investigative e probatorie connesse all'esercizio dell'azione penale, da un lato, e quelle relative alla tutela delle garanzie fondamentali, dall'altro, accompagnato dall'assenza di un'armonizzazione preventiva, si è tradotto in uno strumento a portata orizzontale¹⁰⁹ che, pur ispirandosi al principio del riconoscimento reciproco, mantiene la flessibilità propria del sistema tradizionale di assistenza giudiziaria¹¹⁰.

La convivenza di elementi riconducibili alla logica del mutuo riconoscimento e, al contempo, di aspetti tipici della mutua assistenza, che si coglie in particolare sul piano del delicato equilibrio tra *lex fori* e *lex loci*¹¹¹, induce quindi ad affermare che l'OEI sia stato concepito come strumento di mutuo riconoscimento "temperato"¹¹².

A testimonianza della consapevolezza che, in assenza di un nucleo di norme comuni tale da assicurare il rispetto dei diritti fondamentali tutelati dallo Stato di esecuzione¹¹³, tale principio non possa operare pienamente, si colloca la disposizione contenuta nel *considerando* n. 19. Si stabilisce, infatti, una presunzione di conformità da parte di tutti gli Stati al diritto dell'Unione e, in particolare, ai diritti fondamentali dal carattere relativo, e non assoluto, al fine di consentire di rifiutare il riconoscimento di un OEI al cospetto di "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". La relatività della presunzione in oggetto sta a significare che la mera appartenenza all'Unione europea non possa di per sé fungere da

¹⁰⁹ Cfr. *considerando* n. 8.

¹¹⁰ Cfr. *considerando* n. 6. In dottrina, v. L. MARAFIOTI, *Orizzonti investigativi europei, assistenza giudiziaria e mutuo riconoscimento*, cit., p. 22.

¹¹¹ V. art. 9 § 2 direttiva: "L'autorità di esecuzione si attiene alle formalità e alle procedure espressamente indicate dall'autorità di emissione, salvo qualora la presente direttiva disponga altrimenti, sempre che tali formalità e procedure non siano in conflitto con i principi fondamentali del diritto dello Stato di esecuzione."

¹¹² Così si esprime R. E. KOSTORIS, *L'OEI nella dissolvenza tra regole e principi*, in M. Daniele - R. E. Kostoris (a cura di), *L'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 9.

¹¹³ A tal proposito, cfr. A. MANGIARACINA, *L'esecuzione dell'OEI e i margini nazionali di rifiuto*, in M. Daniele - R. E. Kostoris (a cura di), *L'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 115.

garanzia, richiedendosi una valutazione caso per caso da condursi sotto l'egida del principio di proporzionalità, su cui si tornerà in seguito¹¹⁴.

4.1. Il coordinamento con le fonti sovranazionali preesistenti: la sostituzione delle “corrispondenti disposizioni” e il perimetro applicativo dell'OEI

Sebbene il dichiarato intento del legislatore sovranazionale fosse quello di dar vita a un sistema globale e unitario, che sostituisse tutti gli strumenti esistenti nel settore¹¹⁵, l'avvento dell'OEI non ricomponne completamente il quadro della raccolta della prova nello spazio euro-unitario.

Allo scopo di definire con precisione i rapporti intercorrenti tra le molteplici discipline sovranazionali in tale ambito, occorre prendere le mosse dall'analisi della disposizione di cui all'art. 34 della direttiva OEI¹¹⁶.

Nonostante siano superate¹¹⁷ le questioni interpretative inizialmente sollevate in merito alla portata di tale disposizione di coordinamento e, più in generale, al regime transitorio, risulta comunque utile soffermarsi sul suo contenuto. L'art. 34 consente, infatti, da un lato, di comprendere le modalità con cui tale nuovo strumento ha fatto irruzione sullo scenario europeo e, dall'altro, di tracciare il suo perimetro applicativo oggettivo, individuando *a contrario* le attività che ne rimangono al di fuori. In particolare, si prevede che la direttiva del 2014 sostituisca, a decorrere dal 22 maggio 2017, le “corrispondenti disposizioni” delle convenzioni, espressamente elencate dalla norma in oggetto, applicabili tra gli Stati membri che siano dalla stessa vincolati¹¹⁸. Si

¹¹⁴ V. *infra*, cap. II, § 2.2.

¹¹⁵ Cfr. *considerando* n. 6.

¹¹⁶ Sul tema, v. S. MONTALDO, *A caccia di ... prove. L'ordine europeo di indagine penale tra complesse stratificazioni normative e recepimento nell'ordinamento italiano*, in *Giur. pen. web*, 2017, n. 11, p. 1 ss.; ID., *La scadenza del termine di recepimento della direttiva 2014/41/UE sull'ordine europeo di indagine penale e la sostituzione delle “disposizioni corrispondenti” della convenzione di assistenza giudiziaria tra gli Stati membri del 2000: spunti per la ricostruzione di un quadro normativo complesso*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2017, n. 2, p. 13 ss.; S. FRANZ, *Questioni in tema di regime transitorio*, in M. Daniele - R. E. Kostoris (a cura di), *L'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 199 ss.

¹¹⁷ Ne dà conto la *Relazione del membro nazionale di Eurojust relativa all'anno operativo 2020*, a firma del dott. F. Spiezia, p. 42.

¹¹⁸ Il 22 maggio 2017 è la data a decorrere dalla quale l'ordine europeo di indagine produce i suoi effetti sostitutivi. Attualmente sono 26 gli Stati membri che hanno recepito la direttiva del 2014: Austria (1 luglio 2018), Belgio (22 maggio 2017), Bulgaria (23 febbraio 2018), Croazia (26 ottobre 2017), Cipro (15 dicembre 2017), Repubblica Ceca (16 agosto 2018), Estonia (6 luglio 2017), Finlandia (3 luglio

tratta, nello specifico, della Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale del 1959 (C.E.A.G.) con i relativi protocolli addizionali e con gli accordi bilaterali conclusi a norma dell'art. 26 della medesima convenzione, della Convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen (C.A.A.S.), ratificata in Italia con legge 30 settembre 1993, n. 338, della Convenzione di Bruxelles del 2000 (M.A.P.), di recente attuata nel nostro ordinamento con il d.lgs. 5 aprile 2017, n. 52, nonché della decisione quadro 2003/577/GAI¹¹⁹, limitatamente alle disposizioni sul sequestro probatorio, e della decisione quadro 2008/978/GAI sul mandato europeo di ricerca delle prove¹²⁰, abrogata dal Regolamento 95/2016 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 gennaio 2016¹²¹, prima della scadenza del termine di trasposizione della direttiva OEI.

L'impiego, nel testo dell'art. 34, del verbo “sostituisce”, anziché “abolisce” o “abroga”, evidenzia la precisa scelta del legislatore europeo di non dar vita a un vero e proprio fenomeno di successione di discipline, optando, piuttosto, per un coordinamento delle stesse¹²². Peraltro, dal punto di vista del regime intertemporale, l'art. 35 della direttiva OEI, rubricato “disposizioni transitorie”, conferma l'operatività, *ratione temporis*, dei tradizionali strumenti di assistenza giudiziaria e della decisione quadro 2003/577/GAI, in tema di sequestro probatorio, alle richieste ricevute anteriormente al 22 maggio 2017.

2017), Francia (22 maggio 2017), Germania (22 maggio 2017), Grecia (21 settembre 2017), Ungheria (23 maggio 2017), Italia (28 luglio 2017), Lettonia (20 maggio 2017), Lituania (15 giugno 2017), Lussemburgo (15 settembre 2018), Malta (24 ottobre 2017), Olanda (17 giugno 2017), Polonia (8 febbraio 2018), Portogallo (22 agosto 2017), Romania (17 dicembre 2017), Slovacchia (15 ottobre 2017), Slovenia (5 maggio 2018), Spagna (2 luglio 2018), Regno Unito (31 luglio 2017), ma in relazione a quest'ultimo occorre tener conto degli effetti della *Brexit*. I dati riportati, aggiornati al 19 gennaio 2021, sono reperibili all'indirizzo www.ejn-crimjust.europa.eu.

¹¹⁹ La decisione quadro 2003/577/GAI relativa all'esecuzione dei provvedimenti di blocco dei beni o di sequestro probatorio è stata attuata in Italia con d.lgs. 15 febbraio 2016, n. 35, in vigore dal 26 marzo 2016.

¹²⁰ Cfr. art. 34 § 2: “Le disposizioni della decisione quadro 2003/577/GAI sono sostituite per gli Stati membri vincolati dalla presente direttiva per quanto riguarda il sequestro probatorio”.

¹²¹ Si tratta del Regolamento relativo all'abrogazione di alcuni atti nel settore della cooperazione di polizia e della cooperazione giudiziaria in materia penale, in *G.U.U.E.*, 2 febbraio 2016, L 26/9.

¹²² Come evidenziato nella *Circolare in tema di attuazione della direttiva 2014/41/UE relativa all'ordine europeo di indagine penale – Manuale operativo*, cit., p. 8, tale scelta “indica che il nuovo strumento normativo non travolgerà la previgente regolazione dei rapporti di assistenza prime che gli Stati membri interessati abbiano trasposto nei rispettivi ordinamenti le nuove disposizioni”.

La genericità della locuzione impiegata dalla direttiva del 2014 (“corrispondenti disposizioni”)¹²³, non accompagnata da ulteriori indicazioni, ha suscitato alcune questioni interpretative connesse all’individuazione del corretto strumento da utilizzare, affrontate nella nota congiunta di Eurojust e della Rete giudiziaria europea¹²⁴. In particolare, stando a un’interpretazione fedele al dato letterale, le autorità nazionali non avrebbero più potuto ricorrere ai tradizionali strumenti di cooperazione, essendo questi ultimi rimpiazzati dalla direttiva OEI a decorrere dal 22 maggio 2017. Tale opzione ermeneutica, tuttavia, priva le azioni di cooperazione transfrontaliera di una base legale e implica un ritorno al principio di reciprocità, dando vita a una situazione di stallo che rischia di compromettere l’efficacia della collaborazione interstatale. Per questa ragione, si è ritenuto preferibile aderire a un’interpretazione teleologica, secondo cui gli Stati membri che, alla scadenza del termine di recepimento, non abbiano ancora provveduto a trasporre la direttiva sul piano interno possono continuare a ricorrere allo strumento convenzionale delle rogatorie.

Diverse sono le argomentazioni a sostegno di tale approccio pragmatico: anzitutto, si sottolinea che la sostituzione delle corrispondenti previsioni degli atti normativi menzionati dall’art. 34 non implica la loro totale abrogazione, con la conseguenza che essi continuano ad applicarsi, sia nei rapporti con gli Stati membri dell’Unione non vincolati dalla direttiva OEI (Irlanda e Danimarca)¹²⁵, sia nelle situazioni di omessa implementazione entro il termine fissato dalla direttiva medesima.

In secondo luogo, si ritiene che una siffatta interpretazione conservativa sia più coerente con l’obiettivo perseguito dalla direttiva di creare uno strumento globale e omnicomprensivo per la raccolta delle prove in fattispecie aventi dimensione transfrontaliera, forgiato sul mutuo riconoscimento, ma che al contempo tenga conto della flessibilità propria del tradizionale sistema di assistenza giudiziaria.

¹²³ Cfr. S. MONTALDO, *A caccia di ... prove. L’ordine europeo di indagine penale tra complesse stratificazioni normative e recepimento nell’ordinamento italiano*, cit., p. 5, il quale fa notare come il dato testuale sia sostanzialmente identico in tutte le principali versioni linguistiche, la cui comparazione non fornisce pertanto utili elementi interpretativi. In particolare, si riporta, la versione inglese è “*corresponding provisions*”, che corrisponde alla formula francese “*dispositions correspondantes*”, quella spagnola “*las disposiciones correspondientes*” e quella tedesca “*einschlägigen Bestimmungen*”.

¹²⁴ Cfr. EUROJUST- EJM, *Note on the meaning of “corresponding provisions” and the applicable legal regime in case of delayed transposition of the EIO Directive*, 2 maggio 2017, consultabile online all’indirizzo www.ejn-crimjust.eu.

¹²⁵ V. *consideranda* nn. 44 e 45 della direttiva.

Secondo quanto riportato nella nota congiunta sopra citata, sarebbe difficilmente compatibile con tale finalità un'interpretazione che, come si è detto, comporterebbe un vuoto normativo quanto alla base giuridica e, conseguentemente, la reviviscenza delle condizioni di reciprocità, appartenenti a un modello di cooperazione di stampo intergovernativo.

La maggior parte delle autorità nazionali consultate da Eurojust si è espressa a favore di un'interpretazione teleologica dell'art. 34 della direttiva OEI¹²⁶. In particolare, alcuni Stati membri hanno inserito all'interno delle rispettive legislazioni attuative della direttiva sovranazionale una disposizione destinata a operare all'interno di uno scenario provvisorio, caratterizzato da un'implementazione non tempestiva della direttiva europea. Inoltre, alcune normative interne prescrivono di continuare ad applicare gli strumenti convenzionali nei rapporti con gli Stati che non hanno trasposto la direttiva entro il termine. Il diritto nazionale di uno Stato membro prevede, invece, che le future richieste di assistenza giudiziaria, provenienti dagli Stati che non abbiano ancora recepito la direttiva, debbano essere trattate alla stregua di ordini d'indagine.

Si evidenzia, da ultimo, che l'approccio finalistico, oltre a porsi in linea con le finalità della direttiva¹²⁷, è avvalorato dall'orientamento formatosi in seno alla Corte di giustizia dell'Unione europea, in relazione alla previsione, di analogo contenuto, di cui all'art. 31 § 1 della decisione quadro 2002/584/GAI relativa al mandato d'arresto europeo¹²⁸.

¹²⁶ L'interpretazione conservativa (o tesi dell'effetto sostitutivo progressivo dell'OEI) è stata sostenuta da Belgio, Bulgaria, Repubblica Ceca, Germania, Estonia, Grecia, Ungheria, Italia, Lettonia, Paesi Bassi, Austria, Romania, Polonia, Slovacchia, Finlandia, Lituania, Svezia e Croazia. Cfr. la *Circolare in tema di attuazione della direttiva 2014/41/UE relativa all'ordine europeo di indagine penale – Manuale operativo*, cit., pp. 8-9.

¹²⁷ In questi termini, cfr. *L'ordine europeo di indagine penale. Cosa è utile sapere? Domande e risposte*, a cura del Desk italiano di Eurojust, in *Dir. pen. cont.*, 28 settembre 2017, p. 6 e 7, ove si aggiunge che tale interpretazione “mira a favorire le dinamiche di acquisizione transfrontaliera della prova mediante un unico strumento”.

¹²⁸ Cfr. C. giust., 12 agosto 2008, *Goicoechea*, C-296/08, § 58. In quell'occasione si era infatti affermato che “*the replacement under article 31 (1) of the Framework Decision of conventions mentioned in that provision does not entail the abolition of those conventions, which retain their relevance in cases covered by a statement made by a Member State pursuant to Article 32 of the Framework Decision, and also in other situations in which the European arrest warrant system is not applicable*”. Peraltro, allo stesso modo si è espressa la Commissione europea in un *report* dedicato all'implementazione della decisione quadro 2008/909/GAI, relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle sentenze penali che irrogano pene detentive o misure privative della libertà

Oltre al binomio tra interpretazione letterale e interpretazione finalistica, risolto nel senso della prevalenza di quest'ultima, ci si è interrogati anche sul significato, formale o sostanziale, da attribuire alla formulazione impiegata dall'art. 34 direttiva OEI¹²⁹. Se si propende per un'interpretazione formale, è necessario che le disposizioni messe a confronto presentino formulazioni testuali pressoché identiche, avuto riguardo anche al *nomen iuris*. Se, al contrario, si opta per un'interpretazione sostanziale, è sufficiente, ai fini della sussistenza di “corrispondenti previsioni”, che sia disciplinato in concreto il medesimo istituto, indipendentemente dalla perfetta sovrapposibilità del dato testuale¹³⁰. È evidente come la seconda impostazione, più flessibile, si concili meglio con l'approccio teleologico, ampiamente condiviso, come si è detto, dagli Stati membri aderenti alla direttiva del 2014.

Chiariti la portata dell'art. 34 e gli effetti sostitutivi da esso prodotti, è dunque possibile ricavare il perimetro operativo della direttiva OEI sotto il profilo oggettivo. A tal fine, è utile prendere le mosse dall'elenco di attività che ne restano escluse, in quanto prive del vincolo di corrispondenza richiesto dall'art. 34.

Vengono in rilievo, anzitutto, le notifiche degli atti del procedimento penale, lo scambio spontaneo di informazioni, nonché le restituzioni dei beni alle persone offese del reato e i sequestri disposti con tale finalità. Le suddette attività, non essendo in alcun modo contemplate dalla direttiva OEI, né esplicitamente, né implicitamente, continuano pertanto ad essere assoggettate, rispettivamente, agli artt. 5¹³¹, 7¹³² e 8¹³³ della Convenzione “MAP”, tuttora operativi.

personale, con riferimento all'art. 26 § 1 che regola l'effetto sostitutivo della decisione rispetto ad altri strumenti previgenti, utilizzando una formula analoga a quella dell'art. 34 direttiva OEI.

¹²⁹ Cfr. S. MONTALDO, *A caccia di ... prove. L'ordine europeo di indagine penale tra complesse stratificazioni normative e recepimento nell'ordinamento italiano*, cit., p. 5.

¹³⁰ *Ibidem*.

¹³¹ Cfr. art. 5: “Ciascuno Stato membro invia alle persone che si trovano nel territorio di un altro Stato membro gli atti del procedimento ad esse destinati direttamente a mezzo posta. 2. L'invio degli atti del procedimento può avvenire tramite le autorità competenti dello Stato membro richiesto soltanto qualora: a) l'indirizzo del destinatario dell'atto sia sconosciuto o incerto, oppure b) le pertinenti norme di procedura dello Stato membro richiedente esigano una prova dell'effettuata consegna dell'atto al destinatario diversa da quella che può essere fornita a mezzo posta, oppure c) non sia stato possibile inviare l'atto a mezzo posta, oppure d) lo Stato membro richiedente abbia fondati motivi per ritenere che l'invio a mezzo posta sia inefficace o inadeguato. 3. Se vi è motivo di ritenere che il destinatario non comprenda la lingua nella quale l'atto del procedimento è redatto, quest'ultimo – o almeno le parti importanti del medesimo – deve essere tradotto nella lingua o in una delle lingue dello Stato membro nel cui territorio si trova il destinatario. Se l'autorità che emette l'atto è a conoscenza del fatto che il destinatario conosce soltanto un'altra lingua, l'atto – o almeno le parti importanti del medesimo – deve

Con particolare riferimento allo scambio spontaneo di informazioni, si precisa che, pur essendo l'art. 7 della Convenzione ancora formalmente in vita, il suo spazio applicativo risulta residuale, atteso che la direttiva 2014/41/UE predilige il ricorso all'OEI anche per la raccolta di prove già in possesso dell'autorità di esecuzione¹³⁴.

La *ratio* della scelta di ricondurre nell'alveo dell'ordine d'indagine anche le prove pre-acquisite, peraltro già espressa nell'ambito della decisione quadro relativa al m.e.r.¹³⁵, è proprio quella di arginare prassi poco trasparenti, dirette ad agevolare l'esecuzione delle richieste a scapito dell'osservanza di precisi doveri reciproci di comunicazione da parte delle autorità competenti.

Esulano, poi, dalla sfera operativa dell'OEI i sequestri finalizzati esclusivamente alla confisca e i provvedimenti di confisca (c.d. *freezing orders*), ai quali si applicano le decisioni quadro 2003/577/GAI e 2006/783/GAI, qualora siano stati trasmessi prima del 19 dicembre 2020¹³⁶. L'esclusione di tali provvedimenti trova conferma nel

essere tradotto in quest'altra lingua. 4. Tutti gli atti del procedimento sono corredati di un avviso in cui è specificato che il destinatario può ottenere informazioni dall'autorità che ha emesso l'atto o da altre autorità dello Stato membro interessato circa i suoi diritti e i suoi obblighi riguardo all'atto. Il paragrafo 3 si applica parimenti a questo avviso. 5. Il presente articolo non incide sull'applicazione degli articoli 8, 9 e 12 della convenzione europea di assistenza giudiziaria e degli articoli 32, 34 e 35 del trattato Benelux." È invece consentito il ricorso all'OEI per le notifiche relative ad atti di indagine da compiere all'estero e funzionali alla sua esecuzione. In tal senso, v. *Circolare in tema di attuazione della direttiva 2014/41/UE relativa all'ordine europeo di indagine penale – Manuale operativo*, cit., p. 9.

¹³² V. art. 7: "1. Nei limiti previsti dal diritto interno, le autorità competenti degli Stati membri possono procedere ad uno scambio di informazioni, senza che sia presentata una richiesta a tal fine, relative a reati, nonché ad infrazioni a norme di diritto di cui all'articolo 3, paragrafo 1, perseguibili da parte dell'autorità destinataria al momento della trasmissione delle informazioni. 2. L'autorità che fornisce le informazioni può, secondo il diritto interno, imporre all'autorità destinataria condizioni per l'uso di tali informazioni. 3. L'autorità destinataria rispetta tali condizioni."

¹³³ V. art. 8: "Lo Stato membro richiesto, a domanda dello Stato membro richiedente e fatti salvi i diritti dei terzi in buona fede, può mettere a disposizione dello Stato membro richiedente, ai fini della restituzione al legittimo proprietario, i beni ottenuti attraverso reati. Nell'applicazione degli articoli 3 e 6 della convenzione europea di assistenza giudiziaria, nonché dell'articolo 24, paragrafo 2, e dell'articolo 29 del trattato Benelux, lo Stato membro richiesto può rinunciare alla restituzione dei beni prima o dopo la loro consegna allo Stato membro richiedente, qualora ciò possa favorire la riconsegna di detti beni al legittimo proprietario. Restano impregiudicati i diritti dei terzi in buona fede. Nel caso di una rinuncia alla restituzione dei beni prima della loro consegna allo Stato membro richiedente, lo Stato membro richiesto non fa valere alcun diritto di garanzia o alcun altro diritto all'impugnazione a norma delle disposizioni di legge in materia tributaria o doganale nei confronti di tali beni. Una rinuncia di cui al paragrafo 2 non pregiudica il diritto dello Stato membro richiesto di riscuotere imposte o diritti dal legittimo proprietario".

¹³⁴ Cfr. *considerando* n. 7 e art. 1 § 1.

¹³⁵ V. art. 4 § 4 decisione quadro 2008/978/GAI.

¹³⁶ Come anticipato, il 19 dicembre 2020 è entrato in vigore il Regolamento (UE) 2018/1805 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 novembre 2018 relativo al riconoscimento reciproco dei

considerando n. 34 della direttiva, che ne circoscrive l'applicabilità ai soli provvedimenti provvisori¹³⁷ (sequestro probatorio), e non anche quelli emanati in vista della confisca (sequestro preventivo). Depone in tal senso anche la sezione C del modulo di cui all'allegato "A", riservato all'indicazione degli atti o delle attività da compiere, che fa unicamente riferimento ai "provvedimenti provvisori intesi a impedire atti di distruzione, trasformazione, spostamento, trasferimento o alienazione di elementi che possono essere usati come prove".

Per espressa previsione normativa¹³⁸, si collocano al di fuori dell'area applicativa della direttiva OEI anche l'istituzione di squadre investigative comuni e l'acquisizione di prove nell'ambito di tali squadre, che restano assoggettate alla disciplina più specifica delineata dalla decisione quadro 2002/465/GAI, recepita attraverso il d.lgs. 15 febbraio 2016, n. 34, e dall'art. 13 della Convenzione "MAP"¹³⁹.

Più problematica è la questione relativa alle osservazioni transfrontaliere, già compiutamente disciplinate dagli artt. 40 e 41 C.A.A.S., benché il *considerando* n. 9 della direttiva suggerisca di escluderle dal raggio applicativo dell'OEI, sul presupposto che il loro compimento non coinvolga autorità giudiziarie, bensì di polizia giudiziaria.

A tal riguardo, però, non tutti gli Stati membri concordano sulla riconducibilità di tale atto investigativo alla cooperazione di polizia e sulla conseguente inopportunità di emettere un ordine d'indagine per richiederne lo svolgimento¹⁴⁰.

Stante l'assenza di previsioni corrispondenti, sono poi da ritenersi pacificamente esclusi dall'ambito della direttiva OEI lo scambio di informazioni estratte dal casellario

provvedimenti di congelamento e di confisca. Per ciò che attiene al regime transitorio, v. art. 40, dove si prevede che "Il presente regolamento si applica ai certificati di congelamento e ai certificati di confisca trasmessi il 19 dicembre 2020 o successivamente a tale data. I certificati di congelamento e i certificati di confisca trasmessi prima del 19 dicembre 2020 continuano a essere disciplinati dalle decisioni quadro 2003/577/GAI e 2006/783/GAI tra gli Stati membri vincolati dal presente regolamento fino all'esecuzione definitiva del provvedimento di congelamento o del provvedimento di confisca". V. *supra*, nota n. 39.

¹³⁷ V. art. 32 § 1: "L'autorità di emissione può emettere un OEI per adottare provvedimenti intesi a impedire provvisoriamente la distruzione, la trasformazione, la rimozione, il trasferimento o l'alienazione di elementi che possono essere usati come prove".

¹³⁸ V. *considerando* n. 8 e art. 3.

¹³⁹ Resta tuttavia ferma la possibilità di ricorrere allo strumento dell'OEI per l'assistenza che la squadra investigativa richiede a uno Stato membro che non abbia partecipato alla sua istituzione. Sul punto, v. art. 3 della direttiva, che prevede l'operatività della normativa speciale "eccetto ai fini dell'applicazione, rispettivamente, dell'art. 13, par. 8, della Convenzione e dell'art. 1, par. 8, della decisione quadro".

¹⁴⁰ Si tornerà sulla questione nel cap. IV.

giudiziale¹⁴¹, il trasferimento, anche temporaneo, di una persona detenuta al fine di consentirle di partecipare a un processo nel quale è imputata¹⁴², il trasferimento di persone condannate per l'esecuzione di una pena detentiva o di una misura di sicurezza¹⁴³ e le denunce funzionali al trasferimento dei procedimenti penali¹⁴⁴.

Da ultimo, l'art. 34 § 3 fa salva l'applicazione di accordi o intese, bilaterali o multilaterali, stipulate tra gli Stati membri¹⁴⁵, anche successivamente al 22 maggio 2017, in grado di potenziare e semplificare ulteriormente le procedure di acquisizione delle prove aventi dimensione transnazionale¹⁴⁶.

Alla luce di tali osservazioni, pare dunque che l'OEI, benché ormai costituisca lo schema principale per la formazione e la raccolta della prova nello spazio giuridico europeo, non abbia pienamente realizzato quella *reductio ad unum*¹⁴⁷ auspicata per agevolare il lavoro dell'interprete, trovandosi a condividere porzioni di terreno con altri

¹⁴¹ V. decisione quadro 2009/315/GAI del Consiglio del 26 febbraio 2009, relativa all'organizzazione e al contenuto degli scambi fra gli Stati membri di informazioni estratte dal casellario giudiziario, in *G.U.U.E.*, 7 aprile 2009, L 93/23 e decisione quadro 2009/316/GAI del Consiglio del 6 aprile 2009, che istituisce il sistema europeo di informazione sui casellari giudiziari (ECRIS) in applicazione dell'articolo 11 della decisione quadro 2009/315/GAI, in *G.U.U.E.*, 7 aprile 2009, L 93/33, attuate in Italia mediante i d.lgs. del 12 maggio 2016, nn. 74 e 75.

¹⁴² Cfr. *considerando* n. 25, ove specifica che, nel caso in cui la persona debba essere trasferita in un altro Stato membro ai fini di un procedimento penale, anche per comparire dinanzi a un organo giurisdizionale per essere processata, dovrebbe essere emesso un mandato d'arresto europeo, non essendo il trasferimento preordinato a finalità probatorie o investigative.

¹⁴³ Il trasferimento di persone detenute è disciplinato dalla decisione quadro 2008/909/GAI del 27 novembre 2008, relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle sentenze penali che irrogano pene detentive o misure privative della libertà personale, ai fini della loro esecuzione nell'Unione europea, in *G.U.U.E.*, 5 dicembre 2008, L 327/27 (attuata in Italia con il d.lgs. 7 settembre 2010, n. 161), nei rapporti con gli Stati membri che l'hanno implementata, e dalla Convenzione sul trasferimento delle persone condannate fatta a Strasburgo il 21 marzo 1983, nei rapporti con gli altri Stati.

¹⁴⁴ V. l'art. 21 C.E.A.G., la Convenzione europea sul trasferimento delle procedure penali fatta a Strasburgo il 15 maggio 1972 (firmata dall'Italia il 26 maggio 2000, ma mai ratificata) e gli artt. 746 *bis* e ss. c.p.p.

¹⁴⁵ Gli Stati membri sono tenuti a comunicare alla Commissione, mediante apposita notifica, gli accordi e le intese esistenti che desiderano continuare ad applicare, nonché i nuovi accordi o le nuove intese entro tre mesi dalla firma. In particolare, l'Italia ha comunicato l'intenzione di continuare ad applicare, limitatamente alle parti che consentono il rafforzamento degli obiettivi della direttiva e l'agevolazione delle procedure di cooperazione, gli Accordi aggiuntivi alla C.E.A.G. del 1959 stipulati con l'Austria, firmato a Vienna il 20 febbraio 1973, in *G.U.*, 11 novembre 1977, n. 38, e con la Germania, fatto a Roma il 24 ottobre 1979, in *G.U.*, 6 luglio 1985, n. 158.

¹⁴⁶ A tal proposito, la *Circolare in tema di attuazione della direttiva 2014/41/UE relativa all'ordine europeo di indagine penale – Manuale operativo*, cit., p. 11, parla di "ultrattività selettiva".

¹⁴⁷ V. M. CAIANIELLO, *La nuova direttiva UE sull'ordine europeo di indagine penale tra mutuo riconoscimento e ammissione reciproca delle prove*, cit., p. 11.

strumenti di cooperazione, che conservano una zona operativa residuale in ragione della loro specialità.

5. Sull'onda dell'entusiasmo europeo: l'ammodernamento delle rogatorie ad opera della riforma del Libro XI del codice di rito

Prima di soffermarsi sugli aspetti principali della direttiva relativa all'OEI, si ritiene opportuno offrire una panoramica delle modifiche apportate al Libro XI del codice di procedura penale¹⁴⁸, che hanno dato nuova linfa vitale alla cooperazione giudiziaria internazionale, a livello europeo ed extraeuropeo.

In particolare, occorre volgere lo sguardo alle novità apportate dalla riforma sul piano delle rogatorie, specialmente quelle c.d. "passive", per poi concentrarsi, nel paragrafo successivo, sulla codificazione del principio del mutuo riconoscimento sul piano interno. Tale analisi si rivela imprescindibile al fine di cogliere appieno il rinnovato interesse per il settore della cooperazione giudiziaria penale, in risposta alla crescente espansione geografica dei fenomeni criminali, conseguente all'evaporazione dei confini nazionali¹⁴⁹. Sull'onda dell'entusiasmo europeo¹⁵⁰, dopo anni in cui è prevalso un certo "immobilismo"¹⁵¹, il legislatore nazionale ha avviato una stagione florida, dando attuazione a una serie di provvedimenti di derivazione sovranazionale.

¹⁴⁸ V. E. SELVAGGI, *Le modifiche al libro XI del codice di procedura penale*, in M. R. Marchetti - E. Selvaggi (a cura di), *La nuova cooperazione giudiziaria penale*, cit., p. 169 ss.; L. CAMALDO - F. MANFREDINI, *La cooperazione giudiziaria nell'era delle minacce globali e la riforma del libro XI del codice di procedura penale*, in *Cass. pen.*, 2016, n. 7/8, p. 3043 ss.

¹⁴⁹ Cfr., volendo, C. DE LUCA, *Il restyling della cooperazione giudiziaria penale: nuovi istituti e vecchi problemi*, in *Cass. pen.*, 2019, n. 11, p. 4110 ss.

¹⁵⁰ Si fa riferimento alla produzione normativa "alluvionale" dell'Unione europea che, come osserva M. R. MARCHETTI, *La cooperazione "tradizionale" e le nuove forme di assistenza giudiziaria*, in M. R. Marchetti - E. Selvaggi (a cura di), *La nuova cooperazione giudiziaria penale. Dalle modifiche al codice di procedura penale all'Ordine europeo d'indagine*, cit., p. 1, non reca sempre effetti positivi "considerato che questa iper-produzione può creare problemi di recepimento e di successione di leggi nel tempo: vale a dire che talora può risultare arduo individuare la normativa in concreto applicabile".

¹⁵¹ L'espressione è di M. R. MARCHETTI, *La cooperazione "tradizionale" e le nuove forme di assistenza giudiziaria*, cit., p. 1. Sul tema, v. anche ID., *Cooperazione giudiziaria: innovazioni apportate e occasioni perdute*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 12, p. 1546 ss.; ID., *L'evoluzione normativa della cooperazione giudiziaria internazionale: le innovazioni alla disciplina interna*, in A. Giarda - F. Giunta - G. Varraso (a cura di), *Dai decreti attuativi della legge "Orlando" alle novelle di fine legislatura*, Milano, Wolters Kluwer Cedam, 2018, p. 467 ss.

Nel 2017, oltre al recepimento della direttiva sull'OEI attraverso il d.lgs. 21 giugno 2017, n. 108¹⁵², vedono, infatti, la luce sia il d.lgs. 3 ottobre 2017, n. 149¹⁵³, sia il d.lgs. 5 aprile 2017, n. 52¹⁵⁴, entrambi attuativi della legge delega 21 luglio 2016, n. 149¹⁵⁵, che hanno stimolato una profonda rivisitazione del sistema¹⁵⁶.

Proprio dall'intervento riformatore occorre muovere per comprendere gli impulsi che hanno spinto il legislatore delegante verso l'adeguamento del quadro nazionale a quello europeo. Il punto di partenza è rappresentato, in particolare, dal riconoscimento "dell'inadeguatezza dell'attuale sistema normativo di assistenza giudiziaria a fronte di una criminalità, specialmente quella organizzata, che ha esteso il raggio di azione ben oltre i confini del territorio di un singolo Stato". Di conseguenza, si prende atto che "la modifica di questo settore del codice di procedura penale costituisce una priorità di azione", anche nella prospettiva della ratifica di molte convenzioni internazionali¹⁵⁷,

¹⁵² V. d.lgs. 21 giugno 2017, n. 108, entrato in vigore il 28 luglio 2017, recante *Norme di attuazione della direttiva 2014/41/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 3 aprile 2014, relativa all'ordine europeo di indagine penale*, in *G.U.*, 13 luglio 2017, n. 162.

¹⁵³ V. d.lgs. 3 ottobre 2017, n. 149, entrato in vigore il 31 ottobre 2017, recante *Disposizioni di modifica del Libro XI del Codice di procedura penale in materia di rapporti giurisdizionali con autorità straniere*, in *G.U.*, 16 ottobre 2017, n. 242.

¹⁵⁴ V. d.lgs. 5 aprile 2017, n. 52, entrato in vigore il 22 febbraio 2018, recante *Norme di attuazione della Convenzione relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea, fatta a Bruxelles il 29 maggio 2000*, in *G.U.*, 27 aprile 2017, n. 97. Per un commento, cfr. L. CAMALDO, *L'attuazione della convenzione di Bruxelles del 2000*, cit., p. 202 ss.

¹⁵⁵ V. la legge 21 luglio 2016, n. 149, recante *Ratifica ed esecuzione della Convenzione relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea, fatta a Bruxelles il 29 maggio 2000, e delega al Governo per la sua attuazione. Delega al Governo per la riforma del libro XI del codice di procedura penale. Modifiche alle disposizioni in materia di estradizione per l'estero: termine per la consegna e durata massima delle misure coercitive*, in *G.U.*, 4 agosto 2016, n. 181.

¹⁵⁶ In dottrina, v. L. CAMALDO - F. MANFREDINI, *La cooperazione giudiziaria nell'era delle minacce globali e la riforma del Libro XI del codice di procedura penale*, cit., p. 3043 ss.; N. TRIGGLIANI, *In divenire la disciplina dei rapporti giurisdizionali con autorità straniere: appunti sulla l. 21 luglio 2016*, n. 149, in *Dir. pen. cont.*, 5 ottobre 2016.

¹⁵⁷ Si fa riferimento ai seguenti accordi e convenzioni: accordo tra Italia e Albania sul trasferimento delle persone condannate, reso esecutivo dalla legge 11 luglio 2003, n. 204; trattato di estradizione tra Italia e Perù, reso esecutivo dalla legge 3 maggio 2004, n. 135; accordo tra Italia e Moldova per l'assistenza giudiziaria e il riconoscimento ed esecuzione delle sentenze in materia civile, reso esecutivo dalla legge 12 novembre 2009, n. 174; protocollo addizionale alla Convenzione di estradizione tra Italia e Argentina, reso esecutivo dalla legge 3 dicembre 2009, n. 188; accordo tra Italia e Hong Kong concernente la mutua assistenza in materia penale, reso esecutivo dalla legge 13 maggio 2010, n. 80; trattato tra Italia e Cile per l'assistenza giudiziaria in materia penale, reso esecutivo dalla legge 4 giugno 2010, n. 93; accordo tra Italia e Albania in materia di estradizione, reso esecutivo dalla legge 14 giugno 2011, n. 97; accordo tra Italia e India sul trasferimento delle persone condannate, reso esecutivo dalla legge 26 ottobre 2012, n. 183; accordo tra Italia ed Egitto sul trasferimento delle persone condannate, reso esecutivo dalla legge 7 febbraio 2013, n. 14.

dalle quali traspare una sempre maggiore volontà di cooperazione nel contrasto dei fenomeni criminali¹⁵⁸. Sulla scorta di tali premesse, la riforma si pone l'obiettivo quello di predisporre misure di razionalizzazione, semplificazione e accelerazione della disciplina processuale in materia di assistenza giudiziaria ai fini di giustizia penale, in materia di estradizione, riconoscimento ed esecuzione di sentenze penali straniere e mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie nei rapporti con gli altri Stati membri dell'Unione europea¹⁵⁹.

Sotto quest'ultimo profilo, la disciplina codicistica delle rogatorie internazionali ha subito un'ampia innovazione per effetto dei numerosi ritocchi normativi che, come già accennato, si posizionano lungo la scia delle scelte espresse in sede di attuazione della direttiva sull'OEI¹⁶⁰. In sintesi, l'accelerazione delle procedure rogatorie, specialmente quelle innescate da una richiesta proveniente dall'estero passa attraverso la trasmissione diretta delle richieste all'autorità giudiziaria competente, riducendo così il ruolo politico e decisionale del Ministro di giustizia, nella direzione della depoliticizzazione del sistema dell'assistenza giudiziaria. Il ridimensionamento dei poteri di controllo ministeriali avviene in misura differenziata, a seconda che la cooperazione sia attivata nell'ambito dell'Unione europea ovvero al di fuori dei suoi confini. Nel primo caso al Ministro è attribuita una funzione di mero filtro, con limitati poteri decisionali.

Nell'ambito dei rapporti con Stati diversi da quelli appartenenti all'Unione, l'art. 723, comma 2, c.p.p. riconosce, invece, all'autorità centrale più ampi margini di intervento, incluso il potere di bloccare la richiesta estera, non solo nei casi stabiliti

¹⁵⁸ Cfr. Disegno di legge del 13 gennaio 2015, n. 2813, recante *Delega al governo per la riforma del libro xi del codice di procedura penale. modifiche alle disposizioni in materia di estradizione per l'estero: termine per la consegna e durata massima delle misure coercitive*, in Atti parlamentari, Camera dei deputati, XVII Legislatura.

¹⁵⁹ Si segnala, inoltre, l'introduzione del titolo VI *bis* all'interno del Libro XI c.p.p., appositamente dedicato al nuovo istituto del trasferimento, all'estero o dall'estero, dei procedimenti penali, espressione del principio del *ne bis in idem* internazionale e volto a prevenire i conflitti di giurisdizione connessi alla duplicazione dei procedimenti penali in Stati differenti. In dottrina v. M .R. MARCHETTI, *L'evoluzione normativa della cooperazione giudiziaria internazionale: le innovazioni alla disciplina interna*, cit., p. 485; L. KALB, *Procedimenti "paralleli" e giurisdizione "concordata": il nuovo quadro normativo sul trasferimento dei procedimenti penali (nello spazio europeo e in quello internazionale)*, in *Arch. pen., Speciale riforme*, 2018, p. 799 ss.; E. SELVAGGI, *Procedimenti paralleli, la giustizia concordata si fa strada nel sistema*, in *Guida dir.*, 2017, n. 45, p. 76 ss.

¹⁶⁰ Sul punto, cfr. P. SPAGNOLO, *La nuova cooperazione giudiziaria penale: mutuo riconoscimento e tutela dei diritti fondamentali*, in *Cass. pen.*, 2020, n. 3, p. 1292.

dalle convenzioni, ma anche in presenza di una situazione di pericolo per la sovranità, la sicurezza o altri interessi essenziali dello Stato¹⁶¹.

Il duplice modello procedurale rispecchia, peraltro, la ripartizione¹⁶², introdotta all'art. 696 c.p.p.¹⁶³, che distingue tra Stati membri dell'Unione nei confronti dei quali opera la normativa europea (cui è espressamente accordato il primato), Stati terzi con cui sono stati stipulati convenzioni e accordi internazionali e gli altri Stati, nei rapporti con i quali trovano applicazione le norme del libro XI del codice di rito¹⁶⁴, con funzione integratrice e suppletiva¹⁶⁵.

¹⁶¹ Cfr. anche l'art. 723, comma 5, c.p.p.: "Il ministro non dà corso alla rogatoria quando risulta evidente che gli atti richiesti sono espressamente vietati dalla legge o sono contrari ai principi fondamentali dell'ordinamento giuridico italiano. Il ministro non dà altresì corso alla rogatoria quando vi sono fondate ragioni per ritenere che considerazioni relative alla razza, alla religione, al sesso, alla nazionalità, alla lingua, alle opinioni politiche o alle condizioni personali o sociali possano influire negativamente sullo svolgimento o sull'esito del processo e non risulta che l'imputato abbia liberamente espresso il suo consenso alla rogatoria".

¹⁶² Cfr. d.d.l. n. 2813, cit., ove si enuncia l'opportunità di introdurre "regole speciali per la cooperazione tra le autorità degli Stati che non fanno parte dell'Unione europea, che andranno distinte dalla regolamentazione dei rapporti con i Paesi membri dell'Unione europea".

¹⁶³ Ai fini di una migliore comprensione, si riporta l'attuale formulazione dell'art. 696 c.p.p., seguito dalla versione anteriore alla novella del 2017, che non contemplava il diritto dell'Unione europea: "Nei rapporti con gli altri Stati membri dell'Unione europea le estradizioni, le domande di assistenza giudiziaria internazionali, gli effetti delle sentenze penali straniere, l'esecuzione all'estero delle sentenze penali italiane e gli altri rapporti con le autorità straniere, relativi all'amministrazione della giustizia in materia penale, sono disciplinati dalle norme del Trattato sull'Unione europea, nonché dagli atti normativi adottati in attuazione dei medesimi. Se tali norme mancano o non dispongono diversamente, si applicano le norme delle convenzioni internazionali in vigore per lo Stato e le norme di diritto internazionale generale. Nei rapporti con Stati diversi da quelli membri dell'Unione europea le estradizioni, le domande di assistenza giudiziaria internazionali, gli effetti delle sentenze penali straniere, l'esecuzione all'estero delle sentenze penali italiane e gli altri rapporti con le autorità straniere, relativi all'amministrazione della giustizia in materia penale, sono disciplinati dalle norme delle convenzioni internazionali in vigore per lo Stato e dalle norme di diritto internazionale generale. Se le norme indicate ai commi 1 e 2 mancano o non dispongono diversamente, si applicano le norme del presente libro. Il Ministro della giustizia può, in ogni caso, non dare corso alle domande di cooperazione giudiziaria quando lo Stato richiedente non dia idonee garanzie di reciprocità". Il testo previgente, invece, così recitava: "Le estradizioni, le rogatorie internazionali, gli effetti delle sentenze penali straniere, l'esecuzione all'estero delle sentenze penali italiane e gli altri rapporti con le autorità straniere, relativi all'amministrazione della giustizia in materia penale, sono disciplinati dalle norme della Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia firmata a Strasburgo il 20 aprile 1959 e dalle altre norme delle convenzioni internazionali in vigore per lo Stato e dalle norme di diritto internazionale generale. Se tali norme mancano o non dispongono diversamente, si applicano le norme che seguono."

¹⁶⁴ In merito alla gerarchia delle fonti stabilita dall'art. 696 c.p.p., v. la *Relazione illustrativa al disegno di legge n. 2813*, in *Atti parlamentari*, Camera dei deputati, XVII Legislatura, p. 3: "Nei rapporti con gli Stati membri dell'Unione europea soltanto in assenza di strumenti di attuazione dei Trattati o quando questi lascino agli Stati membri margini per introdurre disposizioni più specifiche, troveranno applicazione le convenzioni internazionali e le norme di diritto internazionale generale e, in via residuale,

La novità più incisiva¹⁶⁶ è indubbiamente rappresentata dalla scelta di attribuire la competenza al riconoscimento e all'esecuzione in capo al pubblico ministero e, segnatamente, al procuratore della Repubblica presso il tribunale del capoluogo del distretto del luogo in cui deve compiersi l'attività richiesta (art. 724 c.p.p.)¹⁶⁷, con contestuale eliminazione dell'*exequatur* giurisdizionale della Corte d'appello¹⁶⁸.

Da una parte, si tratta di una novità sicuramente idonea a conferire alle rogatorie un'impronta di maggiore efficienza e agilità¹⁶⁹, dettata dall'esigenza di superare "la

le norme del codice di rito. Invece, nei rapporti con gli Stati che non siano membri dell'Unione europea, la cooperazione giudiziaria si dovrà svolgere nel rispetto delle convenzioni internazionali e delle norme di diritto internazionale generale e, in via residuale, nel rispetto delle disposizioni del libro XI del codice di procedura penale, con la precisazione che le richieste da esse regolate potranno essere rifiutate anche in difetto di adeguate garanzie di reciprocità".¹⁶⁴

¹⁶⁵ V. G. DIOTALLEVI, Sub art. 696 c.p.p., in P. Bronzo (coordinato da), *Codice di procedura penale, Volume IX. Esecuzione, Rapporti giurisdizionali con autorità straniera*, Milano, Giuffrè, 2017, p. 472; G. BARROCU, Sub art. 696 c.p.p., in G. Illuminati - L. Giuliani (a cura di), *Commentario breve al codice di procedura penale*, Milano, Wolters Kluwer Cedam, III ed., 2020.

¹⁶⁶ La considera una "rivoluzione copernicana" G. DI PAOLO, *Le rogatorie*, in F. Ruggieri (a cura di), *Processo penale e regole europee: atti, diritti, soggetti e decisioni*, vol. II, Torino, Giappichelli, 2018, p. 135.

¹⁶⁷ Ai sensi dell'art. 724, comma 4, c.p.p. la competenza del pubblico ministero è individuata sulla base di un duplice criterio, quantitativo e qualitativo: "Quando la domanda di assistenza ha ad oggetto la domanda di assistenza ha ad oggetto atti che devono essere eseguiti in più distretti all'esecuzione provvede il procuratore del luogo nel quale deve compiersi il maggior numero di atti, ovvero, se di eguale numero, quello nel cui distretto deve compiersi l'atto di maggiore importanza investigativa", da valutarsi secondo la *lex fori*. A tal riguardo, v. M. R. MARCHETTI, *L'evoluzione normativa della cooperazione giudiziaria internazionale: le innovazioni alla disciplina interna*, cit., p. 481, la quale rileva che "se il primo criterio non pare creare problemi in quanto legato ad un mero dato numerico, il secondo suscita invece qualche perplessità essendo legato ad una valutazione che solo l'autorità richiedente potrebbe effettuare".

¹⁶⁸ Cfr. E. SELVAGGI, *Va in "soffitta" l'atto di exequatur della Corte di Appello*, in *Guida dir.*, 2017, n. 45, p. 73, ad avviso del quale "il nuovo sistema appare ragionevole e rispondente all'esigenza di un'assistenza adeguata alle sfide della criminalità".

¹⁶⁹ Cfr., sul punto, T. RAFARACI, *Rogatorie*, in A.A.V.V., *Investigazioni e prove transnazionali, Atti del Convegno Nazionale dell'Associazione fra gli Studiosi del Processo Penale "G.D. Pisapia"*, Roma 20-21 ottobre 2016, Milano, Giuffrè, 2017, p. 43, secondo il quale l'identificazione dell'autorità giudiziaria competente nel *dominus* delle indagini preliminari, salvi i casi in cui la rogatoria abbia ad oggetto acquisizioni probatorie da compiersi davanti al giudice ovvero attività che secondo la legge italiana devono essere svolte da costui, sta a significare che "il cuore dell'assistenza, quella che veramente si punta a implementare per un salto di qualità in termini di efficienza, ha matrice investigativa ed è proprio in tale ambito che (...) occorre far mostra di aver recepito il messaggio della semplificazione e della snellezza".

difficoltà, per un giudice come la Corte di appello, di governare materie ed esigenze investigative affidate ordinariamente alle competenze di organi diversi”¹⁷⁰.

D'altra parte, il rischio che si profila, affidando il vaglio di legittimità a un organo avente vocazione inquirente¹⁷¹, è quello di imporre un sacrificio alla garanzia giurisdizionale, che si sarebbe potuto evitare semplicemente prevedendo che la Corte d'appello delegasse il pubblico ministero o il giudice per le indagini preliminari, a seconda della tipologia dell'atto di cui l'autorità straniera chiede il compimento¹⁷².

Non si registra, invece, alcuna variazione sul piano dei rapporti tra *lex loci* e *lex fori*, essendo ribadita la regola del *locus regit actum* “temperata” dall'osservanza delle forme espressamente richieste dall'autorità estera, che a loro volta incontrano il limite della compatibilità rispetto ai principi dell'ordinamento giuridico dello Stato di esecuzione¹⁷³.

Quanto alle modalità esecutive, l'art. 725 c.p.p. viene arricchito di un terzo comma, ove si delinea l'istituto della rogatoria “concelebrata”, mediante la previsione della facoltà, in capo all'autorità giudiziaria, di autorizzare con decreto motivato la

¹⁷⁰ In tal senso la *Relazione illustrativa* al d.d.l. n. 2813, cit., p. 9, ove si afferma che tra i fattori responsabili di un sistema normativo delle rogatorie ritenuto “troppo pesante”, si annoverano anche “la sostanziale estraneità al suo concreto svolgimento degli uffici del p.m., pure legittimati a richiedere l'assistenza giudiziaria straniera; [la] sostanziale duplicazione degli interlocutori che si offrono all'autorità straniera (...), [nonché la] rigidità di un meccanismo di esecuzione modellato sull'idea di prova da assumere in contraddittorio e sui fini propri del giudizio, e di fatto sovrabbondante e ingiustificato allorquando la domanda di assistenza giudiziaria miri ad obiettivi di mera acquisizione informativa o anche di ricerca della prova secondo procedure ordinariamente affidate anche al p.m”.

¹⁷¹ In questi termini G. DI PAOLO, *Le rogatorie*, cit., p. 137, la quale constata che “il rappresentante dell'accusa è per mentalità meno attento alle esigenze del controllo, e, proprio nei casi di criminalità transnazionale (...) potrebbe privilegiare istanze esecutive e collaborative, a discapito di una imparziale ponderazione sulla legittimità della richiesta ricevuta”.

¹⁷² Si osserva, a tal proposito, che il previgente testo dell'art. 725, comma 1, c.p.p. prevedeva che la Corte d'appello delegasse “uno dei suoi componenti ovvero il giudice per le indagini preliminari del luogo in cui gli atti devono compiersi”. In dottrina, cfr. M. R. MARCHETTI, *Cooperazione giudiziaria: innovazioni apportate e occasioni perdute*, cit., p. 1547; ID., *L'evoluzione normativa della cooperazione giudiziaria internazionale*, cit., p. 481, la quale dubita altresì che tale scelta possa rivelarsi vantaggiosa sotto il profilo della maggior speditezza della procedura, affermando che, qualora sia richiesto l'intervento del giudice, il procuratore è tenuto a trasmettergli gli atti, che saranno nuovamente restituiti a quest'ultimo dopo il compimento dell'attività richiesta, verificandosi così gli “stessi passaggi, ma a parti rovesciate”. Al contempo, si riconosce ammette che “ove non sia necessario l'intervento del giudice, la procedura si snoda in maniera più lineare e presumibilmente più rapida”.

¹⁷³ V. art. 725, comma 1, c.p.p.

presenza¹⁷⁴ di rappresentanti o incaricati dell'autorità richiedente al compimento degli atti. Nessun riferimento è rivolto al difensore delle parti private, che pertanto dovrebbe considerarsi escluso, a meno che la convenzione applicabile contempili la sua partecipazione¹⁷⁵.

Un profilo fortemente critico, rimasto inalterato a seguito della spinta riformatrice, riguarda la persistente inoppugnabilità dell'*exequatur*, che oggi assume la forma del decreto di riconoscimento del procuratore. Si tratta di una grave lacuna dal punto di vista delle garanzie difensive – ancor più ingiustificata alla luce della neo-introdotta facoltà di impugnare, come si dirà, il decreto di riconoscimento di un ordine europeo d'indagine – che non può ritenersi colmata dalla (sola) possibilità di esperire incidente di esecuzione avverso gli atti compiuti in esecuzione della rogatoria¹⁷⁶. Tale rimedio risulta infatti insoddisfacente, poiché consente di censurare esclusivamente gli aspetti connessi all'esecuzione degli atti rogati¹⁷⁷, e non anche la legittimità della decisione relativa al riconoscimento della richiesta estera, sebbene la Commissione di studio Marchetti¹⁷⁸ si fosse attivata in quest'ultimo senso.

¹⁷⁴ Nonostante l'impiego di tale termine induca a immaginare un coinvolgimento meramente passivo dell'autorità richiedente, è lecito ritenere che quest'ultima possa partecipare attivamente, potendo, ad esempio, “fornire chiarimenti sulle forme espressamente indicate per il compimento degli atti richiesti”, in applicazione di un modello di cooperazione teso a favorire una proficua interlocuzione tra le autorità competenti. Cfr., sul punto, G. DI PAOLO, *Le rogatorie*, cit., p. 145.

¹⁷⁵ Cfr. art. 4 C.E.A.G., che riconosce la facoltà delle “persone in causa” di assistere all'esecuzione della commissione rogatoria, qualora la Parte richiesta vi acconsenta.

¹⁷⁶ V. M. R. MARCHETTI, Sub *art. 724 c.p.p.*, in A. Giarda - G. Spangher (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, Milano, Ipsoa, 2017, p. 543 ss.

¹⁷⁷ È ormai consolidato l'orientamento giurisprudenziale sfavorevole all'estensione dell'incidente di esecuzione a questioni diverse da quelle attinenti alle modalità attuative delle rogatorie, ossia all'esistenza, alla validità e all'efficacia del titolo esecutivo. Cfr. Cass., sez. I, 14 novembre 2014 (dep. 12 dicembre 2014), n. 51839, Rv. 261585, che condivide la decisione del giudice per le indagini preliminari di dichiarare inammissibile l'incidente di esecuzione con il quale si richiedeva la revoca dell'ordinanza di *exequatur* per violazione del divieto del *bis in idem* e del principio di doppia incriminazione, senza censurare le modalità di esecuzione degli atti rogati; v. anche Cass., sez. III, 9 febbraio 2011 (dep. 15 luglio 2011), n. 28063, Rv. 250594, secondo cui è da escludere il riesame avverso i provvedimenti di sequestro (nella specie, sequestro preventivo), emessi in forza di una rogatoria.

¹⁷⁸ Si tratta della Commissione di studio per l'elaborazione degli schemi di decreti legislativi in vista dell'approvazione del disegno di legge delega per l'attuazione della Convenzione europea di assistenza giudiziaria del 2000 e per la riforma del Libro XI del codice di procedura penale; per l'attuazione della delega, già conferita con legge n. 114 del 2015, per il recepimento della Direttiva dell'Unione europea 2014/41 relativa all'ordine europeo di indagine penale; per la formulazione di proposte di sistemazione e semplificazione della normativa interna con cui si è data attuazione al principio del reciproco riconoscimento nello spazio giudiziario europeo, delle decisioni giudiziarie in materia penale. Nell'ottica di apprestare una tutela effettiva dei soggetti interessati, la Commissione ministeriale aveva individuato

Sintomatica della volontà di operare un *restyling* delle rogatorie, in linea con la normativa internazionale, è poi l'introduzione di un nucleo di nuove disposizioni, sul versante sia passivo (artt. 726 *quater* - 726 *sexies* c.p.p.), sia attivo (artt. 729 *ter* - 729 *quater* c.p.p.), relative a specifici atti, quali il trasferimento temporaneo di detenuti, l'audizione mediante videoconferenza o conferenza telefonica, nonché dell'art. 729 *quinquies* c.p.p. in tema di costituzione di squadre investigative comuni.

Restano fuori, invece, le intercettazioni telefoniche e le operazioni sotto copertura, pur essendo entrambe disciplinate, sia dalla normativa di recepimento della direttiva OEI, sia dal d.lgs. n. 52 del 2017, attuativo della Convenzione "MAP". Sul punto, è stato rilevato che "se per le intercettazioni l'omissione può forse giustificarsi trattandosi di un settore la cui disciplina nel diritto interno è ancora *in fieri*, lo stesso non può dirsi per le operazioni di infiltrazione, talché la Commissione ministeriale, pur in mancanza di una direttiva sul punto, aveva comunque ritenuto opportuno disciplinarle"¹⁷⁹.

Meno incisive¹⁸⁰ paiono le modifiche apportate dalla riforma del 2017 delle rogatorie dal lato "attivo". A questo proposito, meritevoli di attenzione sono la previsione di modalità semplificate per la richiesta all'estero, distinte a seconda che lo Stato destinatario sia o meno parte dell'Unione (art. 727 c.p.p.)¹⁸¹, l'interpolazione dell'art. 729 c.p.p., tesa a ridisegnare il volto della utilizzabilità degli atti assunti mediante rogatoria, nel segno di una maggiore apertura nei confronti della *lex fori*¹⁸²,

una possibilità, seppur minima, di impugnazione, ma l'articolato normativo presentato è stato totalmente disatteso sul punto. In tal senso, v. M. R. MARCHETTI, *Cooperazione giudiziaria e occasioni perdute*, cit., p. 1547.

¹⁷⁹ In questi termini, cfr. M. R. MARCHETTI, *La cooperazione "tradizionale" e le nuove forme di assistenza giudiziaria*, cit., p. 5.

¹⁸⁰ Cfr. G. DI PAOLO, *Le rogatorie*, cit., p. 146.

¹⁸¹ Sulla scia di quanto accade sul versante c.d. "passivo", si stabilisce che il "filtro" ministeriale permanga nei rapporti con gli Stati extraeuropei. Nondimeno, il nuovo comma 6 consente espressamente la trasmissione diretta della richiesta tra autorità giudiziaria, quando ciò sia previsto da un accordo internazionale, salvo poi inviarne una copia "senza ritardo" al Ministro della giustizia. In passato, tale possibilità era invero contemplata unicamente nei casi urgenti e, in ogni caso, il contatto diretto non poteva precedere la ricezione di una copia della richiesta da parte del Ministro.

¹⁸² Si prevede, infatti, che l'autorità giudiziaria nazionale sia vincolata al rispetto delle condizioni eventualmente poste dall'autorità straniera all'utilizzabilità dei predetti atti, con l'unico limite rappresentato dalla loro compatibilità rispetto ai principi fondamentali dell'ordinamento giuridico italiano, tra i quali certamente s'annovera l'inviolabile diritto di difesa.

nonché l'introduzione dell'art. 729 *bis* c.p.p.¹⁸³, riservato all'acquisizione e documentazione di atti e informazioni spontaneamente trasmesse tra le autorità giudiziarie, in passato priva di copertura normativa¹⁸⁴. Con specifico riferimento alla disciplina dettata dall'art. 729 c.p.p., nella sua attuale versione, emerge una profonda attenuazione del rigore manifestato dal previgente regime¹⁸⁵, che rispecchia la volontà

¹⁸³ In particolare, la conservazione di tale documentazione all'interno del fascicolo del p.m. rivela la scelta del legislatore di equiparare gli elementi probatori trasmessi spontaneamente dall'estero a quelli raccolti in Italia nel corso delle indagini preliminari. Al secondo comma, inoltre, si riproduce quanto già previsto dall'art. 729, comma 1, c.p.p. in relazione all'utilizzabilità delle rogatorie attive. Cfr., sul punto, G. DI PAOLO, *Le rogatorie*, cit., p. 155.

¹⁸⁴ In mancanza di un'apposita disciplina in punto di utilizzabilità di atti e informazioni scambiati spontaneamente, la giurisprudenza prevalente era orientata nel senso di ritenere che "le informazioni e gli atti trasmessi per autonoma determinazione dell'Autorità giudiziaria di uno Stato estero, o comunque di un organo di un'organizzazione internazionale o sovranazionale, possono essere pienamente utilizzati nel procedimento penale senza che rilevinò i limiti e le condizioni afferenti all'utilizzazione degli atti assunti per rogatoria". V., *ex multis*, Cass., sez. I, 20 febbraio 2014 (dep. 8 settembre 2014), n. 37250, Rv. 260588. Nello stesso senso, v. Cass., sez. II, 20 febbraio 2009 (dep. 13 marzo 2009), n. 11116, Rv. 243429, ove si afferma espressamente che "l'inutilizzabilità degli atti assunti per rogatoria nei casi previsti dall'art. 729 c.p.p. non si applica all'acquisizione di informazioni emerse all'interno di un procedimento penale all'estero, che spontaneamente ed autonomamente l'autorità giudiziaria estera ha offerto all'autorità giudiziaria italiana". In dottrina, v. G. DE AMICIS, *Le forme e gli strumenti della cooperazione giudiziaria*, in R. E. Kostoris (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, cit., p. 265.

¹⁸⁵ La disciplina dell'utilizzabilità delle prove acquisite mediante rogatorie è stata oggetto di plurimi interventi normativi. In estrema sintesi, la versione originaria dell'art. 729 c.p.p. contemplava un'unica ipotesi di inutilizzabilità, integrata dal mancato rispetto delle condizioni poste dall'autorità straniera all'utilizzabilità degli atti richiesti. Successivamente, l'art. 26 della legge 16 dicembre 1999, n. 479 riscrive l'art. 431 c.p.p. ha introdotto alcune importanti accortezze con riferimento alla tutela delle garanzie difensive. La sfera applicativa dell'inutilizzabilità è stata poi ampliata ad opera della legge 5 ottobre 2001, n. 367, emanata per la ratifica ed esecuzione dell'accordo tra Italia e Svizzera, aggiuntivo alla Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale del 1959, fatto a Roma il 10 settembre 1998. In particolare, l'art. 729 c.p.p. è stato arricchito di tre ulteriori ipotesi di inutilizzabilità, creando così un regime troppo severo e ingiustificato nei confronti della prova acquisita all'estero. Per tale ragione, anteriormente alla riforma operata nel 2017, la giurisprudenza tendeva ad assumere un atteggiamento elastico, che muoveva nella direzione opposta rispetto a quella intrapresa dal legislatore, specialmente con riferimento all'ipotesi della violazione delle norme relative alle modalità di acquisizione e trasmissione di documenti o di altri mezzi di prova ottenuti a seguito di rogatoria, accordando la netta prevalenza alla *lex loci* e, di conseguenza, mettendo a rischio la tutela delle garanzie epistemiche e difensive previste dal nostro ordinamento. Sul punto, v. Cass., sez. un., 25 febbraio 2010 (dep. 21 aprile 2010), n. 15208, Rv. 246587, ove si è sostenuta l'utilizzabilità delle deposizioni testimoniali rese in sede di rogatoria all'estero da soggetti che, secondo la legge italiana, avrebbero potuto avvalersi del segreto professionale *ex art. 200 c.p.p.* In quella occasione, è stato precisato che "un problema di utilizzabilità della prova assunta all'estero potrebbe porsi concretamente solo ove sussistesse incompatibilità con i principi fondamentali dell'ordinamento italiano (e ciò non è riscontrabile nella vicenda in esame), da non identificare con tutto il complesso delle regole dettate dal codice di rito", ponendo l'accento sul fatto che "l'adesione al Trattato [costituisca] un implicito riconoscimento della diversità dei singoli ordinamenti e dell'impegno a riconoscere gli atti compiuti secondo i diversi sistemi, in armonia con il principio di

legislativa di assimilare gli atti realizzati sul territorio nazionale a quelli compiuti all'estero, nell'ottica di favorire, oltre alla speditezza delle procedure di assistenza, l'efficacia e l'utilizzabilità delle risultanze probatorie nel processo che si svolge in Italia. Sotto questo profilo, si precisa infatti che, a differenza di quanto si prevedeva anteriormente alla riforma, l'esecuzione della richiesta da parte dell'autorità straniera con modalità difformi dalle indicazioni fornite ai sensi dell'art. 727, comma 9, c.p.p. dà luogo a inutilizzabilità soltanto laddove tale sanzione sia espressamente prevista dalla legge processuale italiana in casi interni analoghi.

5.1. L'ingresso del mutuo riconoscimento sul piano interno e la funzione di contro limite dei diritti fondamentali

Accanto alla rivisitazione della disciplina delle rogatorie, la novella del 2017 apre le porte al principio del mutuo riconoscimento delle decisioni e dei provvedimenti giudiziari¹⁸⁶, mediante l'inserimento di un apposito Titolo I-bis all'interno del Libro XI c.p.p.¹⁸⁷.

prevalenza delle norme pattizie su quelle interne riconosciuto dall'art. 696 c.p.p.". V. anche Cass., sez. VI, 24 aprile 2012 (dep. 9 novembre 2012), n. 43534, Rv. 253797, in cui la Corte ha ritenuto legittimo l'interrogatorio di un indagato ai sensi dell'art. 64, comma 3, lett. b), c.p.p., effettuato dall'autorità giudiziaria di San Marino e non preceduto dall'avviso della facoltà di non rispondere alle domande, previsto, affermando che "le informazioni e gli atti trasmessi per autonoma determinazione dell'Autorità giudiziaria di uno Stato estero, o comunque di un organo di un'organizzazione internazionale o sovranazionale, possono essere pienamente utilizzati nel procedimento penale senza che rilevino i limiti e le condizioni afferenti all'utilizzazione degli atti assunti per rogatoria". Nel senso prevalenza della *lex loci* e dei suoi limiti cfr., *ex multis*, Cass., sez. II, 22 dicembre 2016 (dep. 17 gennaio 2017), n. 2173, Rv. 269000, secondo cui "in tema di rogatoria internazionale, trovano applicazione le norme processuali dello Stato in cui l'atto viene compiuto, con l'unico limite che la prova non può essere acquisita in contrasto con i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico italiano e dunque con il diritto di difesa". In dottrina, cfr. G. DIOTALLEVI, *Sub art. 729 c.p.p.*, cit., p. 736 ss.; R. BELFIORE, *La prova penale "raccolta" all'estero*, cit., p. 48 ss.; A. SCELLA, *Inutilizzabilità delle prove raccolte all'estero mediante rogatoria*, in G. La Greca - M. R. Marchetti (a cura di), *Rogatorie penali e cooperazione internazionale*, Torino, Giappichelli, 2003, p. 357 ss.

¹⁸⁶ La scelta di non fornire una puntuale descrizione del principio in esame è stata considerata "decisamente opportuna, dal momento che questa non compete ai singoli Stati dell'Unione europea". In questi termini M. R. MARCHETTI, *L'evoluzione normativa della cooperazione giudiziaria internazionale: le innovazioni alla disciplina interna*, cit., p. 471. L'art. 696 bis, comma 2, si limita, infatti, a una descrizione generale dei suoi elementi essenziali, prevedendo che in forza di esso "le decisioni e i provvedimenti giudiziari emessi dalle competenti autorità degli altri Stati membri possono essere riconosciuti ed eseguiti nel territorio dello Stato", sul versante passivo, e che "l'autorità giudiziaria

La scelta legislativa di codificare sul piano interno un principio già facente parte dell'ordinamento nazionale¹⁸⁸ intende rimarcare la sua funzione portante nell'ambito della cooperazione giudiziaria europea. Le ragioni di una siffatta scelta sono peraltro chiarite dalla Relazione illustrativa allo schema di decreto legislativo n. 149/2017, in cui si afferma che "l'introduzione di una serie di norme ricognitive dei principi cui si ispira il mutuo riconoscimento mira all'adeguamento del sistema processuale agli obblighi già assunti a livello sovranazionale, assicurando così unitarietà e coerenza". Inoltre, si precisa che tale nucleo di disposizioni (artt. 696 *bis* e ss. c.p.p.) "svolge una funzione in senso lato pedagogica e ha lo scopo di guidare l'interprete, ma anche il futuro legislatore, tra i criteri ispiratori delle disposizioni del diritto dell'Unione europea già emanate o che verranno emanate"¹⁸⁹.

Si tratta, a ben vedere, di un'affermazione che pare di per sé sufficiente a dissipare ogni dubbio in merito all'utilità effettiva di trasferire a livello codicistico norme generali già rinvenibili – seppur non perfettamente coincidenti – nel quadro sovranazionale.

Come evidenziato in dottrina¹⁹⁰, lungi dall'apparire ridondanti e dotate di una valenza meramente simbolica¹⁹¹, le norme di nuovo conio, pur essendo destinate ad assumere carattere sussidiario¹⁹², assolvono, infatti, il compito di colmare le eventuali lacune che dovessero palesarsi in sede di implementazione o ratifica di atti internazionali. In altri termini, su spinta dell'evoluzione che, negli ultimi anni, ha caratterizzato il panorama europeo della cooperazione penale fra gli Stati, il legislatore italiano non avrebbe potuto restare inerte, lasciando inalterato il corredo normativo, ormai non più adeguato al mutato contesto di riferimento.

Dall'intervento riformatore è scaturito, dunque, un apparato normativo che prende in considerazione vari aspetti connessi all'attuazione del reciproco riconoscimento. In

[italiana] può richiedere alle competenti autorità degli altri Stati membri l'esecuzione dei propri provvedimenti e decisioni", sul versante attivo.

¹⁸⁷ Per una compiuta analisi delle singole disposizioni, v. S. MARCOLINI, *Mutuo riconoscimento, efficienza della cooperazione giudiziaria e diritti fondamentali*, in F. Ruggieri (a cura di), *Processo penale e regole europee, Atti diritti, soggetti e decisioni*, Vol. II, cit., p. 3 ss.

¹⁸⁸ Cfr. P. SPAGNOLO, *La nuova cooperazione giudiziaria penale*, cit., p. 1292.

¹⁸⁹ Così la *Relazione illustrativa* al d.d.l. n. 2813, cit., p. 3.

¹⁹⁰ V. T. RAFARACI, *Rogatorie*, cit., p. 42; M. R. MARCHETTI, *Prospettive di riforma del libro XI*, in A.A.V.V., *Investigazioni e prove transnazionali*, cit., p. 25.

¹⁹¹ Cfr. G. BARROCU, *Sub art. 696 bis*, cit., p. 3429.

¹⁹² Così G. DE AMICIS, *Il principio del reciproco riconoscimento e la sua attuazione nel diritto interno*, in M. R. Marchetti - E. Selvaggi (a cura di), *La nuova cooperazione giudiziaria penale*, cit., p. 246.

particolare, sono ridisegnate le modalità di trasmissione delle decisioni giudiziarie (art. 696 *quater* c.p.p.), nell'ottica di promuovere un dialogo diretto tra le autorità giudiziarie¹⁹³, cui si accompagna la soppressione del vaglio politico del Ministro della giustizia (art. 696 *sexies* c.p.p.)¹⁹⁴. Quanto alle modalità di esecuzione, delineate dall'art. 696 *octies* c.p.p., le loro caratteristiche sono individuate dall'impiego, nel testo della norma, delle parole chiave “senza ritardo”, “tempestività” ed “efficacia”, evocative dell'intento di fornire una risposta rapida e tempestiva alle richieste di collaborazione¹⁹⁵.

La sfera applicativa del principio che funge da architrave della cooperazione giudiziari è inoltre estesa alla responsabilità degli enti derivante da reato (art. 696 *septies* c.p.p.). Sono poi espressamente presi in considerazione i terzi in buona fede eventualmente pregiudicati dall'adozione del provvedimento di riconoscimento, la cui tutela si estrinseca nell'attribuzione delle medesime prerogative delle quali tali soggetti godono nei procedimenti interni analoghi, incluso il diritto di partecipare al procedimento (art. 696 *decies* c.p.p.).

¹⁹³ Dalla lettura del terzo comma della disposizione citata emerge che il dialogo diretto deve informare anche l'eventuale scambio di ulteriore documentazione e informazioni necessarie a colmare le carenze formali che impediscono l'esecuzione della domanda estera, incompleta o che comunque richieda di essere integrata.

¹⁹⁴ Si prevede, tuttavia, un obbligo di comunicazione al ministro, preordinata alla verifica, sul versante passivo, della conformità delle condizioni eventualmente poste dallo Stato richiedente ai principi fondamentali dell'ordinamento giuridico italiano e, su quello attivo, del rispetto da parte dell'autorità giudiziaria straniera delle indicazioni provenienti da quella italiana per l'esecuzione delle decisioni e dei provvedimenti nel territorio estero. Nell'ambito delle rogatorie, l'obbligo di trasmettere “senza ritardo” copia della richiesta al ministro della giustizia, da assolversi “quando un accordo internazionale prevede la trasmissione diretta della richiesta di assistenza giudiziaria”, è imposto dagli artt. 723, comma 4 e 727, comma 6, c.p.p., che riproducono testualmente la formulazione dall'art. 204 *bis* disp. att. c.p.p.

¹⁹⁵ In presenza del consenso dell'interessato si provvede senza formalità, nel rispetto dei diritti fondamentali della persona.

Un ulteriore corollario del principio del mutuo riconoscimento è rappresentato dalla disciplina relativa alle impugnazioni (art. 696 *nonies* c.p.p.)¹⁹⁶, la cui esperibilità, da garantire con le stesse forme e modalità previste per un atto interno equiparabile a quello estero, incontra un limite nel merito del provvedimento: si fa riferimento ai presupposti dell'atto richiesto, che possono essere censurati soltanto mediante un'azione proposta dinnanzi all'autorità dello Stato di emissione. Ne discende che l'oggetto dell'impugnazione presentata nello Stato di esecuzione risulta circoscritto ai soli profili di legittimità attinenti al riconoscimento, tra cui rientra la sussistenza di motivi ostativi.¹⁹⁷

L'insindacabilità delle ragioni di merito sottese all'emanazione del provvedimento, affermata in via generale dall'art. 696 *quinquies* c.p.p., si spiega alla luce della fiducia reciproca che dovrebbe animare i rapporti tra gli Stati membri dell'Unione europea.

Proprio in virtù di tale fiducia, si consente di fare affidamento sulle valutazioni già compiute a monte dall'autorità estera, in sede di emissione del provvedimento, in applicazione della *lex fori*. È in ogni caso evidente che entrano in gioco anche esigenze di celerità e semplificazione della procedura di riconoscimento, che sarebbero minate qualora s'imponesse all'autorità di esecuzione la reiterazione del controllo sulla sussistenza dei presupposti che giustificano l'emanazione del provvedimento oggetto di riconoscimento, da condursi, secondo la legge processuale dello Stato di emissione¹⁹⁸.

All'impossibilità di contestare il merito si contrappone la facoltà di censurare, attraverso l'impugnazione del provvedimento, la violazione dei principi fondamentali dell'ordinamento dello Stato di esecuzione, che prende forma dal combinato disposto

¹⁹⁶ In tema di impugnazioni, da un lato, si prevede che alla loro presentazione non consegua alcun effetto sospensivo dell'esecuzione del provvedimento, "salvo che sia diversamente previsto", nell'ottica di favorire la speditezza della cooperazione e, dall'altro, si consente il ricorso per cassazione per violazione di legge avverso le sentenze e i provvedimenti che incidono sulla libertà personale dell'interessato. In dottrina si evidenzia che tale previsione è "ricognitiva non tanto di principi comunitari ma della garanzia contenuta all'art. 111, comma 7, Cost.", che è norma direttamente applicabile, e che pertanto "si tratta di duplicazione a rigore inutile (...) ma senz'altro opportuna, se si considera che anche altrove, nel codice, si è proceduto in tal senso (all'art. 568, comma 2, c.p.p.". In questi termini, cfr. S. MARCOLINI, *Mutuo riconoscimento, efficienza della cooperazione giudiziaria e diritti fondamentali*, cit., p. 12.

¹⁹⁷ Si tornerà in seguito, e più dettagliatamente, sulla distinzione tra merito e legittimità, con specifico riferimento all'OEI. V. in particolare cap. III, § 4 ss.

¹⁹⁸ Tale verifica, oltre a risolversi in una duplicazione di quanto già effettuato a monte della procedura, richiederebbe tempo, atteso che il giudice nazionale sarebbe chiamato a decidere in applicazione della normativa straniera.

degli artt. 696 *quinquies* e 696 *nonies*, comma 3, c.p.p. Ed è proprio nello spazio ritagliato a favore dei principi e dei diritti fondamentali che risiede la novità principale della riforma: i principi e i diritti fondamentali attinenti alla persona s'insinuano negli spiragli lasciati aperti dal mutuo riconoscimento¹⁹⁹, ponendo freno all'efficientismo²⁰⁰ e conferendo nuova fisionomia alla cooperazione giudiziaria penale.

Sul piano interno, il ruolo di contro-limite assunto dalla tutela dei diritti fondamentali è reso evidente, oltre che dalle norme sopra richiamate, dall'art. 696 *ter* c.p.p., che impedisce il riconoscimento e l'esecuzione di un provvedimento estero in presenza di “fondate ragioni per ritenere che l'imputato o il condannato verrà sottoposto ad atti che configurano 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 o dei diritti, delle libertà e dei principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea”.

A livello sovranazionale, è invece la direttiva sull'ordine d'indagine che, memore delle esperienze vissute con il mandato d'arresto europeo²⁰¹ e dei relativi arresti della

¹⁹⁹ Si allude al fallimento del progetto di attuare il mutuo riconoscimento in senso pieno, che predica l'integrale sostituzione della *lex loci* con la *lex fori*, senza però essere accompagnato dall'individuazione di un nucleo di norme e garanzie comuni a tutti gli Stati membri. A tal proposito, v. G. BARROCU, *Sub art. 696 ter c.p.p.*, cit., p. 3431, il quale rileva che “l'assenza di quella auspicata armonizzazione (...) fa emergere come alla volontà di creare un vero spazio giuridico europeo faccia da contraltare la ferma convinzione dei diversi Paesi di non voler rinunciare completamente, seppur non in modo esplicito, alla supremazia del diritto nazionale”.

²⁰⁰ Il termine “efficientismo” è qui utilizzato, non nel suo significato positivo che indica un elevato livello di efficienza funzionale a conseguire un determinato obiettivo, quanto piuttosto nella sua accezione negativa, che denota la ricerca dell'efficienza ad ogni costo, anche se non motivata da esigenze concrete.

²⁰¹ V. C. AMALFITANO, *Mandato d'arresto europeo, reciproco riconoscimento vs. diritti fondamentali*, in *Dir. pen. cont.*, 4 luglio 2013, p. 2, ove si afferma che “la decisione quadro [relativa al m.a.e.], pur sancendo nei *consideranda* nn. 12-135 e nell'art. 1, par. 36 che il meccanismo di cooperazione da essa instaurato non pregiudica il rispetto dei diritti dell'individuo, non prevede un motivo autonomo/generale di diniego del riconoscimento/esecuzione costituito dall'esigenza di assicurare il rispetto di tali diritti. Per ciò che attiene ai problematici rapporti tra mandato d'arresto europeo e tutela dei diritti fondamentali, si segnalano le rilevanti modifiche introdotte dal d.lgs. 2 febbraio 2021, n. 10, recante *Disposizioni per il compiuto adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni della decisione quadro 2002/584/GAI, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra stati membri, in attuazione delle delega di cui all'articolo 6 della legge 4 ottobre 2019, n. 117*, pubblicato in *G.U.*, 5 febbraio 2021, n. 30. In particolare, si prevede la sostituzione dell'art. 2 della legge 22 aprile 2005, n. 69, nel modo che segue: «Art. 2. (*Rispetto dei diritti fondamentali e garanzie costituzionali*). 1. L'esecuzione del mandato di arresto europeo non può, in alcun caso, comportare una violazione dei principi supremi dell'ordine costituzionale dello Stato o dei diritti inalienabili della persona riconosciuti dalla Costituzione, dei diritti fondamentali e dei fondamentali principi giuridici sanciti dall'articolo 6 del trattato sull'Unione

Corte di giustizia²⁰², segna l’atterraggio dei diritti fondamentali sul terreno del mutuo riconoscimento, inserendo tra i motivi di rifiuto un’apposita clausola di protezione²⁰³.

Quel che preme sottolineare è, in conclusione, il mutato volto acquisito dal sistema di cooperazione penale nello spazio giuridico europeo, frutto di una lenta evoluzione nel tempo. La comparsa sulla scena dei diritti fondamentali, nella veste di contro-limite al mutuo riconoscimento, non può però essere considerata, in modo riduttivo, come sintomatica di un atteggiamento di chiusura degli Stati membri, animato dall’intento di proteggere i propri principi e regole da influenze esterne. Non si tratta di un ostacolo, bensì di un limite necessario alla cooperazione, introdotto per innalzare il livello di tutela delle garanzie e intensificare il legame di reciproca fiducia nei sistemi di giustizia di ciascuno Stato: in questa direzione muove la direttiva sull’ordine europeo d’indagine penale²⁰⁴.

europea o dei diritti fondamentali garantiti dalla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, resa esecutiva dalla legge 4 agosto 1955, n. 848, e dai Protocolli addizionali alla stessa.». Per un primo commento v. M. BARGIS, *Meglio tardi che mai. Il nuovo volto del recepimento della decisione quadro relativa al m.a.e. nel d.lgs. 2 febbraio 2020, n. 10: una prima lettura*, in *Sist. pen.*, 16 marzo 2021, p. 70.

²⁰² Si allude specialmente alle note sentenze C. giust., 29 gennaio 2013, *Radu*, C-396/11 e C. giust., 26 febbraio 2013, *Melloni*, C-399/11. Una maggiore apertura nei confronti della tutela dei diritti fondamentali nell’ambito del m.a.e. si riscontra nelle successive pronunce *Aranyosi e Căldăraru*, 5 aprile 2016, Cause riunite C-404/15 e C-659/15, nelle quali si è affermato che il pericolo di una grave violazione dei diritti fondamentali legittimi la sospensione della cooperazione nonché il rifiuto della stessa, a fronte dell’impossibilità di pervenire ad una soluzione concreta. In dottrina, v. M. BARGIS, *Mandato di arresto europeo e diritti fondamentali: recenti itinerari "virtuosi" della corte di giustizia tra compromessi e nodi irrisolti*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2017, n. 2, p. 177 ss.; M. DANIELE, *La triangolazione delle garanzie processuali fra diritto dell’Unione europea, Cedu e sistemi nazionali*, in *Dir. pen. cont. - Riv. Trim.*, 2016, n. 4, p. 1 ss.; F. CANCELLARO, *La Corte di Giustizia si pronuncia sul rapporto tra mandato d’arresto europeo e condizioni di detenzione nello Stato emittente*, in *Dir. pen. cont.*, 18 aprile 2016; S. BARTOLE, *La Corte Europea di Giustizia fra Taricco e Aranyosi*, in *Giur. cost.*, 2016, n. 4, p. 1562 ss.; T. RAFARACI, *Diritti fondamentali, giusto processo e primato del diritto UE*, in *Proc. pen. giust.*, 2014, n. 3, p. 1 ss.; C. AMALFITANO, *Mandato d’arresto europeo*, cit., p. 1 ss.; G. DE AMICIS, *All’incrocio tra diritti fondamentali, mandato d’arresto europeo e decisioni contumaciali: la Corte di Giustizia e il "caso Melloni"*, in *Dir. pen. cont.*, 7 giugno 2013, p. 1 ss.

²⁰³ Cfr. art. 11 lett. f) della direttiva, che legittima il rifiuto del riconoscimento in presenza di seri motivi per ritenere che l’esecuzione dell’atto di indagine richiesto nell’OEI sia incompatibile con gli obblighi dello Stato di esecuzione, ai sensi dell’art. 6 TUE e della Carta.

²⁰⁴ Cfr. P. SPAGNOLO, *La nuova cooperazione giudiziaria penale*, cit., p. 1292, la quale afferma che “è il rapporto tra mutuo riconoscimento e diritti fondamentali a costituire il fulcro del nuovo sistema di cooperazione”.

CAPITOLO II

LA DIRETTIVA 2014/41/UE: UN DELICATO EQUILIBRIO TRA EFFICIENZA INVESTIGATIVA E GARANZIE FONDAMENTALI

SOMMARIO. 1. Definizione e soggetti coinvolti: la nozione di “autorità giudiziaria di emissione” alla luce di una recente pronuncia della Corte di giustizia. – 1.1. Il ruolo del difensore della persona sottoposta ad indagini. – 1.2. L’esclusione della persona offesa. – 2. La fase di emissione dell’OEI: forma, contenuto e modalità di trasmissione. – 2.1. Le condizioni di emissione: i principi di equivalenza e proporzionalità. – 2.2. La scorciatoia della proporzionalità: verso la strada dell’armonizzazione “in concreto”? – 3. Il riconoscimento e l’esecuzione dell’OEI: tempistiche, oneri informativi, trasferimento delle prove e rinvio. – 3.1. I correttivi al mutuo riconoscimento: l’esecuzione “concelebrata” e il delicato bilanciamento tra *lex fori* e *lex loci*. – 3.2. Il compimento di un atto d’indagine “alternativo”: la costante della proporzionalità. – 3.3. Il catalogo dei motivi di rifiuto quale deroga al mutuo riconoscimento. – 4. Il regime delle impugnazioni: l’art. 14 della direttiva. – 4.1. L’approccio formale della Corte di giustizia in tema di impugnazioni: quando il fine (non) giustifica i mezzi. – 5. Brevi cenni sulla disciplina relativa agli specifici atti d’indagine.

1. Definizione e soggetti coinvolti: la nozione di “autorità giudiziaria di emissione” alla luce di una recente pronuncia della Corte di giustizia

L’ordine europeo d’indagine penale è definito dall’art. 1 della direttiva 2014/41/UE come una decisione giudiziaria emessa o convalidata da un’autorità competente di uno Stato membro (Stato di emissione) per compiere uno o più atti di indagine specifici in un altro Stato membro (Stato di esecuzione), al fine di acquisire prove, incluse quelle già in possesso di quest’ultimo.²⁰⁵

Nel precedente capitolo²⁰⁶, sono stati delineati i contorni applicativi del nuovo strumento di cooperazione fondato sul mutuo riconoscimento, dal punto di vista sia soggettivo che oggettivo, prendendo le mosse dall’analisi dell’art. 34 della direttiva OEI. In questa sede, occorre invece soffermarsi sui soggetti coinvolti nelle procedure di emissione ed esecuzione dell’OEI, prestando attenzione, dapprima, alla nozione di autorità giudiziaria (in specie, quella di emissione) e poi, nel paragrafo che segue, alle scelte compiute dal legislatore sovranazionale in relazione al ruolo del difensore dell’indagato e alla persona offesa dal reato.

Nell’ottica di favorire un dialogo diretto e immediato tra le autorità giudiziarie, la direttiva prevede che l’autorità centrale possa essere designata facoltativamente da

²⁰⁵ Cfr. *considerando* n. 7 della direttiva.

²⁰⁶ In particolare, v. § 4.1.

ciascuno Stato, al solo fine di agevolare la trasmissione e l'esecuzione dell'ordine d'indagine (art. 7). Per ciò che attiene all'individuazione delle competenti autorità di emissione ed esecuzione, la norma di riferimento è rappresentata dall'art. 2, concernente le disposizioni definitorie contenute in apertura della direttiva. In particolare, l'autorità di esecuzione coincide con un'un'autorità competente a riconoscere un OEI e ad assicurarne l'esecuzione conformemente alla direttiva e alle procedure applicabili in un caso interno analogo, le quali potrebbero richiedere l'autorizzazione di un organo giurisdizionale nello Stato di esecuzione²⁰⁷. L'autorità di emissione può identificarsi, invece, non solo con un giudice, un organo giurisdizionale, un magistrato inquirente o un pubblico ministero, ma anche con qualsiasi altra autorità definita dallo Stato di emissione che agisca in qualità di autorità inquirente nel procedimento penale e sia competente ad acquisire le prove nell'osservanza del diritto nazionale. In quest'ultima ipotesi, si richiede la convalida dell'OEI da parte di una delle predette autorità giudiziarie²⁰⁸.

Sulla nozione di autorità giudiziaria competente a emettere un OEI è di recente intervenuta la Corte di giustizia dell'Unione europea²⁰⁹, pronunciandosi sul rinvio pregiudiziale promosso *ex art. 267 TFUE* dal Tribunale penale di Vienna e affrontando, in particolare, la questione dell'indipendenza del pubblico ministero dal potere esecutivo.

²⁰⁷ Si pensi alla disciplina nazionale delle intercettazioni di comunicazioni o conversazioni (artt. 266 ss. c.p.p.) che, al di fuori dei casi d'urgenza, richiede l'autorizzazione preventiva del giudice per le indagini preliminari, su richiesta del pubblico ministero.

²⁰⁸ Si precisa, inoltre, che, ai sensi dell'art. 4, l'OEI può essere emesso non solo in relazione a un procedimento penale avviato da un'autorità giudiziaria, ma anche nel quadro di un procedimento avviato dalle autorità amministrative in relazione a fatti punibili in base al diritto nazionale dello Stato di emissione in quanto violazioni di norme giuridiche; quando la decisione può dar luogo a un procedimento davanti a un organo giurisdizionale competente in materia penale nel quadro di un procedimento avviato dalle autorità giudiziarie in relazione a fatti punibili in base al diritto nazionale dello Stato di emissione in quanto violazioni di norme giuridiche; quando la decisione può dar luogo a un procedimento davanti a un organo giurisdizionale competente in materia penale ed, infine, in connessione con i precedenti procedimenti relativi a reati o violazioni per i quali una persona giuridica può essere considerata responsabile o punita nello Stato di emissione.

²⁰⁹ Cfr. C. giust., Grande Sezione, 8 dicembre 2020, *A. e altri*, C-584/19. In dottrina, v. S. QUATTROCOLO, *Nozioni autonome o variabili? La Corte di giustizia e la definizione di «autorità giudiziaria» e «autorità emittente» nel sistema della cooperazione giudiziaria infraeuropea. Riflessioni a margine di due recenti pronunce*, in *Cass. pen.*, 2021, n. 5, p. 1784 ss.; M. LANOTTE, *Il requisito dell'indipendenza del pubblico ministero nell'emissione di un ordine europeo di indagine*, in *Cass. pen.*, 2021, n. 3, p. 1060 ss.; G. BORGIA, *Mandato d'arresto europeo e ordine europeo di indagine penale a confronto: così simili (?), eppure così diversi*, in *Arch. pen.*, 2021, n. 1, p. 1 ss.

Tale decisione assume particolare rilievo, poiché con essa i giudici di Lussemburgo forniscono una definizione di autorità giudiziaria emittente che si discosta sensibilmente da quella elaborata in tema di mandato d'arresto europeo: la Corte interpreta infatti la nozione di cui all'art. 6 § 1 della decisione quadro 2002/584/GAI nel senso che essa non ricomprende le Procure di uno Stato membro esposte al rischio di essere soggette, direttamente o indirettamente, a ordini o istruzioni da parte dell'organo esecutivo, quale il Ministro di giustizia, nell'ambito dell'adozione di una decisione relativa all'emissione di un mandato d'arresto.²¹⁰

Tanto premesso, occorre soffermarsi brevemente sui fatti che hanno dato luogo alla pronuncia del dicembre 2020, relativa all'ordine europeo d'indagine. Nello specifico, la vicenda trae origine dall'esecuzione, in Austria, di un OEI emesso dalla Procura di

²¹⁰ Sul punto, v. C. giust., Grande Sezione, 27 maggio 2019, *OG e PI*, cause riunite, C-508/18 e C-82/19 PPU, con commento di M. L. MANDELLI, *Il concetto di «autorità giudiziaria emittente» nella disciplina del mandato d'arresto europeo alla luce di una recente pronuncia della Corte di Giustizia*, in *Cass. pen.*, 2019, n. 12, p. 4512 ss. In quell'occasione, la Grande Camera di Lussemburgo constatava che le Procure tedesche (in specie, di Lubeca e Zwickau) di cui ai procedimenti principali che hanno originato il rinvio pregiudiziale subissero l'influenza del potere esecutivo nella fase di emissione di un mandato d'arresto e che, pertanto, non potessero rientrare nella nozione di "autorità giudiziaria emittente", essendo irrilevante l'assenza, nel caso di specie, di istruzioni individuali da parte dei Ministri della Giustizia dei Länder interessati. Più di recente, sul riconoscimento della legittimazione attiva del Pubblico Ministero francese, v. C. giust., Prima sezione, 12 dicembre 2019, *JR e YC*, cause riunite, C-566/18 e C-626/19 PPU, con nota di L. SCOLLO, *La Corte di Giustizia UE si pronuncia sulla legittimità del procedimento di emissione del M.A.E. da parte del P.M. francese*, in *Sist. pen.*, 22 gennaio 2020. Si segnala, da ultimo, che con decisione del 17 dicembre 2020, *Openbaar Ministerie*, cause riunite, C-354/20 e C-412/20 PPU, L e P, la Grande Camera della Corte di Lussemburgo, chiamata a pronunciarsi sulla domanda pregiudiziale formulata dal Tribunale di Amsterdam, il quale dubitava della possibilità di qualificare i giudici polacchi alla stregua di autorità giudiziaria emittente il m.a.e., precisava quanto segue: "L'articolo 6, paragrafo 1, e l'articolo 1, paragrafo 3, della decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri, come modificata dalla decisione quadro 2009/299/GAI del Consiglio, del 26 febbraio 2009, devono essere interpretati nel senso che, qualora l'autorità giudiziaria dell'esecuzione chiamata a decidere sulla consegna di una persona oggetto di un mandato d'arresto europeo disponga di elementi che testimonino carenze sistemiche o generalizzate riguardanti l'indipendenza del potere giudiziario nello Stato membro di emissione di tale mandato d'arresto, che esistevano al momento dell'emissione di quest'ultimo o che si sono verificate successivamente a tale emissione, detta autorità non può negare la qualità di «autorità giudiziaria emittente» all'organo giurisdizionale che ha emesso detto mandato d'arresto e non può presumere che sussistano motivi seri e comprovati per ritenere che tale persona, in caso di consegna a quest'ultimo Stato membro, corra un rischio reale di violazione del suo diritto fondamentale a un processo equo, sancito dall'articolo 47, secondo comma, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, senza effettuare una verifica concreta e precisa che tenga conto, in particolare, della situazione individuale di detta persona, della natura del reato di cui trattasi e del contesto fattuale nel quale si inserisce detta emissione, ivi comprese le dichiarazioni di autorità pubbliche che possano interferire nel trattamento da riservare a un caso individuale".

Amburgo per il reato di frode a carico di alcune persone sospettate di aver falsificato tredici ordini di bonifico bancario, che sarebbero serviti a trasferire la somma di circa 10.000 euro sul conto corrente intestato all'unico indagato noto. La richiesta era volta a ottenere la trasmissione in Germania delle copie degli estratti del predetto conto aperto presso una banca sita a Vienna. Atteso che, sulla base del diritto processuale penale austriaco, un istituto di credito può essere tenuto a esibire gli estratti del conto bancario soltanto in forza di un atto della Procura autorizzato da un'autorità giudiziaria, i giudici del rinvio si domandavano se la Procura tedesca potesse considerarsi tale²¹¹.

I dubbi sollevati dal tribunale di Vienna muovevano dalla constatazione che, secondo il diritto tedesco (segnatamente, gli artt. 146 e 147 della legge sull'ordinamento giudiziario), i funzionari dell'ufficio della Procura possono ricevere istruzioni, anche individuali, dal loro superiore gerarchico, coincidente, nel caso di specie, con il senatore per la giustizia di Amburgo. Tale rapporto di subordinazione dei procuratori rispetto al potere esecutivo affievolisce inevitabilmente il requisito di indipendenza²¹² in capo ai primi, con la conseguenza che essi non dovrebbero rientrare nella nozione di "autorità giudiziaria"²¹³. Effettuando un confronto con la decisione quadro sul m.a.e., il giudice *a quo* riteneva, infatti, che, nonostante la direttiva, a differenza della prima, attribuisca espressamente al pubblico ministero la qualifica di autorità di emissione o abilitata alla

²¹¹ Per maggiore chiarezza, si riporta la questione pregiudiziale sollevata dal Tribunale di Vienna: "Se le nozioni di «autorità competente», ai sensi dell'art. 1, par. 1, della direttiva 2014/41/UE, e di «pubblico ministero», ai sensi dell'art. 2, lettera c), punto i), della suddetta direttiva debbano essere interpretate nel senso che esse ricomprendano anche le procure di uno Stato membro che siano esposte al rischio di essere soggette, direttamente o indirettamente, a ordini o istruzioni individuali da parte del potere esecutivo, quale il *Justizsenator* di Amburgo, nell'ambito dell'adozione di una decisione relativa all'emissione di un ordine europeo d'indagine".

²¹² Sul tema delle garanzie di indipendenza e imparzialità della magistratura nella giurisprudenza delle Corti sovranazionali v. G. DE AMICIS, *Stato di diritto, garanzie europee di indipendenza della magistratura e cooperazione giudiziaria penale: quadri di un'esposizione* in fieri, in *Sist. pen.*, 13 dicembre 2021, p. 1 ss.

²¹³ Secondo M. LANOTTE, *Il requisito dell'indipendenza del pubblico ministero nell'emissione di un ordine europeo di indagine*, cit., p. 1073, "il rinvio pregiudiziale del Tribunale di Vienna più che esprimere un dubbio circa la nozione di 'autorità giudiziaria emittente' – generato dall'orientamento in materia di m.a.e. – cela un dubbio circa la reale sussistenza della fiducia nei confronti della Procura di Amburgo".

convalida dell'OEI²¹⁴, prevalessero, tuttavia, le affinità esistenti tra le due discipline, entrambe ispirate ai principi di mutuo riconoscimento e fiducia reciproca tra gli Stati dell'Unione.

In risposta al quesito pregiudiziale sollevato dal tribunale viennese, la Corte, conformandosi alle conclusioni presentate dall'Avvocato Generale Campos Sanchez Bordona, afferma che "l'art. 1 § 1 e l'art. 2, lett. c), della direttiva 2014/41/UE devono essere interpretati nel senso che rientra nelle nozioni di «autorità giudiziaria» e di «autorità di emissione» il pubblico ministero o, più in generale, la Procura di uno Stato membro, indipendentemente dal rapporto di subordinazione legale che potrebbe esistere tra tale pubblico ministero o Procura e il potere esecutivo di tale Stato membro e dall'esposizione di detti organi al rischio di essere soggetti, direttamente o indirettamente, a ordini o istruzioni individuali da parte del predetto potere, nell'ambito dell'adozione di un OEI". Siffatte conclusioni, di segno diametralmente opposto, come si è anticipato, rispetto a quelle formulate in relazione al mandato d'arresto europeo, poggiano su una triplice argomentazione, di natura testuale, contestuale e teleologica²¹⁵.

Sulla base di un'interpretazione aderente al dato letterale, la Corte si limita a osservare che in effetti la normativa di riferimento non subordina l'assunzione della qualifica di autorità emittente alla mancanza di un rapporto gerarchico del pubblico

²¹⁴ Diversamente, l'art. 6 § 1 della decisione quadro sul m.a.e. nulla specifica in merito ai soggetti riconducibili alla nozione di "autorità emittente". A tal riguardo v. le *conclusioni* dell'Avvocato Generale, § 48-49, presentate il 16 luglio 2020, ove si ritiene che la decisione del legislatore di ammettere espressamente il pubblico ministero quale autorità di emissione "è stata intenzionale e ha lo scopo di includere in modo inequivocabile, affinché non vi siano dubbi, tutte le autorità giudiziarie (e in particolare, il pubblico ministero) che, nel panorama processuale degli Stati membri, sono le protagoniste, dirigono o intervengono in modo significativo nell'indagine penale". In dottrina v. M. LANOTTE, *Il requisito dell'indipendenza del pubblico ministero nell'emissione di un ordine europeo di indagine*, cit., p. 1070, la quale osserva che "la necessità di far coesistere nella definizione di autorità giudiziaria emittente i diversi diritti processuali degli Stati membri ha richiesto di considerare su un piano di parità le diverse figure di giudice, organo giurisdizionale e pubblico ministero e di non operare alcuna differenza tra pubblici ministeri dipendenti o meno dall'esecutivo".

²¹⁵ V. G. DE AMICIS, *Stato di diritto, garanzie europee di indipendenza della magistratura e cooperazione giudiziaria penale*, cit., p. 40.

ministero rispetto al potere esecutivo richiedendo, quale unica condizione, che si tratti di un'autorità competente nel caso interessato²¹⁶.

Volgendo, poi, uno sguardo alla direttiva nel suo complesso, si evidenzia che l'insieme delle garanzie²¹⁷, che corredano tanto la fase di emissione quanto quella di esecuzione di un OEI, inducono a ritenere ampiamente protetti i diritti fondamentali dei soggetti coinvolti²¹⁸, risultando dunque superflua la prerogativa dell'indipendenza in capo al pubblico ministero²¹⁹. In altri termini, la tutela dei diritti sanciti dalla Carta

²¹⁶ Cfr. § 51-54 della sentenza. Cfr. S. QUATTROCOLO, *Assonanze e divergenze*, cit., p. 1790, secondo la quale “tra gli elementi che pongono la direttiva 2041/41 in una cornice di maggiore evoluzione rispetto alla decisione quadro sta proprio la scelta di enunciare in maniera esaustiva i soggetti che possono emettere e convalidare l'ordine europeo di indagine”, segno di un'evoluzione “ascrivibile ad una maturazione degli strumenti di mutuo riconoscimento”. L'A. ritiene, inoltre, che l'omessa menzione del requisito dell'indipendenza in capo al pubblico ministero “non suggerisc[a] una disattenzione del legislatore europeo, ma, al contrario, trov[i] la sua precisa ragione d'essere nel secondo ordine di considerazioni da valutare”, ossia nella natura “prettamente investigativa” dell'OEI, a differenza di quella coercitiva che connota il mandato d'arresto.

²¹⁷ Si fa riferimento, nello specifico, alla previsione di cui all'art. 6 della direttiva, da leggere in combinato disposto con il *considerando* n. 11, in relazione alle condizioni di emissione di un OEI; alle garanzie procedurali stabilite dalle direttive n. 2010/64/UE sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali, n. 2012/13/UE sul diritto all'informazione nei procedimenti penali, e n. 2013/48/UE 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, richiamate nel *considerando* n. 15; alla necessaria osservanza, in fase di ommissione, dei diritti fondamentali stabiliti dalla Carta di Nizza ed, in particolare, della presunzione d'innocenza e dei diritti della difesa, nonché del principio di proporzionalità enunciato all'art. 52 della medesima Carta; da ultimo, alla facoltà di impugnazione, contemplata dall'art. 14 e dal *considerando* n. 22, che dovrebbe essere garantita contro un OEI da ciascuno Stato membro, in conformità del proprio diritto nazionale. Sotto quest'ultimo aspetto, si condividono le perplessità di S. QUATTROCOLO, *Assonanze e divergenze*, cit., p. 1792, la quale afferma che “non può nascondersi che, rispetto allo specifico riferimento agli strumenti di impugnazione, lo scenario ricostruito dalla sentenza è piuttosto carente, essendo scarsamente diffusi, negli ordinamenti nazionali, gravami specifici avverso, in particolare, atti investigativi, ma anche ordinanze probatorie dibattimentali, che difficilmente risultano impugnabili in via autonoma”. Per un'analisi del sistema delle impugnazioni delineato dalla direttiva 2014/41/UE v. *infra*, par. 4.

²¹⁸ Cfr. *considerando* n. 12, che richiama, in particolare, la presunzione d'innocenza e i diritti della difesa, definendoli “i capisaldi dei diritti fondamentali riconosciuti nella Carta nel settore della giustizia penale”.

²¹⁹ A tal proposito, v. § 89 e 90 della sentenza, ove si afferma che “la direttiva 2014/41 contiene una regolamentazione completa dei rapporti tra le autorità di emissione e quelle di esecuzione degli OEI. Tale regolamentazione tiene sempre presente il rispetto dei diritti fondamentali e degli altri diritti processuali della persona sottoposta ad indagini o imputata. Oltre alla presunzione relativa al principio del reciproco riconoscimento, il sistema della cooperazione giudiziaria penale offre, in tale settore, garanzie sufficienti che i diritti di tali persone siano tutelati”, con la conseguenza che “tale quadro normativo è sufficientemente esteso per ricomprendere, quali autorità di emissione, i pubblici ministeri di tutti gli Stati

sarebbe già sufficientemente assicurata dalla circostanza che tale organo, in sede di emissione o convalida dell'ordine, debba tener conto dei principi di proporzionalità²²⁰ e di legalità, nonché dall'impugnabilità della decisione adottata²²¹, quale strumento di reazione avverso ordini irrispettosi delle garanzie fondamentali.

Un'ulteriore valvola di sicurezza²²² in tema di garanzie personali è certamente rappresentata, ad avviso dei giudici sovranazionali, dalla facoltà, prevista dall'art. 10 § 3 della direttiva, di ricorrere al compimento di un atto diverso e meno invasivo rispetto a quello richiesto, nonché dalla possibilità, accordata all'autorità di esecuzione dall'art. 11 lett. f) della direttiva, di rifiutare un OEI a fronte della presunta violazione dei diritti fondamentali.

In una prospettiva finalistica, la Corte di Lussemburgo pone l'accento sullo scopo della direttiva di dar vita a una forma di cooperazione semplificata, efficace e flessibile, diretta alla rapida acquisizione delle prove in un altro Stato membro, diversamente da quello perseguito dalla decisione quadro sul m.a.e., che intende assicurare l'arresto o la consegna di una persona ricercata in vista dell'esercizio dell'azione penale o dell'esecuzione di una pena o misura di sicurezza detentiva. Ad avviso della Corte, da tale divergenza di obiettivi discenderebbe che il riconoscimento di un ordine d'indagine, a differenza dell'esecuzione di un mandato d'arresto, non pregiudichi il diritto alla

membri, indipendentemente dalla loro posizione istituzionale rispetto al potere esecutivo. In ogni caso, l'autorità di esecuzione dovrà valutare se l'OEI richiesto soddisfa i requisiti previsti per la sua esecuzione. Avverso la sua decisione, la direttiva 2014/41 prevede adeguati rimedi giuridici.”

²²⁰ V. art. 52 § 1, nella parte in cui prevede che “nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni [all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla Carta] solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui.”

²²¹ V. § 63 della sentenza e § 83 delle *conclusioni*, ove si afferma che la previsione relativa ai mezzi di impugnazione dell'OEI “colma[no], per così dire, la lacuna riscontrabile nella decisione quadro 2002/584, che ha generato le questioni pregiudiziali sollevate da altri organi giurisdizionali, alle quali la Corte di giustizia ha dovuto rispondere. Pertanto, le preoccupazioni espresse, a tal riguardo, nella decisione di rinvio non si giustificano in base ai termini della direttiva 2014/41”.

²²² L'espressione è di G. BORGIA, *Mandato d'arresto europeo e ordine europeo di indagine penale a confronto: così simili (?), eppure così diversi*, cit., p. 10, il quale ritiene che l'autorità di esecuzione possa legittimamente invocare il motivo di rifiuto concernente la violazione dei diritti fondamentali “laddove l'OEI fosse emesso da un organo inquirente che non offre sufficienti garanzie di indipendenza e l'ordinamento dello Stato di emissione non garantisca un controllo giurisdizionale successivo.”

libertà personale²²³. Per quanto infatti alcuni atti investigativi si rivelino particolarmente intrusivi²²⁴, incidendo sul diritto alla vita privata o su quello di proprietà, essi non appaiono comunque idonei a comprimere la libertà personale dell'interessato²²⁵.

Se le conclusioni cui è pervenuta la Corte sono complessivamente condivisibili²²⁶ sotto il profilo delle argomentazioni testuale e sistematica, pare invece difficile cogliere appieno il significato dell'affermazione, alquanto concisa, secondo cui la libertà personale non verrebbe lesa dal compimento di atti investigativi in esecuzione di un OEI. Basti infatti pensare all'ispezione o alla perquisizione personale, che trovano copertura costituzionale nell'art. 13, comma 2, Cost. proprio in ragione del significativo

²²³ V. § 71 della sentenza. Secondo G. BORGIA, *Mandato d'arresto europeo e ordine europeo di indagine penale a confronto*, cit., p. 9, "nonostante tale affermazione sia collocata appena prima del dispositivo della decisione, quasi come se si trattasse di un argomento *ad adiuvandum*, essa offre in realtà la chiave di lettura dell'intero impianto motivazionale".

²²⁴ A tal proposito, la direttiva OEI si limita a prevedere, nel *considerando* n. 16, che gli "atti non coercitivi potrebbero essere, ad esempio, gli atti che non violano il diritto alla vita privata o il diritto di proprietà, in funzione del diritto nazionale". Come rileva A. MANGIARACINA, *A New and Controversial Scenario in the Gathering of Evidence at the European Level: The Proposal for a Directive on the European Investigation Order*, cit., p. 120, se ne desume, *a contrario*, che gli atti coercitivi sono quelli che non ledono tali diritti. Tuttavia, non si tratta di una definizione esaustiva, dal momento che vi sono numerosi altri diritti suscettibili di subire una compressione a causa del compimento di atti invasivi i quali, pertanto, non possono identificarsi unicamente in quelli che implicano l'uso del potere coercitivo.

²²⁵ Nello stesso senso, v. le *conclusioni* dell'Avvocato Generale, § 26, nella parte in cui ritiene che "se anche un MAE emesso da un pubblico ministero austriaco (non indipendente dal potere esecutivo) può essere efficace dopo essere stato convalidato dal giudice nazionale competente 12 che ne controlla la proporzionalità, questo stesso principio può, a fortiori, applicarsi ad atti d'indagine il cui impatto sulla vita della persona interessata è ben inferiore a quello che deriva dai MAE. In dottrina v. G. BORGIA, *Mandato d'arresto europeo e ordine europeo di indagine penale a confronto: così simili (?), eppure così diversi*, cit., p. 9, il quale, condividendo le argomentazioni svolte dalla Corte, osserva che "per le misure in grado di limitare il diritto alla riservatezza, è infatti sufficiente un controllo giurisdizionale *ex post*, ovvero successivo rispetto al compimento dell'atto investigativo, sia sotto forma di convalida, sia di impugnazione."

²²⁶ Meritano di essere riportate anche le osservazioni finali espresse dall'Avvocato Generale nel § 91 delle sue *conclusioni*, dove pone in evidenza i risvolti negativi che discenderebbero dall'accoglimento di una soluzione opposta a quella sostenuta, in particolare: "Ogni autorità di esecuzione dovrebbe assicurarsi che il pubblico ministero di emissione non sia vincolato da tali istruzioni. Ciò rischierebbe di causare una notevole incertezza giuridica e ritardi nello svolgimento delle indagini penali che presentano una dimensione transfrontaliera, rendendo difficile «una rapida, efficace e coerente cooperazione in materia penale tra gli Stati membri»; ne deriverebbe una modifica occulta della direttiva 2014/41, dal cui articolo 2, lettera c), punto i), dovrebbero essere esclusi i pubblici ministeri di taluni paesi, per inserirli nel punto ii) della medesima lettera c), il che significherebbe che non potrebbero neppure convalidare le decisioni di altre autorità amministrative di emissione degli OEI; Si imporrebbe una ridefinizione della ripartizione delle competenze delle autorità di emissione negli Stati membri, che comporterebbe una distorsione della volontà del legislatore dell'Unione, che non ha voluto alterare, bensì rispettare i sistemi istituzionali e processuali degli Stati membri in vigore al momento dell'adozione della direttiva 2014/41".

pregiudizio che le concrete modalità di svolgimento possono comportare alla libertà personale del destinatario, nonché al prelievo coattivo di materiale biologico su persone viventi, accompagnato, nell'ordinamento interno, dalle apposite garanzie di cui agli artt. 224 *bis* e 359 *bis* c.p.p.

Nondimeno, si potrebbe ritenere che la Corte abbia inteso affermare semplicemente che la libertà personale sia incisa dall'esecuzione di un OEI in misura inferiore rispetto a quanto avviene nell'ambito del mandato d'arresto, in cui si realizza una privazione della libertà personale totale e protratta nel tempo²²⁷, e tale circostanza legittimerebbe l'allentamento (*rectius*, l'eliminazione) del requisito dell'indipendenza del pubblico ministero soltanto nel primo caso.

In definitiva, tra le ragioni poc'anzi illustrate, che fanno principalmente leva sulle differenze, strutturali e funzionali, esistenti tra i due strumenti di cooperazione e sul corredo delle specifiche garanzie offerte dalla direttiva a tutela dei diritti fondamentali, sarebbe, dunque, anche la diversa intensità della lesione arrecata alla libertà personale, più che la diversa natura dei diritti incisi, a giustificare la differente esegesi della nozione di autorità giudiziaria emittente sviluppatasi, rispettivamente, nel quadro del mandato d'arresto e in quello dell'ordine d'indagine.

1.1. Il ruolo del difensore della persona sottoposta ad indagini

Con riferimento ai soggetti coinvolti, l'elemento di principale novità apportato dalla direttiva in esame risiede nel riconoscimento del potere di richiedere l'emissione di un ordine d'indagine in capo all'indagato e al suo difensore²²⁸.

A tal proposito, si rileva, infatti, che nella decisione quadro sul mandato di ricerca della prova²²⁹ non era contenuto alcun riferimento al ruolo del difensore né, più in

²²⁷ Ad avviso di S. QUATTROCOLO, *Assonanze e divergenze*, cit., pp. 1790-1791, sarebbe proprio la protrazione nel tempo degli effetti della limitazione della libertà personale, caratterizzante il solo mandato d'arresto, a costituire il *discrimen* tra i due strumenti. Dopo aver ribadito la natura "chiaramente differente" dell'ordine di indagine, l'A. precisa, infatti, che "non si può escludere del tutto una dimensione coercitiva dell'atto investigativo/probatorio (...), ma certamente non privativa della libertà personale in forma protratta".

²²⁸ V. L. CAMALDO - F. CERQUA, *La direttiva sull'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 3516.

generale, a quello dei soggetti privati, determinando un vuoto di tutela nei confronti delle garanzie partecipative dei protagonisti del processo.

Diversamente, l'art. 1 § 3 della direttiva prevede espressamente che la richiesta di emissione possa provenire dalla persona sottoposta ad indagini o dall'imputato, ovvero dall'avvocato che agisce per suo conto, nel quadro dei diritti della difesa applicabili conformemente al diritto e alla procedura penale nazionale. Si tratta di una disposizione che, per quanto innovativa rispetto al passato, compie un passo in avanti minimo nel cammino teso al rafforzamento delle garanzie difensive nell'ambito della cooperazione giudiziaria europea²³⁰, deludendo le aspettative²³¹. In dottrina²³² è stato infatti sottolineato come l'attribuzione di un generico potere d'impulso, privo di carattere

²²⁹ Sul punto cfr. T. ALESCI, *Le garanzie difensive e il ruolo del difensore nello spazio giudiziario europeo*, in T. Bene - L. Luparia - L. Marafioti (a cura di), *L'ordine europeo di indagine. Criticità e prospettive*, cit., p. 104, nonché F. SIRACUSANO, *Procedure di cooperazione giudiziaria e garanzie difensive: lungo la strada, a piccoli passi*, in *Arch. pen.*, 2016, n. 3, p. 3, secondo cui “la produzione normativa di quegli anni sembra percorsa da un *fil rouge*: grande attenzione all'elaborazione di modelli di efficiente funzionalità; scarsissimo rilievo affidato ai possibili ambiti d'intervento delle prerogative difensive”.

²³⁰ In merito al ruolo del difensore nello spazio giuridico europeo v. F. SIRACUSANO, *Procedure di cooperazione giudiziaria e garanzie difensive*, cit., p. 1 ss.; L. CAMALDO, *Presunzione di innocenza e diritto di partecipare al giudizio: due garanzie fondamentali del giusto processo in un'unica Direttiva dell'Unione europea*, in *Dir. pen. cont.*, 23 marzo 2016; G. CENTAMORE, *Il diritto al difensore nei procedimenti di esecuzione del mandato di arresto europeo nella direttiva 2013/48/UE: osservazioni generali e aspetti problematici*, in *Dir. pen. cont.*, 14 gennaio 2016; S. RUGGERI, *Procedimento penale, diritto di difesa e garanzie partecipative nel diritto dell'Unione europea*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2015, n. 4, p. 1 ss.; F. RUGGERI, *Diritti della difesa e tutela della vittima nello spazio giudiziario europeo*, in *Cass. pen.*, 2007, n. 11, p. 4329 ss.

²³¹ La valenza simbolica della disposizione in analisi è sottolineata da R. BELFIORE, *Riflessioni a margine della direttiva sull'ordine europeo di indagine penale*, in *Cass. pen.*, 2015, n. 9, p. 3295.

²³² Cfr. R. E. KOSTORIS, *Ordine di investigazione europeo e tutela dei diritti fondamentali*, in *Cass. pen.*, 2018, n. 5, p. 1446; T. ALESCI, *Le garanzie difensive e il ruolo del difensore nello spazio giudiziario europeo*, cit., 101 ss.; R. BELFIORE, *Riflessioni a margine della direttiva sull'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 3294 ss., i quali affermano che si è ancora ben lontani dall'attuazione del principio di parità delle armi tra accusa e difesa. Più ottimista si mostra, invece, M. CAIANIELLO, *La nuova direttiva UE sull'ordine europeo di indagine penale tra mutuo riconoscimento e ammissione reciproca delle prove*, cit., p. 6, secondo cui, pur essendo il riferimento al rispetto dei diritti della difesa “pleonastico” nonché “generico nella sua formulazione, “non si deve dimenticare, tuttavia, che in questo settore dovrebbero trovare attuazione le regole espresse dalle nuove direttive in materia di diritti dell'imputato”. L'Autore sottolinea altresì l'importanza del rispetto della direttiva 2012/13/UE, “che prescrive il dovere d'informazione a chi si trovi sottoposto a un procedimento penale: in particolare, l'autorità sarà tenuta a rendere l'interessato edotto del diritto ad avvalersi di un difensore, del diritto al silenzio, di quello a poter usufruire di un interprete – per il quale dovrà trovare esecuzione quanto previsto dalla direttiva 2010/64/UE – nonché, infine, della natura e dei motivi dell'accusa”.

vincolante²³³ e non corredato da puntuali disposizioni che prevedano la costante partecipazione del difensore dell'indagato alla fase di emissione e di esecuzione dell'OEI, collochi, ancora una volta, la difesa in una posizione di svantaggio rispetto alle autorità inquirenti. In particolare, il profilo maggiormente critico consiste nel mancato riconoscimento di un potere autonomo di iniziativa²³⁴, che si traduce nella necessità per il difensore di interloquire con l'autorità giudiziaria competente al fine di sollecitare l'emissione dell'OEI, secondo il modello della c.d. "canalizzazione" dell'istanza²³⁵. Ne discende lo svelamento in via anticipata della strategia difensiva, che inevitabilmente si fonda su materiale investigativo scarso e inadeguato, essendo preclusa al difensore la conoscenza degli elementi acquisiti a carico del suo assistito in una fase delle indagini così precoce²³⁶. Peraltro, la direttiva non dice alcunché in merito

²³³ In questi termini D. CIMADOMO, *Ordine europeo di indagine penale e garanzie della difesa*, in T. Bene - L. Luparia - L. Marafioti (a cura di), *Ordine europeo di indagine. Criticità e prospettive*, cit., p. 224.

²³⁴ Restano fuori dal raggio applicativo della direttiva OEI le investigazioni del difensore all'estero, già escluse dal campo di applicazione delle rogatorie nazionali. A questo proposito, si ritiene utile riportare le osservazioni svolte da F.M. GRIFANTINI, *Una questione aperta: le investigazioni difensive alla luce dell'ordine europeo di indagine penale*, in A.A.V.V., *Investigazioni e prove transnazionali, Atti del Convegno Nazionale dell'Associazione fra gli Studiosi del Processo Penale "G.D. Pisapia"*, cit., p. 301, il quale riconosce che "con l'attuale direttiva non è molto significativo il processo della difesa, che rischia invece di essere la vittima della semplificazione delle indagini. Probabilmente non è questa la sede per immaginare la possibilità del difensore di compiere atti di indagine all'estero. Solo l'autorità giudiziaria, che può chiedere al Paese straniero la rogatoria, sarà ora legittimata ad emettere l'OEI. E questo perché la cooperazione giudiziaria è rapporto tra autorità giudiziarie, cioè è un rapporto tra Stati". Sul tema delle investigazioni del difensore all'estero si tornerà successivamente, analizzando la soluzione adottata dal legislatore nazionale in sede di attuazione della direttiva. In questa sede, è sufficiente rilevare che il positivo riconoscimento delle indagini difensive *ultra fines* si scontra con l'orientamento granitico della giurisprudenza che le ritieni inammissibili. Sul punto, cfr. Cass., sez. I, 29 maggio 2007 (dep. 19 giugno 2007), n. 23967, Rv. 236594, secondo cui "sono inutilizzabili gli atti raccolti dal difensore attraverso investigazioni dallo stesso compiute all'estero, giacché, secondo i principi generali del codice di procedura penale, i risultati di attività di acquisizione probatoria svolta all'estero sono utilizzabili solo attraverso l'espletamento di rogatoria, cui non può fare ricorso il difensore." In dottrina v. E. SELVAGGI, *Noi e gli altri: appunti in tema di atti processuali all'estero*, in *Cass. pen.*, 2009, n. 5, p. 2035 ss.; C. ANGELONI, *L'inammissibilità delle investigazioni difensive all'estero: una ricostruzione plausibile?*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2008, n. 3, p. 1384 ss.; F. ALBANO, *Sui limiti territoriali delle indagini difensive: note a margine di una discutibile pronuncia*, in *Cass. pen.*, 2008, n. 12, p. 4708 ss.; D. CURTOTTI NAPPI, *I nuovi orizzonti investigativi del difensore: le informazioni assunte all'estero*, in *Giur. It.*, 2004, n. 8, p. 986 ss.

²³⁵ Così R. E. KOSTORIS, *Ordine di investigazione europeo e tutela dei diritti fondamentali*, cit., p. 1446.

²³⁶ Sul punto, v. T. BENE, *L'ordine europeo di indagine*, cit., p. 4., secondo la quale il deficit informativo "compromette fortemente la possibilità di coltivare efficacemente la propria strategia difensiva".

alle sorti della richiesta indirizzata all'autorità procedente, rinviando implicitamente alle scelte compiute in sede di recepimento da ciascuno Stato membro a livello nazionale²³⁷.

Lo scenario non è più confortevole sul versante esecutivo, atteso che la partecipazione del difensore all'attività probatoria svolta all'estero, sebbene non sia esplicitamente vietata, non è contemplata dalla direttiva²³⁸. Le ripercussioni negative di tale *deficit* partecipativo sono evidenti.

Anzitutto, l'assenza del difensore al momento della formazione della prova priva quest'ultimo della possibilità di esercitare un controllo sulle modalità di svolgimento dell'atto, minando l'effettività del diritto di impugnazione, enunciato dall'art. 47 della Carta di Nizza ed espressamente riconosciuto anche dalla direttiva OEI. Inoltre, il mancato coinvolgimento di tale soggetto porta con sé il concreto rischio di inutilizzabilità in processo del materiale acquisito all'estero, qualora la sua partecipazione sia considerata indispensabile secondo la *lex fori*. Tale pericolo può però essere evitato attivando il meccanismo di cui all'art. 9 § 2²³⁹, che autorizza l'autorità di emissione a indicare determinate formalità o procedure alle quali l'autorità di esecuzione si attiene, salvo che ravvisi un contrasto con i principi fondamentali dello Stato di appartenenza: nel ventaglio delle particolari formalità dovrebbe annoverarsi la richiesta, rivolta all'autorità straniera, di garantire la partecipazione del difensore al compimento dell'atto d'indagine.

Tuttavia, l'avanzamento di tale richiesta è pur sempre rimessa alla discrezionalità e all'accortezza dell'autorità emittente, con la conseguenza che anche tale possibile soluzione si rivela insufficiente al fine di predisporre una piena tutela dei diritti della difesa. In definitiva, l'esclusione dell'indagato e del suo difensore dall'accesso ai canali

²³⁷ Come si dirà in seguito, nell'ordinamento nazionale è prevalsa una prospettiva riduttiva, confluita nell'art. 31 d.lgs. n. 108/2017, che si pone a conferma della centralità dello schema della canalizzazione dell'iniziativa difensiva e impedisce alla difesa la contestazione del provvedimento di rigetto, pur motivato, adottato dall'autorità giudiziaria.

²³⁸ L'art. 9 § 4 prevede, infatti, che l'autorità di emissione possa chiedere che una o più autorità dello Stato di emissione partecipino all'esecuzione dell'OEI e che l'autorità di esecuzione soddisfi tale richiesta, purché tale partecipazione non sia in conflitto con i principi fondamentali del diritto dello Stato di esecuzione o non leda i suoi interessi essenziali riguardanti la sicurezza nazionale. In dottrina, si osserva che la lacuna non possa essere colmata mediante l'applicazione della disciplina relativa alle rogatorie concelebtrate di cui alla Convenzione del 1959, stante il carattere sostitutivo e non integrativo della direttiva OEI. Così S. RUGGERI, *Procedimento penale, diritto di difesa e garanzie partecipative nel diritto dell'Unione europea*, cit., p. 33.

²³⁹ V. R. BELFIORE, *Riflessioni a margine della direttiva sull'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 3295.

di comunicazione privilegiati, informali e riservati alle sole autorità giudiziarie²⁴⁰, e dalla fase di esecuzione²⁴¹ testimonia l'ottica minimalista²⁴² in cui si è inteso tutelare le garanzie difensive e partecipative, segnando così un punto a favore del mutuo riconoscimento²⁴³.

La consistenza del ruolo attribuito al difensore nel quadro della direttiva si riduce ulteriormente se si considera la mancata previsione del diritto alla *dual defence*, espressamente stabilito in relazione al mandato d'arresto europeo²⁴⁴, creando difficoltà di coordinamento, a livello pratico, dell'attività difensiva. In ogni caso, tale lacuna deve essere colmata per via esegetica, valorizzando la portata del *considerando* n. 15²⁴⁵, onde consentire il contestuale esercizio dei diritti difensivi²⁴⁶, sia nel territorio di emissione, sia in quello in cui è allocata la prova da acquisire.

²⁴⁰ Cfr. art. 16 della direttiva.

²⁴¹ È da notare che, nell'ambito della procedura di esecuzione, il difensore della persona sottoposta ad indagini non è consultato dall'autorità giudiziaria neppure quando questa ravvisi l'opportunità di ricorrere al compimento di un atto diverso da quello richiesto dall'autorità di emissione.

²⁴² L'espressione è di R. PICCIRILLO, *I profili funzionali e strutturali dell'ordine europeo di indagine penale*, in T. Bene - L. Luparia - L. Marafioti (a cura di), *L'ordine europeo di indagine. Criticità e prospettive*, cit., p. 60.

²⁴³ Cfr. E. LORENZETTO, *I diritti della difesa nelle dinamiche dell'ordine europeo di indagine penale*, in M. R. Marchetti - E. Selvaggi (a cura di), *La nuova cooperazione giudiziaria penale*, cit., p. 340, la quale rileva che, nel contesto della direttiva sovranazionale, "le prerogative della difesa esprimono non il fine, bensì il mezzo per rafforzare la fiducia tra gli Stati e favorire, per questa via, la circolazione delle prove".

²⁴⁴ In tal senso, v. art. 10 § 1 direttiva 2013/48/UE, ove si prevede che "gli Stati membri garantiscono che una persona ricercata abbia diritto di avvalersi di un difensore nello Stato membro di esecuzione al momento dell'arresto eseguito in conformità del mandato d'arresto europeo." In dottrina v. M. BARGIS, *Il diritto alla dual defence nel procedimento di esecuzione del mandato di arresto europeo: dalla direttiva 2013/48/UE alla direttiva 2016/1919/UE*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2016, n. 3, p. 42 ss.; G. CENTAMORE, *Il diritto al difensore nei procedimenti di esecuzione del mandato di arresto europeo nella direttiva 2013/48/UE: osservazioni generali e aspetti problematici*, cit., p. 1 ss.

²⁴⁵ "È opportuno attuare la presente direttiva tenendo conto delle direttive 2010/64/UE, 2012/13/UE e 2013/48/UE del Parlamento europeo e del Consiglio che riguardano i diritti procedurali nei procedimenti penali".

²⁴⁶ La soluzione prospettata in dottrina consistere nel ritenere che la persona sottoposta ad indagini, assistita dal proprio difensore nello Stato estero in cui si è instaurato il procedimento, sia da considerarsi sprovvista del difensore dinanzi all'autorità giudiziaria italiana, competente all'esecuzione della richiesta contenuta nell'OEI. In tal modo, ferma restando la possibilità di avvalersi di un difensore nominato di fiducia, sussisterebbero i presupposti per la designazione, in Italia, di un difensore d'ufficio, il quale dovrebbe poi coordinarsi con il collega straniero. Così E. LORENZETTO, *I diritti della difesa nelle dinamiche dell'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 352.

1.2. L'esclusione della persona offesa

Se sul terreno delle garanzie difensive dell'indagato la direttiva lascia alquanto insoddisfatti, non può dirsi diversamente in relazione alla persona offesa, di cui non vi è traccia nell'articolato normativo²⁴⁷.

L'omessa presa in considerazione della vittima del reato si pone in contrasto con la finalità della direttiva, più volte ricordata, di intensificare e agevolare la cooperazione tra gli Stati nella fase immediatamente successiva alla commissione del reato. In quest'ottica, il ruolo della persona offesa dovrebbe essere valorizzato, anziché trascurato, per consentirle di apportare nel procedimento il proprio contributo conoscitivo, che potrebbe rivelarsi utile ai fini dell'avvio o della prosecuzione delle indagini²⁴⁸. Tale "dimenticanza" stride, inoltre, con l'attenzione posta nei confronti di tale soggetto dalla recente produzione normativa europea²⁴⁹ sulla scia dell'art. 82 § 2 lett. c) TFUE²⁵⁰, attraverso la direttiva 2011/99/UE, relativa all'ordine di protezione europeo²⁵¹ e, soprattutto, la direttiva 2012/29/UE²⁵², appositamente dedicata ai diritti e alla protezione delle vittime di reati aventi dimensione transnazionale.

²⁴⁷ Sull'argomento v. M. CAGOSSI, *Un illustre assente: la vittima del reato nell'ordine europeo d'indagine penale*, in T. Bene - L. Luparia - L. Marafioti (a cura di), *L'ordine europeo di indagine. Criticità e prospettive*, cit., p. 119 ss.

²⁴⁸ Un riferimento invero compare nell'art. 10 § 2 lett. c), ove si riconduce agli atti da ritenersi sempre disponibili secondo il diritto dello Stato di esecuzione l'audizione, tra gli altri soggetti, della vittima, nonché negli artt. 17 e 18 in relazione alla responsabilità civile e penale dei funzionari statali.

²⁴⁹ Per una ricostruzione della disciplina posta a tutela della vittima a livello sovranazionale v. A. BALSAMO, *Il contenuto dei diritti fondamentali*, in R. E. Kostoris (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, cit., p. 186 ss.

²⁵⁰ Si prevede infatti che il Parlamento europeo e il Consiglio possano stabilire norme minime anche per la tutela dei diritti delle vittime della criminalità.

²⁵¹ V. Direttiva 2011/99/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 dicembre 2011 sull'ordine di protezione europeo, in *G.U.U.E.*, 21 dicembre 2011, L 338/2, recepita in Italia attraverso il d.lgs. 11 febbraio 2015, n. 9. Per un commento v. L. CAMALDO, *L'ordine di protezione europeo e la tutela delle vittime di reato oltre i confini nazionali*, in F. Ruggieri (a cura di), *Processo penale e regole europee: atti, diritti, soggetti e decisioni*, Vol. I, Torino, Giappichelli, 2017, p. 69 ss., nonché F. RUGGIERI, *Ordine di protezione europeo e legislazione italiana di attuazione: un'analisi e qualche perplessità*, in *Proc. pen. giust.*, 2015, n. 5, p. 99 ss.

In ragione dell'importanza riconosciuta a livello sovranazionale alla persona offesa, specialmente se vulnerabile²⁵³, si ritiene doveroso interpretare le disposizioni della direttiva OEI alla luce delle garanzie previste dalla direttiva del 2012²⁵⁴ – e dal diritto nazionale, qualora assicurati *standard* di tutela più elevati – specialmente per ciò che attiene al diritto di essere informata²⁵⁵ e di usufruire, ove ne sussistono i presupposti, di misure di protezione in sede di audizione testimoniale²⁵⁶.

2. La fase di emissione dell'OEI: forma, contenuto e modalità di trasmissione

La ricostruzione del profilo “attivo” non può prescindere dall'analisi della forma, del contenuto e delle modalità di trasmissione dell'OEI, cui sono dedicati gli artt. 5 e 7 della direttiva.

²⁵² V. Direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2012 che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI, in *G.U.U.E.*, 14 novembre 2012, L 315/57, attuata in Italia con d.lgs. 15 dicembre 2015, n. 212, che comporta significative modifiche al codice di procedura penale, ampliando i diritti di intervento e di informazione in capo alla persona offesa. In dottrina v. F. DEL VECCHIO, *La nuova fisionomia della vittima del reato dopo l'adeguamento dell'Italia alla direttiva 2012/29/UE*, in *Dir. pen. cont.*, 11 aprile 2016.

²⁵³ Cfr. art. 23 direttiva 2012/29/UE e art. 90 *quater* c.p.p., inserito dal d.lgs. 2015, n. 212, che indica in via esemplificativa gli elementi sintomatici della condizione di particolare vulnerabilità della vittima. Sul tema v. H. BELLUTA, *Eppur si muove: la tutela delle vittime particolarmente vulnerabili nel processo penale italiano*, in *Lo statuto europeo delle vittime di reato*, in L. Luparia (a cura di), *Lo statuto europeo delle vittime di reato*, Padova, Cedam, 2015, p. 257 ss.

²⁵⁴ Cfr. D. CIMADOMO, *Ordine europeo di indagine penale e garanzie della difesa*, cit., p. 224, ad avviso della quale “non vi dovrebbero essere ragioni per limitare la richiesta di un OEI al solo difensore dell'indagato/imputato in ragione del recente d.lgs. 15 dicembre 2012, n. 212 (...)”. In particolare, “tale conclusione appare basata sul dettato dell'art. 90 *bis* c.p.p., introdotto dallo stesso decreto legislativo, il quale ha cura di rimarcare il ruolo che assume [la persona offesa] nel corso delle indagini preliminari e le facoltà ed i diritti alla stessa persona offesa riconosciuti dalla legge, anche nel caso in cui risieda in uno Stato membro dell'Unione europea diverso da quello in cui è stato commesso il reato”.

²⁵⁵ Cfr. art. 6 della medesima direttiva. A tal proposito, v. M. CAGOSSI, *Un illustre assente*, cit., p. 125, la quale si interroga circa l'opportunità di informare la persona offesa del compimento di determinati atti di indagine (quali il trasferimento temporaneo di persone detenute) e di annoverare tale soggetto tra le persone legittimate all'impugnazione del provvedimento di emissione, riconoscimento o esecuzione di un OEI ai sensi dell'art. 14 direttiva 2014/41/UE.

²⁵⁶ Cfr. artt. 10, 17 lett. b) e 18 della direttiva “vittime”.

Si tratta, invero, di aspetti che, se a livello teorico non suscitano particolari questioni, nella prassi applicativa²⁵⁷ comportano, invece, diverse difficoltà, che saranno oggetto di approfondita trattazione²⁵⁸.

Per ciò che attiene, in particolare, alla forma dell'OEI, la richiesta confluisce all'interno del modulo standardizzato allegato alla direttiva (allegato "A"), destinato a circolare rapidamente da uno Stato membro all'altro. Tale modulo deve essere compilato e sottoscritto a cura dell'autorità emittente, la quale certifica la correttezza delle informazioni in esso indicate.

A livello contenutistico, se l'art. 5 § 1 della direttiva indica alcuni elementi che rispecchiano il contenuto minimo dell'OEI²⁵⁹, l'allegato "A" richiede ulteriori informazioni, la cui completezza si rivela indispensabile al fine di consentire all'autorità di esecuzione di dare tempestivamente seguito all'ordine pervenuto.

Anzitutto, deve essere sempre compilata la sezione "A", riservata all'individuazione dello Stato di emissione e dello Stato di esecuzione, destinatario dell'OEI. È poi necessario indicare i dati relativi all'autorità emittente (sezione "K") e, ove presente, a quella di convalida (sezione "I"), le informazioni concernenti la persona o le persone interessate, sia fisiche che giuridiche (sezione "E"), il tipo di procedimento per il quale è emesso l'ordine (sezione "F"), l'oggetto, ossia l'atto o gli atti di indagine da compiere e gli elementi di prova da acquisire, e i motivi che sorreggono l'emissione dell'OEI.

In relazione a questi ultimi, occorre fare riferimento alla sezione "G", che richiede una sintetica esposizione dei fatti per i quali si procede, accompagnata dalla descrizione della condotta penale che forma oggetto d'indagine, con l'indicazione delle norme di legge applicabili, precisando altresì se essa rientri in una delle trentadue fattispecie per le quali non opera il principio della doppia incriminazione.

²⁵⁷ Sul sito della Rete giudiziaria europea (www.ejn-crimjust.europa.eu), in data 30 gennaio 2020, sono state pubblicate le *Guidelines of filling the EIO form*, disponibili in diverse lingue, con l'obiettivo di fornire agli operatori orientamenti pratici per agevolare la compilazione e l'utilizzo efficiente dei moduli standardizzati. Tali linee guida sono state elaborate da gruppo di esperti istituito *ad hoc* dalla Commissione europea, composto da rappresentanti di Eurojust, della Rete giudiziaria europea e della Rete giudiziaria europea per la criminalità informatica.

²⁵⁸ V. *infra*, cap. IV.

²⁵⁹ Cfr. E. ZANETTI, *L'ordine europeo di indagine penale. La richiesta all'estero*, in F. Ruggieri (a cura di), *Processo penale e regole europee: atti, diritti, soggetti e decisioni*, cit., p. 49.

La sezione “D”²⁶⁰ è, invece, dedicata all’ipotesi di un OEI collegato con un altro precedente (c.d. OEI “integrativo”) che, ai sensi dell’art. 8 § 2 della direttiva, qualora l’autorità di emissione partecipi all’esecuzione dell’atto all’estero, può essere indirizzato direttamente all’autorità di esecuzione al momento della sua presenza *in loco*.

Per ciò che attiene al regime linguistico, si richiede che ciascuno Stato membro comunichi, mediante apposita notifica alla Commissione (art. 33 § 1 lett. b), la lingua o le lingue ufficiali delle istituzioni europee accettate²⁶¹, in aggiunta a quella dello Stato membro interessato, per completare o tradurre l’OEI quando tale Stato assume la veste di Stato di esecuzione (art. 5 § 2)²⁶². La traduzione giurata dell’euro-ordinanza nella lingua del Paese di destinazione spetta, infatti, all’autorità di emissione (art. 5 § 3).

Con riferimento alle modalità di trasmissione, la direttiva non prescrive alcuna particolare formalità, consentendo l’impiego di qualsiasi mezzo idoneo²⁶³ a conservare una traccia scritta idonea a verificarne l’autenticità (art. 7). In ossequio al principio del mutuo riconoscimento, si predilige l’utilizzo di un canale di comunicazione diretto tra le autorità giudiziarie, con conseguente attribuzione di un ruolo eventuale, e comunque residuale, all’autorità centrale, titolare di funzioni meramente assistenziali.

Inoltre, è espressamente riconosciuta la possibilità di ricorrere al sistema di telecomunicazione e dei punti di contatto della Rete giudiziaria europea, anche al fine di identificare l’autorità competente all’esecuzione. Risulta coerente con la finalità di speditezza e semplificazione la previsione secondo cui l’autorità destinataria di un OEI,

²⁶⁰ Stando alle linee guida sopra citate, si ritiene che sia questa la sezione più opportuna per indicare se per lo stesso caso sono stati inviati OEI paralleli a più autorità di esecuzione nello stesso Stato membro o a Stati membri diversi ovvero se sussiste un collegamento con un mandato d’arresto, un provvedimento di congelamento o confisca, una richiesta di assistenza giudiziaria o un’altra richiesta inviati per il medesimo caso.

²⁶¹ V. *considerando* n. 14 che, con riferimento al regime linguistico da impiegare, incoraggia gli Stati membri ad includervi almeno una lingua comunemente utilizzata nell’Unione, diversa dalla loro lingua o lingue ufficiali.

²⁶² Per ciò che concerne l’Italia, la *Circolare in tema di attuazione della direttiva 2014/41/UE relativa all’ordine europeo di indagine penale – Manuale operativo*, cit., p. 18, rende noto che il suggerimento proveniente dal *considerando* n. 14 “non è stato, al momento, recepito dal nostro Paese che, così come la Francia e la Germania, ha notificato ai sensi dell’art. 33 una dichiarazione che ammette esclusivamente l’uso della propria lingua nazionale”, precisando, tuttavia, che “il requisito connesso al regime linguistico ammesso, non corrispondendo a un tipizzato motivo di rifiuto, va interpretato con flessibilità.”

²⁶³ Cfr., sul punto, il *considerando* n. 13: “Ai fini della trasmissione dell’OEI all’autorità competente dello Stato di esecuzione, l’autorità di emissione può ricorrere a tutti i mezzi possibili o pertinenti, ad esempio il sistema di telecomunicazione protetto della Rete giudiziaria europea, Eurojust, Interpol o altri canali di cui si avvalgono le autorità giudiziarie o di contrasto”.

qualora si ritenga priva della competenza a riconoscerlo o ad eseguirlo, deve trasmetterlo d'ufficio a quella considerata competente, informandone al contempo l'autorità di emissione.

2.1. Le condizioni di emissione: i principi di equivalenza e proporzionalità

L'emissione di un ordine d'indagine è condizionata al soddisfacimento di un duplice requisito, delineato dall'art. 6 della direttiva²⁶⁴, che s'identifica nel rispetto dei principi di equivalenza²⁶⁵ e di proporzionalità²⁶⁶.

In ossequio al primo, si richiede che l'atto o gli atti d'indagine oggetto dell'OEI possano essere compiuti alle stesse condizioni in un caso interno analogo. Come sostenuto in dottrina, l'inserimento di tale presupposto è dettato dall'esigenza di evitare che la raccolta della prova all'estero si trasformi in un'occasione per aggirare i limiti contemplati dalla corrispondente normativa interna²⁶⁷.

²⁶⁴ V. anche il *considerando* n. 11, che suggerisce di optare per un OEI quando l'esecuzione di un atto di indagine appare proporzionata, adeguata e applicabile al caso in questione. In particolare, l'autorità di emissione dovrebbe accertare se le prove che intende acquisire siano necessarie e proporzionate ai fini del procedimento, se l'atto di indagine richiesto sia necessario e proporzionato in vista dell'acquisizione di tali prove e se sia opportuno emettere un OEI affinché un altro Stato membro possa parteciparvi. La stessa valutazione dovrebbe essere effettuata durante la procedura di convalida di un OEI, ove sia prescritta dalla presente direttiva.

²⁶⁵ Il principio di equivalenza è enunciato dall'art. 52 § 3 della Carta di Nizza, secondo cui ove la Carta “contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione”. Peraltro, tale equiparazione “non preclude che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa”, in ossequio al principio della massima tutela consacrato all'art. 53 della medesima Carta, il quale prescrive che “nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti, nel rispettivo ambito di applicazione, dal diritto dell'Unione, dal diritto internazionale, dalle convenzioni internazionali delle quali l'Unione o tutti gli Stati membri sono parti, in particolare dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, e dalle costituzioni degli Stati membri”. Sul tema v. R. E. KOSTORIS, *La tutela dei diritti fondamentali*, in ID. (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, cit., p. 90 ss.

²⁶⁶ Cfr. L. CAMALDO - F. CERQUA, *La direttiva sull'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 3516.

²⁶⁷ In questi termini M. DANIELE, *Ricerca e formazione della prova*, in R. E. Kostoris (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, cit., p. 469.

In secondo luogo, si prevede che l'attivazione dell'OEI sia consentita soltanto se necessaria e proporzionata ai fini del procedimento pendente nello Stato di emissione, tenuto conto dei diritti della persona indagata o imputata²⁶⁸.

L'espressa previsione del controllo di proporzionalità²⁶⁹ – resasi necessaria, come anticipato, in risposta alle esperienze negative maturate nella prassi applicativa del m.a.e.²⁷⁰ – mira a impedire l'utilizzo dello strumento di cooperazione giudiziaria quando non appaia giustificato dall'entità e dalla rilevanza dei fatti oggetto del procedimento²⁷¹.

In altri termini, s'intende scongiurare il rischio che la scelta di emettere un OEI sia frutto di un bilanciamento irragionevole tra le esigenze investigative o probatorie e la tutela dei diritti delle persone coinvolte nel processo²⁷², a detrimento di questi ultimi²⁷³.

²⁶⁸ Cfr. *considerando* n. 12: “Quando emette un OEI, l'autorità di emissione dovrebbe prestare particolare attenzione al pieno rispetto dei diritti stabiliti nell'art. 48 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (la Carta). La presunzione di innocenza e i diritti della difesa nei procedimenti penali sono i capisaldi dei diritti fondamentali riconosciuti nella Carta nel settore della giustizia penale. Ogni limitazione di tali diritti mediante un atto di indagine richiesto conformemente alla presente direttiva dovrebbe rispettare pienamente i requisiti stabiliti nell'art. 52 della Carta quanto alla necessità, agli obiettivi di interesse generale da perseguire, nonché all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui”.

²⁶⁹ V. M. CAIANIELLO, *Il principio di proporzionalità nel procedimento penale*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2014, n. 3/4, p. 143 ss.

²⁷⁰ A tal riguardo cfr. la Risoluzione del Parlamento europeo del 27 febbraio 2014, recante *raccomandazioni alla Commissione sul riesame del mandato d'arresto europeo*, in cui si sollevano preoccupazioni nei confronti “[del]l'uso sproporzionato del mandato d'arresto europeo per reati minori o in circostanze in cui potrebbero essere utilizzate alternative meno invasive, il che porta ad arresti ingiustificati e a inutili attese, ingiustificate e spesso eccessive, in custodia cautelare, e pertanto a un'ingerenza sproporzionata con i diritti fondamentali dei sospetti e degli imputati e a oneri per le risorse degli Stati membri”. In dottrina, v. R. BELFIORE, *Riflessioni a margine della direttiva sull'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 3293, la quale rileva che “con il proliferare, in certi Stati membri, dell'emissione di mandati d'arresto europei per reati minori, è ormai da tempo avvertita l'esigenza di limitare l'uso dello strumento di mutuo riconoscimento ai soli casi in cui risulti proporzionato al reato per cui si procede”.

²⁷¹ Cfr. M. CAIANIELLO, *La nuova direttiva UE sull'ordine europeo di indagine penale tra mutuo riconoscimento e ammissione reciproca delle prove*, cit., pp. 5-6, il quale osserva che la direttiva OEI recepisce il principio in esame in un'accezione che “va ben oltre il mero raffronto del rapporto tra mezzi e fini”, ossia diversa da quella ricavabile dall'art. 5 TUE.

²⁷² V. DE AMICIS, *Dalle rogatorie all'ordine europeo di indagine: verso un nuovo diritto della cooperazione giudiziaria penale*, in *Cass. pen.*, 2018, n. 1, p. 32.

²⁷³ Con riferimento agli impieghi giudiziari del vaglio di proporzionalità e ai suoi rapporti con i diritti fondamentali, v. G. PINO, *Diritti fondamentali e principio di proporzionalità*, in *Ragion pratica*, 2014, n. 2, p. 541 ss., il quale sostiene che “tra diritti fondamentali e ricorso al *test* di proporzionalità possono ben esserci tensioni, ma non si dà un'antinomia; al contrario: è proprio la fenomenologia dei diritti fondamentali negli Stati costituzionali contemporanei a rendere inevitabile il ricorso al *test* di proporzionalità e a tecniche argomentative ponderative”.

È dunque il principio di proporzionalità il perno attorno al quale ruota l'attività di ricerca e acquisizione della prova all'estero²⁷⁴.

Efficacemente definito dalla dottrina ricorrendo alla metafora della “bussola”²⁷⁵ e della “stella polare”²⁷⁶, il vaglio di proporzionalità si snoda attraverso un triplice momento²⁷⁷: quello dell'idoneità, preordinato alla valutazione dell'astratta capacità del mezzo prescelto di conseguire l'obiettivo prefissato, meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico²⁷⁸; quello della necessità²⁷⁹, che impone di indagare l'eventuale sussistenza di strumenti alternativi, parimenti idonei al raggiungimento del risultato, ma meno pregiudizievoli per i diritti fondamentali; infine, il momento cruciale della

²⁷⁴ Sui rapporti tra principio di proporzionalità e ordine europeo d'indagine penale v. M. DANIELE, *La metamorfosi del diritto delle prove nella direttiva sull'ordine europeo di indagine penale*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2015, n. 4, p. 86 ss.; V. R. E. KOSTORIS, *Ordine di investigazione europeo e tutela dei diritti fondamentali*, cit., p. 1437 ss.; 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, n. 1, p. 1 ss.; C. E. GATTO, *Il principio di proporzionalità nell'ordine europeo di indagine penale*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2019, n. 2, p. 69 ss.

²⁷⁵ V. M. DANIELE, *I chiaroscuri dell'OEI e la bussola della proporzionalità*, in M. Daniele - R. E. Kostoris (a cura di), *L'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 55 ss., secondo cui “la proporzionalità si propone di guidar[n]e lo svolgimento [del bilanciamento giurisprudenziale tra valori contrapposti], mirando a mettere al riparo da qualsiasi interferenza da parte dei pubblici poteri, perlomeno, il nucleo intangibile di ciascun diritto”.

²⁷⁶ Cfr. DE AMICIS, *Dalle rogatorie all'ordine europeo di indagine*, cit., p. 29.

²⁷⁷ Si tratta di un “giudizio progressivo a tre tappe, ognuna delle quali presuppone positivamente risolto il giudizio della tappa precedente”. Così R. E. KOSTORIS, *L'OEI nella dissolvenza tra regole e principi*, in M. Daniele - R. E. Kostoris (a cura di), *L'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 14. Il contenuto di ciascun momento che compone il giudizio sulla proporzionalità è dettagliatamente illustrato da M. DANIELE, *I chiaroscuri dell'OEI e la bussola della proporzionalità*, cit., p. 58 ss. Più in generale, nell'ambito del diritto pubblico e amministrativo italiano, culla della proporzionalità, la prima applicazione pratica di tale principio – in forza del quale la Pubblica Amministrazione deve adottare la soluzione maggiormente idonea a soddisfare l'interesse pubblico prevalente che al contempo implichi il minor sacrificio possibile per gli altri interessi compresenti – che ha gettato le basi per la formulazione della c.d. “teoria dei gradini”, viene fatta risalire al caso S.E.A. Aeroporti di Milano (Cons. Stato, sez. IV, 1 aprile 2000, n. 1885). In dottrina, v. A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, Cedam, 1998, p. 107 ss.

²⁷⁸ V. art. 52 § 1 della Carta, nella parte in cui consente che siano apportate limitazioni che “rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui”.

²⁷⁹ Ancora, l'art. 52 § 1 prevede che le suddette limitazioni debbano essere “necessarie”, riferendosi al rapporto di equità che deve sussistere tra il mezzo adottato e lo scopo perseguito. Come anticipato, il requisito della necessità figura espressamente anche tra le condizioni di emissione dell'OEI, quale componente insita nella proporzionalità.

proporzionalità in senso stretto, che si estrinseca nel bilanciamento dei diversi valori in gioco, da condursi secondo un processo razionale e argomentato²⁸⁰.

In relazione a quest'ultimo passaggio di sintesi degli interessi contrapposti, calato nella realtà dell'ordine d'indagine, occorre domandarsi se i vantaggi derivanti dall'impiego della misura investigativa richiesta sacrificino in misura eccessiva i diritti fondamentali coinvolti. In risposta a tale quesito, può affermarsi che il principio di proporzionalità sia da ritenersi rispettato soltanto se le limitazioni imposte ai diritti dalla necessità di realizzare il fine avuto di mira non attingano al loro contenuto essenziale²⁸¹, conformemente a quanto stabilito dall'art. 52 § 1 della Carta di Nizza.

Nell'ambito dell'OEI, il vaglio di proporzionalità opera su un doppio livello, essendo affidato non solo all'autorità di emissione, ma anche all'autorità di esecuzione.

Quest'ultima dispone della facoltà di consultare l'autorità emittente, nel caso in cui nutra dubbi in ordine al rispetto del canone di proporzionalità, per verificare se siano percorribili soluzioni alternative. Il mancato raggiungimento di un accordo sul punto può condurre l'autorità di emissione a modificare la richiesta originaria, in modo da rimediare al difetto di proporzionalità ravvisato dall'autorità esecutiva ovvero a ritirare l'OEI. Dalla previsione dello *ius poenitendi* si desume pertanto che, sebbene la direttiva non annoveri espressamente la violazione della proporzione tra i motivi di rifiuto, è tuttavia possibile, in deroga al mutuo riconoscimento²⁸², un diniego tacito da parte

²⁸⁰ Cfr. R. E. KOSTORIS, *Ordine di investigazione europeo e tutela dei diritti fondamentali*, cit., p. 1449.

²⁸¹ Sul punto, v. G. PINO, *Diritti fondamentali e principio di proporzionalità*, cit., p. 551, il quale, definendo il contenuto essenziale di un diritto come “quella sfera del diritto eliminata la quale il diritto diventa irriconoscibile, vuoto”, osserva che “anche l'idea del nucleo essenziale non è a sua volta del tutto immune dalla problematica del bilanciamento. In primo luogo, perché la stessa individuazione del nucleo essenziale può essere considerata, a sua volta, come il frutto di un bilanciamento. In secondo luogo, perché i contorni del nucleo essenziale possono anche cambiare in base alle circostanze, e questo è nuovamente un giudizio di bilanciamento. In terzo luogo, perché non è da escludersi la possibilità di un conflitto tra i nuclei essenziali stessi di due diritti fondamentali: e allora si dovrà riprendere a bilanciare i due diritti «ad armi pari», nella consapevolezza che uno di essi ne risulterà irrimediabilmente sacrificato. Ma ciò non toglie che in molti casi il nucleo essenziale del diritto godrà di una prevalenza stabile su altri diritti e interessi”.

²⁸² V. M. CAIANIELLO, *La nuova direttiva UE sull'ordine europeo di indagine penale tra mutuo riconoscimento e ammissione reciproca delle prove*, cit., p. 6, il quale ritiene che la frammentazione del medesimo controllo di proporzionalità in capo a entrambe le autorità costituisca una deroga al mutuo riconoscimento, proprio perché si consente all'autorità di esecuzione un'interlocuzione attiva sul punto. Nello stesso senso, L. MARAFIOTI, *Orizzonti investigativi europei, assistenza giudiziaria e mutuo riconoscimento*, cit., p. 23, secondo cui “il perdurante margine di apprezzamento – frazionato tra le autorità di emissione ed esecuzione – circa la necessità e la proporzionalità dell'emissione dell'ordine

dell'autorità di esecuzione, che induca l'autorità di emissione a desistere dalla propria iniziativa²⁸³, in una sorta di autotutela²⁸⁴. Inoltre, l'attribuzione all'autorità di esecuzione del potere di condurre in via autonoma il *test* di proporzionalità risulta strettamente correlata alla possibilità di compiere, a seguito dell'attivazione delle consultazioni, un atto diverso da quello richiesto (su cui si tornerà successivamente), comunque idoneo a perseguire il medesimo scopo e, allo stesso tempo, meno invasivo dei diritti individuali.

L'estensione del controllo di proporzionalità alla fase esecutiva, confermata dall'art. 10 § 3 della direttiva, oltre a rappresentare una novità in materia²⁸⁵, deve essere accolta con favore²⁸⁶, poiché sollecita un dialogo diretto tra le autorità coinvolte²⁸⁷, con l'obiettivo di approdare ad una soluzione condivisa, che implichi il minor sacrificio possibile dei diritti fondamentali.

investigativo” si risolve in un ostacolo “in grado di interrompere l'automatismo imposto dal principio del mutuo riconoscimento tra la ricezione dell'ordine ed il compimento dell'atto investigativo”.

²⁸³ Così R. DEL COCO, *Circolazione della prova e poteri sanzionatori del giudice*, in T. Bene - L. Luparia - L. Marafioti (a cura di), *L'ordine europeo di indagine. Criticità e prospettive*, cit., p. 174.

²⁸⁴ In questi termini M. CAIANIELLO, *L'OEI dalla direttiva al decreto n. 108 del 2017*, in M. Daniele - R. E. Kostoris (a cura di), *L'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 45, il quale ritiene che “contrariamente a quanto indicato nella relazione del Ministro della giustizia, si può legittimamente dubitare che la violazione della proporzionalità non sia destinata a tramutarsi in motivo di rifiuto dell'OEI”. Nello stesso senso, A. MANGIARACINA, *A New and Controversial Scenario*, cit., p. 127. Diversamente, la *Circolare in tema di attuazione della direttiva 2014/41/UE relativa all'ordine europeo di indagine penale – Manuale operativo*, cit., p. 26 nella parte in cui, a proposito del *deficit* di proporzionalità, si afferma che “in caso di esito negativo dell'interlocuzione, non è però prevista la possibilità del rifiuto che l'art. 9, comma 3[d.lgs. n. 108/2017] riserva al solo caso nel quale l'impraticabilità di mezzi alternativi investano l'indisponibilità del mezzo richiesto nell'ordinamento interno o il difetto dei presupposti dallo stesso previsti”, precisando altresì che “naturalmente, laddove il principio di proporzione costituisca il sostrato sostanziale di una formalizzata condizione di ammissibilità dell'atto investigativo o probatorio (si pensi alla selezione dei *serious crimes* per i quali l'art. 266 cod. proc. ammette il ricorso alle intercettazioni), sarà il difetto di detto presupposto a rilevare quale motivo anche autosufficiente di rifiuto”.

²⁸⁵ V. *supra*, cap. I § 3. L'art. 6 della decisione quadro sul mandato di ricerca della prova prevedeva, al contrario, che la valutazione circa la sussistenza delle condizioni di emissione spettasse esclusivamente all'autorità di emissione, e non anche a quella di esecuzione.

²⁸⁶ Di diversa opinione si mostra R. BELFIORE, *Riflessioni a margine della direttiva sull'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 3294, la quale nutre “dubbi circa la concreta possibilità, per un'autorità estranea al procedimento e all'ordinamento giuridico in cui quel procedimento viene celebrato, di verificare il mancato rispetto di una delle due condizioni di emissione”, sostenendo che “questa disposizione sembra introdurre un vaglio potenzialmente in grado di determinare un autonomo motivo di rifiuto, che risulta incompatibile con lo spirito di assistenza giudiziaria improntato al mutuo riconoscimento”.

²⁸⁷ Tale aspetto è valorizzato da A. MANGIARACINA, *L'esecuzione dell'OEI e i margini nazionali di rifiuto*, in M. Daniele - R. E. Kostoris (a cura di), *L'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 120.

2.2. La scorciatoia della proporzionalità: verso la strada dell'armonizzazione "in concreto"?

Alla luce delle considerazioni sin qui svolte, pare legittimo affermare che lo strumento della proporzionalità possa divenire la scorciatoia che, se percorsa con cautela, conduce alla strada dell'armonizzazione in concreto²⁸⁸ delle regole probatorie nazionali.

In assenza dell'unificazione normativa operata in astratto dal legislatore, l'accorciamento delle distanze che separano i diversi ordinamenti è demandato, in prima battuta, alle autorità giudiziarie coinvolte nella procedura di emissione ed esecuzione dell'ordine d'indagine. Animate dal *favor cooperationis*, è infatti nel loro interesse trovare una soluzione comune da applicare al caso specifico, che consenta di realizzare l'obiettivo perseguito attraverso la richiesta contenuta nell'OEI. In vista di tale finalità, la direttiva mette a disposizione delle autorità giudiziarie alcuni preziosi strumenti, di seguito approfonditi²⁸⁹, tra cui il contemperamento tra *lex loci* e *lex fori* e la possibilità di avvalersi di un atto diverso da quello richiesto. Si tratta di strumenti che invitano le autorità a soppesare gli interessi in gioco, servendosi del canone della proporzionalità che funge, in tal modo, da fattore omologante delle diverse normative²⁹⁰.

Tuttavia, un uso improprio del criterio della proporzionalità implica il rischio di una diminuzione della tutela dei diritti fondamentali da parte dell'autorità emittente la quale, pur di soddisfare le proprie esigenze connesse all'accertamento del fatto, potrebbe cedere alle pretese sollevate dall'autorità di esecuzione²⁹¹.

Invero, occorre ammettere che un siffatto rischio è insito in ogni operazione che postula un bilanciamento tra valori parimenti meritevoli di protezione ed è proprio il corretto utilizzo della proporzionalità che dovrebbe impedire irragionevoli

²⁸⁸ V. P. SPAGNOLO, *La nuova cooperazione giudiziaria penale: mutuo riconoscimento e tutela dei diritti fondamentali*, cit., p. 1297.

²⁸⁹ Cfr. cap. II § 3.1 e 3.2.

²⁹⁰ A tal riguardo v. M. CAIANIELLO, *L'OEI dalla direttiva al decreto n. 108 del 2017*, cit., p. 47.

²⁹¹ È anche vero che il bilanciamento potrebbe sfociare, all'opposto, in un'eccessiva protezione dei diritti a scapito delle esigenze investigative, ma ciò è accaduto di rado nella prassi. V. M. DANIELE, *La metamorfosi del diritto delle prove nella direttiva sull'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 91.

sperequazioni²⁹², imponendo all'autorità un onere motivazionale stringente e rigoroso a supporto delle scelte effettuate.²⁹³

Nello specifico contesto dell'OEI, il *test* di proporzionalità è reso inevitabile dalla peculiare struttura che presentano le norme della direttiva, costruite sulla base di principi²⁹⁴, anziché di regole fisse, a contenuto rigido e predeterminato dal legislatore, secondo le modalità proprie della tradizione codicistica.

La particolare conformazione delle norme “per principi” è la diretta conseguenza della rinuncia del legislatore europeo a percorrere la via, ritenuta ancora troppo tortuosa, dell'armonizzazione in astratto²⁹⁵. A tal proposito, si è evidenziato²⁹⁶ il mutamento di paradigma derivante dalla trasformazione delle prescrizioni probatorie, da “regole” chiuse a “principi” aventi struttura aperta, il cui contenuto si colora e cambia forma sulla base delle caratteristiche della singola vicenda concreta. L'effetto che discende dalla peculiare fisionomia assunta dalle disposizioni della direttiva consiste, pertanto,

²⁹² Di diverso avviso G. BARROCU, *La cooperazione investigativa in ambito europeo*, Milano, Wolters Kluwer Cedam, 2017, p. 277, il quale paventa il rischio che il principio di proporzionalità, avendo “due facce”, sia brandito “come una spada” nelle mani della Corte di giustizia.

²⁹³ A tal riguardo v. C. cost., 9 aprile 2013, n. 85, in *G.U.*, 15 aprile 2013, n. 20, ove si afferma che “la Costituzione italiana, come le altre Costituzioni democratiche e pluraliste contemporanee, richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi. La qualificazione come “primari” dei valori dell'ambiente e della salute significa pertanto che gli stessi non possono essere sacrificati ad altri interessi, ancorché costituzionalmente tutelati, non già che gli stessi siano posti alla sommità di un ordine gerarchico assoluto. Il punto di equilibrio, proprio perché dinamico e non prefissato in anticipo, deve essere valutato – dal legislatore nella statuizione delle norme e dal giudice delle leggi in sede di controllo – secondo criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, tali da non consentire un sacrificio del loro nucleo essenziale”.

²⁹⁴ La stretta implicazione logica sussistente tra proporzionalità e principi è rimarcata da G. PINO, *Diritti fondamentali e principio di proporzionalità*, cit., p. 544 e ss., il quale rileva altresì che “la presenza di molteplici principi nel testo costituzionale [...] rende inevitabile il ricorso a qualche forma di bilanciamento e di limitazione reciproca fra principi e diritti”, atteso che “le norme costituzionali che fondano i diritti fondamentali hanno solitamente la struttura di principi (norme caratterizzate da un elevato livello di genericità e indeterminatezza, sia nella loro fattispecie sia nelle loro conseguenze giuridiche), e non di regole (norme caratterizzate da un certo livello di precisione e determinatezza, sia nella loro fattispecie sia nelle loro conseguenze giuridiche)”.

²⁹⁵ Come rilevato da M. DANIELE, *L'impatto dell'ordine europeo di indagine penale sulle regole probatorie nazionali*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2016, n. 3, p. 64, all'interno della direttiva “si rinvencono, piuttosto, norme processuali in bianco, che rinviano a seconda dei casi alla *lex fori* o alla *lex loci*, o forme solo embrionali di armonizzazione.”

²⁹⁶ V., in particolare, M. DANIELE, *La metamorfosi del diritto delle prove nella direttiva sull'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 86 ss.; ID., *L'impatto dell'ordine europeo di indagine penale sulle regole probatorie nazionali*, cit., p. 63 ss.; R. E. KOSTORIS, *Ordine di indagine europeo e tutela dei diritti fondamentali*, cit., p. 1437 ss.;

nell'affidare l'individuazione del loro contenuto alla discrezionalità giudiziale, secondo un approccio *case by case*²⁹⁷.

Il riconoscimento, ad opera della direttiva, del ruolo centrale di cui è investita la giurisprudenza, chiamata a risolvere i singoli casi effettuando dosaggi tra principi, porta con sé due conseguenze, l'una da guardare con ottimismo, l'altra, invece, da confinare.

Partendo dall'aspetto positivo, l'accento deve porsi sulla flessibilità che connota il giudizio di proporzionalità, in contrapposizione alla rigidità propria del sistema di regole fisse, che consente di calibrare le decisioni in relazione alle specificità della situazione concreta. In questo senso, si è affermato che "l'OEI è uno strumento tipicamente europeo e tipicamente postmoderno perché, aprendosi a un diritto costruito per principi, si affida ampiamente all'elaborazione creativa, ai bilanciamenti tra valori coinvolti in relazione alle esigenze del caso concreto"²⁹⁸.

Contrariamente, il volto negativo derivante dall'inabissamento delle regole a favore dell'emersione in superficie dei principi è evidentemente rappresentato dal pericolo che l'attività discrezionale di adattamento del principio alla fattispecie concreta degeneri in arbitri applicativi²⁹⁹, in sfregio al principio di legalità di cui all'art. 7 CEDU, nella sua duplice componente di conoscibilità del precetto e prevedibilità delle conseguenze sanzionatorie³⁰⁰.

²⁹⁷ In questi termini M. DANIELE, *I chiaroscuri dell'OEI e la bussola della proporzionalità*, cit., p. 61. In senso contrario, G. BARROCU, *La cooperazione investigativa in ambito europeo*, cit., p. 232, il quale nutre perplessità nei confronti dell'approccio casistico, "perché manca la possibilità di affidarsi pienamente alle regole in un sistema che già sotto il profilo del controllo dell'utilizzabilità degli atti è carente, per evidenti difficoltà di conciliare sistemi processuali così diversi".

²⁹⁸ Cfr. R. E. KOSTORIS, *L'OEI nella dissolvenza tra regole e principi*, cit., p. 3.

²⁹⁹ Sul punto, si riportano le osservazioni critiche di R. BELFIORE, *Riflessioni a margine della direttiva sull'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 3294: "Se è certamente opportuno arginare l'indesiderabile proliferare di ordini di indagine europei rispetto a procedimenti per reati minori, non è forse altrettanto opportuno percorrere la via che apre a una così ampia discrezionalità in capo all'autorità di esecuzione, per di più su valutazioni che è giusto competano alla sola autorità di emissione", sostenendo altresì che "piuttosto, sarebbe auspicabile determinare dei criteri condivisi in base ai quali richiedere alle autorità di emissione di tutti gli Stati membri di verificare la proporzionalità dell'atto di indagine rispetto al reato per cui si procede". Sotto quest'ultimo aspetto, si replica che "l'adozione di criteri standardizzati sarebbe contraria all'essenza stessa del principio, il quale presuppone valutazioni del giudice modulate sulle peculiarità che presenta ogni specifica situazione". Così R. E. KOSTORIS, *L'OEI nella dissolvenza tra regole e principi*, cit., p. 6.

³⁰⁰ Cfr., in particolare, Corte EDU, Grande Camera, 21 ottobre 2013, *Del Rio Prada c. Spagna*, in *Dir. pen. cont.*, 30 ottobre 2013; Corte EDU, Sez. IV, 14 aprile 2015, *Contrada c. Italia*, in *Dir. pen. cont.*, 4 maggio 2015; Corte EDU, Sez. II, 31 dicembre 2019, *Parmak e Bakir c. Turchia*, in *Sist. pen.*, 19 febbraio 2020.

Parte della dottrina individua il rimedio a un siffatto rischio nella spia motivazionale che sorregge il risultato complessivo del giudizio di proporzionalità³⁰¹, articolato nei tre passaggi sopra descritti. Soltanto una motivazione solida ed esaustiva, che consenta un controllo effettivo sulla ragionevolezza delle preferenze espresse dal giudice in sede di bilanciamento, può infatti legittimare la compressione dei diritti fondamentali, senza intaccarne il loro nucleo essenziale, a salvaguardia dei valori del primato, dell'unità e dell'effettività del diritto dell'Unione³⁰². Inoltre, un apparato motivazionale che dia puntualmente conto dei criteri utilizzati dall'organo giudicante si presta a divenire uno strumento in grado di assicurare la prevedibilità dell'esito di un eventuale bilanciamento futuro, operato in relazione a casi analoghi³⁰³.

È peraltro evidente che il sentiero virtuoso del rimedio motivazionale dovrebbe essere battuto in primo luogo dalla Corte di giustizia dell'Unione europea che, sebbene non sia normativamente vincolata a uniformarsi ai propri precedenti, è pur sempre consapevole del valore orientativo che essi proiettano nei confronti dei giudizi nazionali³⁰⁴. A tal proposito, si è sostenuto che “il rischio di possibili anarchie interpretative potrebbe essere evitato se la Corte di giustizia finirà per tipizzare almeno nei loro profili di fondo certi modelli di bilanciamento, identificando parametri di giudizio sufficientemente uniformi, a cui potranno attingere le Corti di vertice nazionali e, a seguire, i giudici interni”³⁰⁵. Per effetto dell'uniforme osservanza delle decisioni dei giudici sovranazionali, l'avvicinamento “in concreto” delle regole probatorie nazionali

³⁰¹ V. R. E. KOSTORIS, *L'OEI nella dissolvenza tra regole e principi*, cit., p. 5, ove sottolinea che il principio di proporzionalità è volto, del resto, “a restringere gli spazi di discrezionalità giudiziale, non certo ad ampliarli”, in quanto “richiede che il giudice fornisca una motivazione rigorosa e razionale delle scelte effettuate in relazione a ognuno dei tre vagli a cui è chiamato”.

³⁰² V. M. DANIELE, *La metamorfosi del diritto delle prove nella direttiva sull'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 99.

³⁰³ Cfr. M. DANIELE, *I chiaroscuri dell'OEI e la bussola della proporzionalità*, cit., p. 62.

³⁰⁴ In relazione agli effetti prodotti dalle pronunce interpretative della Corte di giustizia, v. L. TRIA, *L'interpretazione delle pronunce della Corte di giustizia UE e della Corte EDU*, in *Quest. giust.*, 11 ottobre 2019; V. MANES, *Dalla “fattispecie” al “precedente”: appunti di “deontologia ermeneutica”*, in *Dir. pen. cont.*, 17 gennaio 2018, p. 25 ss.; C. ERMANN, *Il valore di precedente delle sentenze della Corte di giustizia*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2009, vol. I, p. 4 ss. In giurisprudenza, v. C. cost., 21 giugno 2010, n. 227, in www.cortecostituzionale.it, in tema di mandato d'arresto europeo, nella parte in cui si afferma che “le sentenze della Corte di giustizia vincolano il giudice nazionale all'interpretazione da essa fornita, sia in sede di rinvio pregiudiziale, che in sede di procedura d'infrazione”.

³⁰⁵ Cfr. R. E. KOSTORIS, *Ordine di investigazione europea e tutela dei diritti fondamentali*, cit., p. 1451.

non si collocherebbe agli antipodi della legalità, nell'accezione declinata dalla Corte di Strasburgo³⁰⁶.

Nondimeno, riporre fiducia nell'operato della Corte di giustizia implica pur sempre prendere atto della sua natura di Corte d'integrazione europea, che la spinge ad agire secondo una logica utilitaristica, in vista, cioè, della realizzazione degli obiettivi comunitari, ritenuti prioritari, più che della tutela delle posizioni giuridiche in quanto tali, a differenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, nata funzionalmente come Corte dei diritti umani³⁰⁷.

Certo è che il dato di partenza non è dei più incoraggianti: se con riferimento al mandato d'arresto europeo sono state numerose le dimostrazioni della predilezione dell'efficienza rispetto alle garanzie³⁰⁸, un'inversione di rotta non è stata purtroppo intrapresa neppure con la prima pronuncia resa sul tema dell'OEI: ancora una volta, l'ago della bilancia pende dal lato dell'efficacia della cooperazione³⁰⁹.

³⁰⁶ V. *supra*, nota n. 300.

³⁰⁷ Cfr. R. E. KOSTORIS, *La tutela dei diritti fondamentali*, cit., p. 83 ss.

³⁰⁸ Il riferimento va, ancora una volta, al caso Melloni, in cui la Corte di giustizia ha interpretato in senso restrittivo il principio della prevalenza dello *standard* di tutela più elevato, enunciato all'art. 53 della Carta, sostenendo che esso non autorizza a far prevalere in modo generalizzato le maggiori garanzie previste dalle Costituzioni nazionali quando ciò comprometterebbe l'effettività del diritto dell'Unione e, nel caso di specie, l'efficacia dello strumento del mutuo riconoscimento e la fiducia reciproca su cui esso si fonda. Al di fuori dell'ambito della cooperazione giudiziaria, ancor più tangibile è la tendenza della Corte ad accordare la priorità al primato del diritto dell'Unione nel caso "Taricco" (C. giust., 8 settembre 2015, *Taricco*, C.105/14), dove la Corte aveva in origine ritenuto che il giudice italiano avrebbe dovuto disapplicare la normativa nazionale in materia di prescrizione "in quanto idonea a pregiudicare gli obblighi imposti agli Stati membri dall'art. 325, § 1 e 2, TFUE", impedendo l'applicazione di sanzioni penali "sufficientemente effettive e dissuasive in un numero considerevole di casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea". Tra i numerosi contributi in dottrina, v. F. VIGANÒ, *Il caso Taricco davanti alla Corte costituzionale: qualche riflessione sul merito delle questioni, e sulla reale posta in gioco*, in *Dir. pen. cont.*, 9 maggio 2016; D. PULITANÒ, *La posta in gioco nella decisione della Corte costituzionale sulla sentenza Taricco*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2016, n. 1, p. 228 ss.; L. PICOTTI, *Riflessioni sul caso Taricco. Dalla "virtuosa indignazione" al rilancio del diritto penale europeo*, in *Dir. pen. cont.*, 24 ottobre 2016; S. MARCOLINI – MILITELLO E. – F. RUGGERI, *Il caso Taricco e l'affermazione del principio di legalità processuale*, in A. Bernardi - C. Cupelli (a cura di), *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, Napoli, Jovene, 2017, p. 223 ss. C. CUPELLI, *La corte costituzionale chiude il caso Taricco e apre a un diritto penale europeo 'certo'*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2018, n. 6, p. 227 ss.

³⁰⁹ Si tratta di C. giust., sez. I, 24 ottobre 2019, *Gavanzov*, C-324/17, in *G.U.U.E*, 23 dicembre 2019, per la cui analisi si rinvia al § 4.1 del presente capitolo.

3. Il riconoscimento e l'esecuzione dell'OEI: tempistiche, oneri informativi, trasferimento delle prove e rinvio

I tratti distintivi del mutuo riconoscimento sono ben visibili anche dal lato passivo della procedura³¹⁰, che si presenta scandita da tempistiche celeri³¹¹ e da una costante interlocuzione tra le autorità coinvolte, da cui è escluso il difensore dell'indagato.

Si prevede, anzitutto, che l'autorità di esecuzione destinataria di un OEI debba, senza ritardo e comunque entro sette giorni, compilare e inviare all'autorità di emissione il modulo di cui all'allegato "B", a conferma dell'avvenuta ricezione (art. 16). Tale modulo, oltre a indicare i dati identificativi dell'autorità emittente e di quella deputata all'esecuzione, riserva uno spazio alle ulteriori informazioni che possono essere utili ai fini del buon esito della procedura di cooperazione.

Potrebbe, dunque, essere questa la prima occasione per fare presente all'autorità di emissione l'incompletezza o la manifesta inesattezza del contenuto dell'allegato "A", invitandola a eseguire le opportune integrazioni o correzioni. In un momento successivo si collocherebbero, invece, gli oneri informativi stabiliti dall'art. 16 della direttiva, da assolvere con qualsiasi mezzo che consenta di conservarne una traccia scritta³¹².

Al di fuori di queste ipotesi, e sempreché non sussistano motivi di rifiuto (art. 11) o di rinvio (art. 15), si procede al riconoscimento e all'esecuzione dell'OEI, senza alcuna ulteriore formalità³¹³, secondo le medesime modalità che sarebbero osservate qualora l'atto di indagine fosse disposto da un'autorità dello Stato di esecuzione (art. 9 § 1).³¹⁴

³¹⁰ In questi termini L. CAMALDO, *La direttiva sull'ordine europeo di indagine penale (oei)*, cit., p. 1.

³¹¹ V. *considerando* n. 21: "È necessario stabilire limiti temporali per assicurare una rapida, efficace e coerente cooperazione in materia penale tra gli Stati membri. La decisione sul riconoscimento o sull'esecuzione, e l'effettiva esecuzione dell'atto di indagine, dovrebbero intervenire con la stessa celerità e priorità di un caso interno analogo. Dovrebbero essere stabiliti termini per assicurare che una decisione o l'esecuzione intervenga in tempi ragionevoli o che siano rispettati i vincoli procedurali dello Stato di emissione".

³¹² Si fa riferimento all'ipotesi in cui, durante l'esecuzione dell'OEI, l'autorità procedente ritenga opportuno compiere, senza ulteriori accertamenti, atti di indagine non previsti inizialmente o che non hanno potuto essere specificati all'atto dell'emissione dell'OEI, ovvero di non potersi attenere, nel caso specifico, alle formalità e procedure espressamente indicate dall'autorità di emissione. Diversamente, deve restituire l'OEI allo Stato di emissione, qualora si accorga che è stato emesso da un'autorità priva della qualifica richiesta dall'art. 2, lett. c).

³¹³ Come si avrà modo di osservare, l'autorità di esecuzione conserva "un certo margine di manovra, essendole consentito di fare ricorso a un atto di indagine diverso da quello richiesto, purché in grado di realizzare gli stessi risultati mediante mezzi meno intrusivi". Così R. BELFIORE, *Riflessioni a margine della direttiva sull'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 3291.

Anche le tempistiche per la decisione sul riconoscimento o sull'esecuzione sono caratterizzate dalla stessa celerità e priorità usate in un caso interno analogo (art. 12).

Nello specifico, l'autorità esecutiva si pronuncia il più rapidamente possibile e comunque entro trenta giorni dalla ricezione dell'OEI. Si tratta, in ogni caso, di termini dotati di valenza meramente ordinatoria, che possono essere ridotti a fronte di un'esplicita richiesta dell'autorità emittente, giustificata dalla previsione di scadenze procedurali stringenti, dalla gravità del reato per cui si procede o da altre circostanze particolarmente urgenti.

Qualora, tuttavia, l'autorità di esecuzione sia impossibilitata a osservare il termine più breve o la specifica data indicata per il compimento dell'atto, è possibile una proroga di ulteriori trenta giorni, previa tempestiva comunicazione all'autorità di emissione dei motivi del ritardo e del tempo ritenuto necessario per adottare la decisione relativa al riconoscimento. Il termine di esecuzione dell'atto d'indagine non deve, invece, superare i novanta giorni³¹⁵, salvo che sussista un motivo di rinvio o l'autorità di esecuzione sia già in possesso delle prove richieste. In caso di ritardo, quest'ultima può consultarsi con quella di emissione per accordarsi sul momento più opportuno per il compimento dell'atto richiesto mediante OEI (art. 12 § 6).

Altrettanto dinamico è il momento della trasmissione delle prove, immediatamente successivo alla fase di esecuzione (art. 13). Il trasferimento all'autorità di emissione delle risultanze acquisite deve infatti avvenire “senza indebito ritardo”³¹⁶ potendo,

³¹⁴ In termini analoghi si esprimeva l'art. 11 della decisione quadro sul m.e.r., prevedendo che il riconoscimento avvenisse “senza imporre altre formalità” da parte dell'autorità di esecuzione, adottando “immediatamente le misure necessarie per la sua esecuzione”.

³¹⁵ Diversamente, l'art. 15 della decisione quadro 2008/978/GAI prevedeva un termine più breve per l'esecuzione, pari a 60 giorni dalla ricezione del mandato, in ragione della natura pressoché esclusivamente “precostituita” delle prove richiedibili.

³¹⁶ Si prevede, altresì, che all'atto del trasferimento delle prove l'autorità di esecuzione possa indicare se è interessata alla loro restituzione non appena cessino di essere necessarie nello Stato di emissione. Inoltre, ove gli oggetti, i documenti e i dati richiesti siano pertinenti anche per altri procedimenti, l'autorità di esecuzione, dopo aver consultato quella di emissione, può provvedere al trasferimento temporaneo di tali prove, a condizione che esse siano restituite allo Stato di esecuzione non appena cessino di essere necessarie nello Stato di emissione o in qualsiasi altro momento o occasione concordati tra le due autorità.

tuttavia, subire una sospensione in pendenza di un procedimento d'impugnazione³¹⁷ o in caso di potenziali danni gravi e irreversibili alla persona interessata.

Diverso dalla sospensione del trasferimento è l'istituto del rinvio che, ai sensi dell'art. 15, può essere disposto qualora il riconoscimento o l'esecuzione dell'OEI rischi di pregiudicare un'indagine o un procedimento penale in corso, ovvero le prove di cui si chiede l'acquisizione siano già utilizzate nell'ambito di un altro procedimento. Cessata la causa che dà luogo al rinvio, sono adottate senza ritardo le misure necessarie per l'esecuzione dell'ordine.

Un ultimo profilo da prendere in considerazione attiene alle spese di esecuzione dell'OEI che, di regola, ai sensi dell'art. 21 della direttiva³¹⁸, sono poste a carico dello Stato nel cui territorio si trova la prova richiesta. Un'eccezione è però stabilita nel caso in cui l'esecuzione implichi costi straordinariamente elevati³¹⁹, la cui individuazione può formare oggetto di consultazioni tra le autorità. Sul punto si prevede, infatti, che all'esito di tali consultazioni l'autorità di emissione possa ritirare, in tutto o in parte, l'OEI ovvero di mantenerlo, a condizione di sopportare la parte considerata intollerabile dallo Stato di esecuzione. In ogni caso, le autorità competenti devono impegnarsi affinché la questione relativa ai costi non divenga un ostacolo al riconoscimento, ulteriore rispetto ai motivi tassativamente delineati dall'art. 11 della direttiva, o un pretesto per ritardarne l'esecuzione.

3.1. I correttivi al mutuo riconoscimento: l'esecuzione “concelebrata” e il delicato bilanciamento tra *lex fori* e *lex loci*

Nel corso della fase esecutiva dell'OEI si incontrano diversi correttivi al principio del riconoscimento reciproco, che evocano la logica sottesa alla mutua assistenza giudiziaria³²⁰. Si tratta, nello specifico, delle disposizioni relative alla partecipazione

³¹⁷ La sospensione non ha però luogo se dal contenuto dell'OEI si desume l'essenzialità del trasferimento immediato, al fine del corretto svolgimento delle indagini ovvero della tutela dei diritti individuali.

³¹⁸ V. anche *considerando* n. 23.

³¹⁹ Si riporta l'esempio relativo a complessi pareri di periti, vaste operazioni di polizia o attività di sorveglianza che si protraggono per un lungo periodo di tempo.

³²⁰ In tal senso L. MARAFIOTI, *Orizzonti investigativi europei, assistenza giudiziaria e mutuo riconoscimento*, cit., p. 22.

dell'autorità di emissione alle operazioni istruttorie da compiersi nel territorio dello Stato di esecuzione e il contemperamento tra *lex fori* e *lex loci*.³²¹

Con riferimento all'esecuzione c.d. "partecipata", l'art. 9 § 4 autorizza l'autorità emittente³²² a chiedere a quella di esecuzione di essere autorizzata a presenziare allo svolgimento delle attività, sempreché tale facoltà le sarebbe concessa in un caso interno analogo, in ossequio al principio di equivalenza.

Nell'ottica di ampliare le maglie operative della raccolta concelebrata della prova³²³, s'impone l'accoglimento della domanda nella misura in cui la partecipazione dell'autorità emittente non contrasti con i principi fondamentali e gli interessi essenziali relativi alla sicurezza nazionale dello Stato di esecuzione. Il carattere attivo, e non meramente passivo³²⁴, di tale partecipazione può evincersi dal tenore delle norme in oggetto, laddove si precisa che il rappresentante dello Stato di emissione è destinatario, oltre che del dovere di osservare il diritto dello Stato di esecuzione, del divieto di svolgere attività di contrasto, aventi cioè natura repressiva, a meno che ciò sia conforme alla *lex loci* e sia oggetto di un precedente accordo tra le autorità.

Il contro-limite della tutela dei diritti fondamentali emerge con forza anche nel testo dell'art. 9 § 2, che determina un'ibridazione tra la *lex fori* e la *lex loci*³²⁵. In particolare, introducendo un correttivo alla prescrizione contenuta nell'art. 9 § 1 e riproponendo la soluzione di compromesso già sperimentata dalla Convenzione del 2000³²⁶ e dalla decisione quadro sul mandato di ricerca della prova³²⁷, si prevede che l'autorità di esecuzione debba attenersi alle formalità e alle procedure espressamente indicate da quella di emissione, salvo che contrastino con i principi fondamentali del diritto dello Stato di appartenenza. La finalità della disposizione è evidentemente quella di "contemperare le esigenze procedimentali dello Stato di emissione con il rispetto della

³²¹ Disposizioni che sono il "frutto del medesimo indirizzo politico" secondo M. CAIANIELLO, *La nuova direttiva UE sull'ordine europeo di indagine penale tra mutuo riconoscimento e ammissione reciproca delle prove*, cit., p. 4.

³²² Nessun riferimento è rivolto, invece, al difensore dell'indagato o imputato. V. *supra*, cap. II § 1.1.

³²³ Cfr. M. DANIELE, *Ricerca e formazione della prova*, cit., p. 473.

³²⁴ V. M. DANIELE, *Ricerca e formazione della prova*, cit., p. 473.

³²⁵ Così M. DANIELE, *L'impatto dell'ordine europeo di indagine penale sulle regole probatorie nazionali*, cit., p. 11.

³²⁶ V. art. 4 § 1 Convenzione di Bruxelles del 2000.

³²⁷ V. art. 12 decisione quadro 2008/978/GAI.

sovranità dello Stato di esecuzione”, a riprova del fatto che il mutuo riconoscimento non abbia trovato piena accoglienza nel contesto della direttiva³²⁸.

La genericità della formulazione dell’art. 9 § 2³²⁹, che non offre alcun criterio per orientare la scelta delle modalità istruttorie da richiedere nell’OEI, rischia di conferire un eccessivo margine di discrezionalità all’autorità di emissione. Come osservato in dottrina³³⁰, tale autorità, animata dall’intento di semplificare e velocizzare la cooperazione con lo Stato estero, potrebbe anche non indicare alcunché, per scelta o per superficialità, acconsentendo alla (e accontentandosi della) applicazione delle regole stabilite dalla *lex loci*. È, dunque, evidente che, al cospetto di una siffatta situazione, il mutuo riconoscimento si inserisce in un circuito chiuso: l’affannosa ricerca dell’efficienza induce a trascurare la *lex fori* a favore dell’operatività della *lex loci*³³¹, con ricadute negative sul terreno dell’utilizzabilità delle prove raccolte *aliunde*³³².

³²⁸ Cfr. M. DANIELE, *L’impatto dell’ordine europeo di indagine penale sulle regole probatorie nazionali*, cit., p. 11; v. anche ID., *La metamorfosi del diritto delle prove nella direttiva sull’ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 90, il quale rileva che “trasposto nel contesto della raccolta transnazionale delle prove, in teoria, il mutuo riconoscimento comporterebbe l’obbligo per ciascuno Stato di eseguire all’interno del proprio territorio le richieste istruttorie degli altri Stati in applicazione della *lex fori*. Nessuna delle vigenti normative, tuttavia, ha codificato questa sua implicazione. Lo ha impedito la comprensibile riluttanza degli Stati in cui si trovano le prove da acquisire ad azzerare la propria sovranità, rinunciando alle proprie regole e alle proprie garanzie.”

³²⁹ Con riferimento alle modalità di compilazione della sezione “I” dell’allegato “A”, appositamente riservata all’indicazione delle formalità e procedure da rispettare in sede di esecuzione, le *Guidelines of filling the EIO form* si limitano a suggerire di evitare di copiare la legislazione nazionale, a meno che non sia necessario, e di fornire un quadro chiaro delle modalità istruttorie richieste, precisando che “le eventuali informazioni relative ai diritti e agli obblighi della persona da ascoltare devono essere presentate in forma concisa e semplice”.

³³⁰ V. M. DANIELE, *L’impatto dell’ordine europeo di indagine penale sulle regole probatorie nazionali*, cit., p. 11.

³³¹ A tal proposito, v. le osservazioni critiche di L. MARAFIOTI, *Orizzonti investigativi europei, assistenza giudiziaria e mutuo riconoscimento*, cit., p. 23: “Appare innegabile che nella direttiva in questione continuano a residuare ampi spazi applicativi per la *lex loci*. Il legislatore europeo, introducendo numerose eccezioni alla logica del mutuo riconoscimento, ha finito, infatti, per delineare uno strumento che, per certi aspetti, evoca ancora il mandato di ricerca della prova ed i suoi limiti applicativi. Ciò testimonia quanto gli ordinamenti degli Stati membri siano tuttora lontani dall’accettare integralmente il principio del mutuo riconoscimento”. Nello stesso senso G. DE AMICIS, *Dalle rogatorie all’ordine europeo di indagine: verso un nuovo diritto della cooperazione giudiziaria penale*, cit., p. 52, nella parte in cui ritiene che “l’introduzione di clausole di salvaguardia degli spazi operativi delle regole della *lex loci*, la cui eccessiva utilizzazione – ricadente nel cono d’ombra di una invincibile tendenza ad evitare qualsiasi cessione di porzioni della sovranità territoriale – rischia di entrare inevitabilmente in contrasto con la sostanza del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie”.

³³² In tema di utilizzabilità delle prove raccolte in violazione delle modalità previste dalla *lex fori*, v. *infra*, cap. III, par. 5.1.

La via d'uscita, secondo alcuni³³³, potrebbe essere quella di domandare all'autorità di esecuzione l'osservanza delle sole disposizioni della *lex fori* davvero indispensabili, in quanto presidiate da apposita sanzione processuale, al fine di garantire la spendibilità dell'atto istruttorio nel processo pendente o da instaurarsi nello Stato di emissione.

Il tentativo di individuare, per via esegetica, i parametri di cui l'autorità richiedente potrebbe avvalersi in sede di emissione dell'OEI non è tuttavia sufficiente a dipanare la questione interpretativa posta dalla norma in esame.

Nel silenzio della direttiva, occorre interrogarsi anche su quale possa (*rectius*, debba) essere il contenuto dei principi fondamentali in grado, da un lato, di porre un freno all'operatività della *lex fori* e, dall'altro, di impedire la partecipazione dell'autorità di emissione al compimento delle attività investigative, allo scopo di evitare l'esercizio incontrollato di un potere di veto da parte dell'autorità esecutiva. Si tratta di un'operazione complessa e minuziosa, che non può prescindere dalla disamina delle garanzie processuali poste a presidio delle persone coinvolte (non solo l'indagato, ma anche, eventualmente, la persona offesa, il testimone, il soggetto destinatario di una perquisizione o di un sequestro) e ritenute irrinunciabili nel sistema in cui si trova la prova³³⁴.

In ogni caso, è pacifico ritenere che il contro limite dei diritti fondamentali debba essere opposto soltanto quando l'applicazione della *lex loci*, in luogo della *lex fori*, sia in grado di assicurare uno *standard* più elevato di tutela³³⁵. In tal modo, la clausola di

³³³ Cfr. R. E. KOSTORIS, *Ordine di investigazione europeo e tutela dei diritti fondamentali*, cit., p. 1444. È anche vero che, come rilevato da M. DANIELE, *L'impatto dell'ordine europeo di indagine penale sulle regole probatorie nazionali*, cit., p. 11, "così inteso, però, [l'art. 9 § 2] pone una prescrizione priva di autosufficienza" in quanto "le sue implicazioni dipendono dal tenore di tali regole utilizzabilità" previste a livello nazionale.

³³⁴ Ad avviso di R. E. KOSTORIS, *L'OEI nella dissolvenza tra regole e principi*, cit., pp. 11-12, nella categoria degli *essentialia* del nostro ordinamento "certamente dovrebbe rientrare il diritto alla libertà morale della persona, previsto dall'art. 188 c.p.p. e ripreso dall'art. 64, comma 2, c.p.p. per l'interrogatorio, che si può considerare quale trasposizione sul nostro terreno probatorio/investigativo del fondamentale e generalissimo principio di tutela della dignità umana", nonché "altri importanti diritti processuali che caratterizzano specifiche tipologie di atti, come il diritto al silenzio e quello alla presenza del difensore all'interrogatorio dell'indagato, o la facoltà di astensione della testimonianza per i soggetti che ne siano titolari, o ancora la tutela della riservatezza nel caso di intercettazione di comunicazioni e flussi telematici. Ma rimane un'ampia zona grigia che rende difficile individuare i contorni precisi della categoria, a meno, s'intende, di rinunciare a qualsiasi distinzione, includendovi *tout court* tutte le regole processuali che il nostro codice prevede in materia probatoria e investigativa".

³³⁵ In tal senso M. DANIELE, *L'impatto dell'ordine europeo di indagine penale sulle regole probatorie nazionali*, cit., p. 15 e R. E. KOSTORIS, *L'OEI nella dissolvenza tra regole e principi*, cit., p. 12.

salvaguardia di cui all'art. 9 § 2, al pari del motivo di rifiuto derivante dalla violazione dei diritti fondamentali, su cui si tornerà in seguito, potrebbe fungere da stimolo per alcuni Stati membri i quali, nel timore di subire una sostituzione della *lex fori* con la *lex loci*, saranno propensi ad innalzare le proprie garanzie interne³³⁶.

Pertanto, si auspica che, in ipotesi di disaccordo sulla normativa applicabile al caso di specie, le autorità coinvolte facciano tesoro, anche in questa sede, del prezioso meccanismo delle consultazioni, valorizzando il dato dell'art. 9 § 6 della direttiva³³⁷, al fine di trovare la soluzione più soddisfacente per entrambe, se del caso ricorrendo al compimento di un atto diverso da quello richiesto, ma dotato dei medesimi effetti³³⁸.

3.2. Il compimento di un atto d'indagine "alternativo": la costante della proporzionalità

Un ulteriore freno al mutuo riconoscimento, che conferisce elasticità all'OEI, è posto dalla possibilità, accordata all'autorità di esecuzione dall'art. 10 della direttiva, di avvalersi di un atto investigativo difforme da quello richiesto dall'autorità di emissione.

La norma si compone di tre parti, di seguito esaminate.

La prima contempla una duplice ipotesi di "flessibilità a rime obbligate"³³⁹, prescrivendo il ricorso a un atto diverso qualora quello indicato nell'OEI non sia previsto dalla *lex loci*³⁴⁰ ovvero non sia disponibile in un caso interno analogo. In particolare, la condizione relativa alla previsione dell'atto istruttorio da parte del diritto dello Stato di esecuzione "si concretizza nella possibilità di rinvenire nella *lex loci* la disciplina dell'atto considerato nella sua sostanza", indipendentemente dal *nomen*

³³⁶ Cfr. P. SPAGNOLO, *La nuova cooperazione giudiziaria penale: mutuo riconoscimento e tutela dei diritti fondamentali*, cit., p. 1298.

³³⁷ La norma citata così recita: "L'autorità di emissione e l'autorità di esecuzione possono consultarsi con qualsiasi mezzo appropriato al fine di agevolare l'efficace applicazione del presente articolo".

³³⁸ V. R. E. KOSTORIS, *Ordine di investigazione europeo e tutela dei diritti fondamentali*, cit., p. 1443.

³³⁹ L'espressione è di G. FIORELLI, *I motivi di rifiuto dell'ordine investigativo europeo, quando "fidarsi è bene, ma non fidarsi è meglio"*, in T. Bene - L. Luparia - L. Marafioti (a cura di), *L'ordine europeo di indagine*, cit., p. 97.

³⁴⁰ Cfr. *considerando* n. 10, nella parte in cui prevede che "l'autorità di esecuzione dovrebbe, laddove possibile, usare un altro tipo di atto indagine se quello richiesto non è previsto dal proprio diritto nazionale".

*iuris*³⁴¹. Con riferimento al requisito della “disponibilità” del medesimo atto sul piano interno, occorre volgere lo sguardo al *considerando* n. 10 della direttiva, ove si precisa che esso “dovrebbe riferirsi ai casi in cui l'atto di indagine richiesto è previsto dal diritto dello Stato di esecuzione, ma è legittimo in determinate circostanze, ad esempio quando l'atto è consentito solo per reati di una certa gravità, contro persone rispetto alle quali grava già un certo grado di sospetto o con il consenso della persona interessata”. A tal proposito, ci si è chiesti se il controllo sulla disponibilità dell'atto dovesse riguardare soltanto i requisiti attinenti alla tipologia di reato oggetto del procedimento o includere anche quelli concernenti le regole di ammissibilità probatoria previste dalla *lex loci*.

La prima opzione interpretativa³⁴², ritenendo sufficiente che la misura investigativa richiesta sia consentita in relazione a una classe di reati “affini”, offensivi del medesimo bene giuridico, fa principalmente leva sul motivo di rifiuto di cui all'art. 11 § lett. h)³⁴³, che menziona unicamente i presupposti c.d. “penalistici”, di tipo sostanziale.

Un diverso indirizzo afferma, invece, che un'interpretazione “elastica”³⁴⁴ del concetto di disponibilità, “pur avendo il comprensibile intento di rafforzare l'efficacia della cooperazione, trovi ostacolo in un altro motivo di rifiuto”³⁴⁵, quello codificato dall'art. 11 § lett. f), riguardante la presenza di “seri motivi per ritenere che l'esecuzione dell'atto di indagine richiesto nell'OEI sia incompatibile con gli obblighi dello Stato di esecuzione ai sensi dell'articolo 6 TUE e della Carta”. In forza di tale teoria, più restrittiva e garantista della precedente, si ritiene, pertanto, che l'atto richiesto possa considerarsi disponibile nello Stato di esecuzione qualora siano rispettate tutte le regole

³⁴¹ In questi termini M. DANIELE, *L'impatto dell'ordine europeo di indagine penale sulle regole probatorie nazionali*, cit., p. 5, il quale prosegue affermando che tale presupposto dovrebbe ritenersi integrato “anche nelle situazioni in cui l'atto, sebbene non espressamente previsto, trovasse comunque una regolamentazione, come quella rinvenibile nel nostro art. 189 c.p.p. in merito alle prove atipiche”.

³⁴² Si tratta dell'orientamento promosso da M. PANZAVOLTA, *Ordine di indagine europeo e indagini bancarie: spunti di riflessione sul concetto di caso interno analogo e atto di indagine alternativo*, in A. Di Pietro - M. Caianiello (a cura di), *Indagini penali e amministrative in materia di frodi IVA e di imposte doganali. L'impatto dell'European Investigation Order sulla cooperazione transnazionale*, Bari, Cacucci, 2016, p. 381.

³⁴³ Il ricorso all'atto di indagine richiesto nell'OEI è limitato dal diritto dello Stato di esecuzione a un elenco o a una categoria di reati o a reati punibili entro una certa soglia fra cui non figura il reato oggetto dell'OEI.

³⁴⁴ Cfr. P. SPAGNOLO, *I presupposti e i limiti dell'ordine di indagine europeo nella procedura passiva*, in M. R. Marchetti - E. Selvaggi (a cura di), *La nuova cooperazione giudiziaria europea*, cit., p. 286.

³⁴⁵ Così M. DANIELE, *L'impatto dell'ordine europeo di indagine penale sulle regole probatorie nazionali*, cit., p. 6.

di ammissibilità fissate a livello nazionale “tali da integrare modalità di protezione dei diritti equivalenti a quelli rinvenibili nella giurisprudenza di Strasburgo”³⁴⁶. In tal modo, si scocca la freccia della *lex loci*, aprendo una breccia nel mutuo riconoscimento.

Nella seconda parte, l’art. 10 della direttiva esclude la necessità di condurre il vaglio della disponibilità con riferimento a una serie di atti, espressamente elencati, che sono da ritenersi, per l’appunto, sempre disponibili in base al diritto dello Stato di esecuzione. Rientrano in tale categoria l’acquisizione di informazioni o prove già in possesso dell’autorità di esecuzione, la raccolta di informazioni contenute in banche dati della polizia o delle autorità giudiziarie direttamente accessibili all’autorità di esecuzione; l’audizione di un testimone, di un esperto, di una vittima, di una persona sottoposta ad indagini, di un imputato o di terzi³⁴⁷; gli atti d’indagine non coercitivi, definiti dal diritto dello Stato di esecuzione, nonché l’individuazione di persone titolari di un abbonamento a uno specifico numero telefonico o indirizzo IP. Tale disposizione, richiedendo implicitamente che le singole normative nazionali prevedano al loro interno i suddetti atti istruttori, realizza una “scorciatoia verso l’armonizzazione”³⁴⁸, trascurando, però, di specificare il significato da attribuire all’espressione “atti non coercitivi”³⁴⁹.

La terza e ultima parte della norma in commento consente il ricorso a un atto d’indagine alternativo in un’ipotesi ulteriore, questa volta di natura facoltativa, che si verifica quando l’atto prescelto dall’autorità di esecuzione sia in grado di assicurare il medesimo risultato di quello richiesto nell’OEI, ma attraverso modalità meno intrusive

³⁴⁶ *Ibidem*, p. 7.

³⁴⁷ Sul punto v. M. DANIELE, *L’impatto dell’ordine europeo di indagine penale sulle regole probatorie nazionali*, cit., p. 8, il quale, con riferimento all’ipotesi in cui un OEI abbia ad oggetto una prova dichiarativa, chiedendosi retoricamente se la disponibilità “presunta” impedisca l’applicazione degli eventuali divieti di ammissione stabiliti dalla *lex loci*, si risponde che una siffatta conclusione si scontrerebbe con il motivo di rifiuto di cui all’art. 11 § 1 lett. a), relativo alla previsione di immunità o privilegi che rendono impossibile l’esecuzione dell’OEI, “locuzioni che includono le nostre regole di ammissibilità delle testimonianze fondate sul privilegio familiare e sui segreti (artt. 199-202 c.p.p.)”.

³⁴⁸ Così L. CAMALDO - F. CERQUA, *La direttiva sull’ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 3519.

³⁴⁹ A tal proposito v. R. BELFIORE, *Riflessioni a margine della direttiva sull’ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 3283 la quale, criticando l’assenza di una puntuale definizione di tale concetto, rimessa alla discrezionalità del solo Stato di esecuzione, paventa il rischio che “la concreta applicazione dello strumento europeo vari, anche sensibilmente, di Stato membro in Stato membro”, sostenendo che “forse, sarebbe stato più opportuno limitare il dovere di disponibilità solamente alle prove già esistenti, ai dati già disponibili e alle prove orali, così da circoscrivere questo sistema di mutuo riconoscimento ‘puro’ a categorie di atti ben definite”.

(art. 10 § 3). La norma, da leggersi congiuntamente al *considerando* n. 10, che si riferisce all'impiego di "mezzi di minor interferenza con i diritti fondamentali della persona interessata", ritaglia, anche in questa sede, uno spazio a favore del vaglio proporzionalità, sul presupposto che "sarebbe irragionevole imporre il compimento di attività più invasive per i diritti fondamentali della persona interessata ogni qualvolta sia possibile, invece, adottare un mezzo meno pregiudizievole"³⁵⁰.

Tra i momenti che compongono il giudizio sulla proporzionalità si valorizza, in particolare, quello della necessità, consentendo all'autorità di esecuzione di verificare se la *lex loci* offra la disponibilità di una misura investigativa produttiva dello stesso risultato di quella indicata dall'autorità richiedente, ma con modalità maggiormente attente alla tutela dei diritti fondamentali della persona³⁵¹.

Sul punto, non si condividono le preoccupazioni di chi intravede nel vaglio sulla proporzionalità affidato all'autorità di esecuzione un passaggio incontrollato della *lex loci*³⁵², aderendo, piuttosto, all'orientamento di chi vi ravvisa una "terza via", in grado di superare l'alternativa secca tra il riconoscimento e il rifiuto³⁵³, essendo quest'ultimo da considerarsi comunque l'*extrema ratio*³⁵⁴. Si ritiene, infatti, che un corretto utilizzo dello strumento della proporzionalità possa orientare l'autorità nella scelta delle modalità di esecuzione da adottare, al fine di salvaguardare il più possibile i diritti delle persone coinvolte. In altre parole, un siffatto meccanismo non può considerarsi in senso riduttivo, alla stregua di un'arbitraria sostituzione della *lex fori* con la *lex loci*, sfidando il mutuo riconoscimento.

Occorre, al contrario, valorizzare il confronto reciproco al quale sono invitate le autorità competenti, chiamate a effettuare un accurato dosaggio degli interessi in gioco.

A tal proposito, l'art. 10 § 4 della direttiva, sulla scia di quanto previsto dall'art. 6 § 3, prescrive in capo all'autorità di esecuzione, che decida di avvalersi di un atto diverso,

³⁵⁰ In questi termini v. G. FIORELLI, *I motivi di rifiuto dell'ordine investigativo europeo*, cit., p. 99.

³⁵¹ L'esempio più ricorrente concerne l'emanazione, da parte dell'autorità di esecuzione, di un ordine di esibizione, in sostituzione del provvedimento di perquisizione locale richiesto nell'OEI.

³⁵² In tal senso R. DEL COCO, *Circolazione della prova e poteri sanzionatori del giudice*, in T. Bene - L. Luparia - L. Marafioti (a cura di), *L'ordine europeo di indagine*, cit., p. 181.

³⁵³ Cfr. G. FIORELLI, *I motivi di rifiuto dell'ordine investigativo europeo*, cit., p. 99.

³⁵⁴ L'art. 10 § 5, atteggiandosi a norma di chiusura, prevede infatti che "l'autorità di esecuzione informa l'autorità di emissione che non è stato possibile fornire l'assistenza richiesta" soltanto qualora "l'atto di indagine richiesto nell'OEI non sia previsto dal diritto dello Stato di esecuzione e ove non vi siano altri atti di indagine che consentano di ottenere lo stesso risultato dell'atto di indagine richiesto".

l'onere di informare preventivamente l'autorità di emissione, la quale può valutare se integrare o ritirare l'OEI.

Anche in questa fase, dunque, l'avvio delle consultazioni, collocato all'esito del giudizio di proporzionalità, incarna un aspetto positivo della cooperazione giudiziaria, poiché favorisce l'incontro delle volontà delle autorità coinvolte e, in ultima istanza, il ravvicinamento in concreto delle normative nazionali. Ne consegue che il compimento di un atto alternativo, in applicazione della *lex loci*, lungi dal mascherare un atteggiamento di chiusura da parte dello Stato di esecuzione, in difesa della propria sovranità, esprime il giusto equilibrio tra ricerca dell'efficienza e tutela delle garanzie della persona.

3.3. Il catalogo dei motivi di rifiuto quale deroga al mutuo riconoscimento

Annoverati da una parte della dottrina tra gli aspetti maggiormente critici dell'OEI³⁵⁵, i motivi ostativi al riconoscimento o all'esecuzione sono tassativamente³⁵⁶ elencati nell'art. 11, in numero superiore a quelli originariamente contemplati dalla proposta di direttiva³⁵⁷.

La presenza di otto motivi di rifiuto, ancorché facoltativi, oltre a evocare analogie con la disciplina sul mandato di ricerca della prova³⁵⁸, “dimostra la volontà della direttiva di introdurre significative deroghe al principio del mutuo riconoscimento”³⁵⁹, che ne imporrebbe una lista più contenuta. Il catalogo dei motivi ostativi, che autorevole

³⁵⁵ Cfr. A. MANGIARICINA, *L'esecuzione dell'OEI e i margini nazionali di rifiuto*, in M. Daniele - R. E. Kostoris (a cura di), *L'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 122; M. CAIANIELLO, *La nuova Direttiva UE sull'ordine europeo di indagine penale tra mutuo riconoscimento e ammissione reciproca delle prove*, cit., p. 8, secondo cui “le clausole di rifiuto appaiono ancora troppo legate alla mutua assistenza giudiziaria”.

³⁵⁶ In virtù della loro tassatività, i motivi di rifiuto sono insuscettibili di interpretazioni estensive o interventi ampliativi. V. G. FIORELLI, *I motivi di rifiuto dell'ordine investigativo europeo*, cit., p. 85.

³⁵⁷ Sul punto L. CAMALDO - F. CERQUA, *La direttiva sull'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 3518.

³⁵⁸ Si rinvia alle considerazioni svolte nel cap. I § 3. A tal proposito, v. G. FIORELLI, *Dimensione transfrontaliera della giustizia penale: l'ordine investigativo europeo*, in R. Del Coco - E. Pistoia (a cura di), *Stranieri e giustizia penale*, Bari, Cacucci, 2014, p. 95, la quale rileva che “la complessa articolazione dei motivi di rifiuto, tradottasi in un vero e proprio impedimento ad una strategia comune repressiva, hanno reso l'euro mandato privo di incisività nell'ambito della cooperazione investigativo - probatoria”.

³⁵⁹ In questi termini M. DANIELE, *Ricerca e formazione della prova*, cit., p. 470 ss.

dottrina³⁶⁰ suddivide in cinque macro-categorie, include la previsione, nel diritto dello Stato di esecuzione, di immunità o privilegi (lett. a)³⁶¹, la lesione degli interessi connessi alla sicurezza nazionale (lett. b)³⁶², l'assenza o l'indisponibilità dell'atto richiesto in un caso interno analogo o l'inesistenza di un atto alternativo che assicuri lo stesso risultato (lett. c e art. 10 § 5), e la violazione del *ne bis in idem* (lett. d)³⁶³.

Qualche perplessità ha destato l'introduzione della c.d. clausola di territorialità (art. 11 lett. e), figurante anche tra i motivi di rifiuto del m.e.r.³⁶⁴ e del m.a.e³⁶⁵, che consente di respingere la richiesta di cooperazione qualora l'OEI riguardi condotte che si presumono commesse al di fuori del territorio dello Stato di emissione e, in tutto o in parte, all'interno dello Stato di esecuzione e che, secondo il diritto di quest'ultimo³⁶⁶, non costituiscono reato. La dottrina ravvisa in tale previsione "un tributo alla sovranità

³⁶⁰ Cfr. M. DANIELE, *Ricerca e formazione della prova*, cit., p. 470 ss.

³⁶¹ V. *considerando* n. 20: "Dovrebbe essere possibile rifiutare un OEI quando il suo riconoscimento o la sua esecuzione nello Stato di esecuzione comporti la violazione di un'immunità o di un privilegio in detto Stato. Non vi è una definizione comune di ciò che costituisce un'immunità o un privilegio nel diritto dell'Unione; la precisa definizione di tali termini è pertanto lasciata al diritto nazionale, che può comprendere la protezione che si applica alle professioni mediche e legali, ma non dovrebbe essere interpretata in modo incompatibile con l'obbligo di abolire determinati motivi di rifiuto stabilito nel protocollo della convenzione relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea. Tali motivi possono includere, anche se non sono necessariamente considerate privilegi o immunità, norme relative alla libertà di stampa e alla libertà di espressione su altri *media*."

³⁶² Si fa riferimento anche all'ipotesi in cui l'esecuzione di un OEI "metta in pericolo la fonte delle informazioni o comporti l'uso di informazioni classificate riguardanti attività di intelligence specifica".

³⁶³ V. *considerando* n. 17: "Il principio del *ne bis in idem* è un principio fondamentale del diritto dell'Unione, riconosciuto dalla Carta e sviluppato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea. Pertanto l'autorità di esecuzione dovrebbe avere il diritto di rifiutare l'esecuzione di un OEI nel caso in cui sia contraria a tale principio. Data la natura preliminare dei procedimenti alla base di un OEI, la sua esecuzione non dovrebbe essere rifiutata se è intesa a stabilire la sussistenza di un eventuale conflitto con il principio del *ne bis in idem* o se l'autorità di emissione ha garantito che le prove trasferite a seguito dell'esecuzione dell'OEI non saranno usate per perseguire penalmente o sanzionare una persona il cui processo si è definitivamente concluso in un altro Stato membro sulla base degli stessi fatti". L'art. 11 lett. a) si riferisce, infatti, anche alla presenza di "norme sulla determinazione e limitazione della responsabilità penale relative alla libertà di stampa e alla libertà di espressione in altri mezzi di comunicazione che renderebbero impossibile l'esecuzione dell'OEI".

³⁶⁴ V. art. 13 lett. f) DQ 2008/878/GAI. A tal proposito, l'art. 14 § 1 della medesima decisione prevedeva altresì che, prima di decidere se avvalersi della clausola di rifiuto connessa ai limiti spaziali della legge penale, l'autorità competente avrebbe dovuto consultarsi con Eurojust e motivare le ragioni del disaccordo con il parere da questi formulato.

³⁶⁵ V. art. 4 n. 7, lett. a) e b), DQ 2002/584/GAI.

³⁶⁶ Si segnala la presenza nella direttiva di un errore di traduzione, laddove si menziona lo Stato di emissione in luogo dello Stato di esecuzione.

dello Stato”³⁶⁷, in antinomia con le fondamenta della cooperazione giudiziaria basata sul reciproco riconoscimento. Peraltro, la clausola in discussione non appare neppure adeguata a superare il problema della litispendenza internazionale, la cui soluzione dovrebbe piuttosto consistere nell’elaborazione di regole precise sull’attribuzione della giurisdizione³⁶⁸, finalizzate al rafforzamento del divieto di *bis in idem*. Proprio l’ostilità nutrita nei confronti di siffatta clausola, che ostacola la creazione di uno Spazio giudiziario europeo in cui la prova possa circolare liberamente, ha indotto il legislatore italiano a non includerla espressamente tra i motivi di rifiuto³⁶⁹.

Ancora, il riconoscimento di un OEI può essere respinto in presenza di ragioni attinenti alla rilevanza penale della condotta per cui si procede. Si tratta, nello specifico, del requisito della doppia incriminazione (art. 11 lett. g), ossia della previsione bilaterale del fatto di reato, che rinviene il proprio fondamento nel principio di legalità, e dell’ipotesi in cui il ricorso all’atto d’indagine richiesto sia limitato dalla *lex loci* a reati di particolare gravità, individuati mediante un criterio qualitativo o quantitativo (art. 11 lett. h). Tali motivi di rifiuto, che a livello nazionale sono stati accorpati all’interno di un’unica previsione³⁷⁰, non trovano applicazione nei confronti di quegli atti investigativi da considerarsi sempre disponibili nella prospettiva dello Stato di esecuzione, cui si è già accennato.

³⁶⁷ Ad avviso di G. FIORELLI, *I motivi di rifiuto dell’ordine investigativo europeo*, cit., p. 87, si tratta di “un limite tradizionale della cooperazione giudiziaria in materia penale, connesso al principio della sovranità nazionale e finalizzato a tutelare lo *ius puniendi* dello Stato in cui il reato è stato commesso”.

³⁶⁸ Cfr. M. CAIANIELLO, *La nuova Direttiva UE sull’ordine europeo di indagine penale tra mutuo riconoscimento e ammissione reciproca delle prove*, cit., p. 8, il quale ritiene che, una volta assicurata l’impossibilità di sottoporre l’imputato a plurimi procedimenti per un medesimo fatto, “non v’è ragione per consentire a un ordinamento di non cooperare solo perché la vicenda per cui si procede ha avuto luogo, in tutto o in parte, sul suo territorio”.

³⁶⁹ Sul punto v. la *Relazione Illustrativa* allo schema di d.lgs., p. 6, scaricabile dal sito www.documenti.camera.it, che giustifica la scelta di non recepire tale motivo sulla base della considerazione che “la previsione della sussistenza di una giurisdizione extraterritoriale e quindi della verosimile gravità e politicità del reato induce fondatamente a ritenere che nel caso l’assistenza non possa essere rifiutata; si pensi per esempio ad atti prodromici o iniziali in materia di terrorismo che in ipotesi non siano perseguibili in Italia perché non assurgono alla soglia del tentativo punibile”. Tuttavia, secondo la *Circolare in tema di attuazione della direttiva 2014/41/UE relativa all’ordine europeo di indagine penale – Manuale operativo*, cit., p. 23, i casi contemplati dall’art. 11 lett. e) della direttiva “dovranno essere trattati dall’autorità italiana di esecuzione secondo il regime generale dell’art. 10, comma 1 lett. f)”, legato alla mancanza del requisito della doppia incriminazione.

³⁷⁰ V. la *Relazione Illustrativa*, cit., p. 7 ove si rileva che “per l’ordinamento interno il fenomeno che un fatto non sia previsto come reato ovvero che non sia superata la soglia prevista per la punibilità è del tutto analogo”.

Sulla scia di quanto già previsto nella cornice normativa del m.a.e. (e anche del m.e.r.), la direttiva contempla alcune deroghe, tra cui quella relativa ai reati tributari in materia di dogana e di cambio, per i quali la diversa disciplina in punto di tasse e imposte non può ostacolare la cooperazione diretta all'accertamento dei predetti reati (art. 11 § 3).

Accanto a questa ipotesi, l'accertamento in ordine alla sussistenza della doppia incriminazione è espressamente escluso in relazione a trentadue fattispecie di reato³⁷¹, tassativamente elencate nell'allegato "D"³⁷², punibili nello Stato di emissione con una pena o una misura di sicurezza detentiva della durata massima di almeno tre anni. Ne deriva che l'autorità di esecuzione è tenuta ad accertare se il fatto concreto, oggetto del procedimento, sia sussumibile all'interno di una delle fattispecie criminose appartenenti alla "lista positiva"³⁷³, prescindendo dalla loro qualificazione formale e dalla perfetta sovrapposibilità testuale dei rispettivi elementi costitutivi³⁷⁴. La *ratio* della parziale rinuncia al tradizionale principio della doppia incriminazione risiede nell'esigenza di assicurare la collaborazione tra le autorità, qualora si proceda per fatti particolarmente

³⁷¹ Sul punto, si vedano le perplessità sollevate nei confronti della "ampiezza della lista" e della "vaghezza di alcune condotte inserite in essa" da G. FIORELLI, *I motivi di rifiuto dell'ordine investigativo europeo*, cit., p. 94, la quale riscontra "una disomogeneità nella descrizione delle fattispecie criminose: in alcuni casi, viene individuato esclusivamente il *nomen iuris* degli illeciti penali definiti in diritto interno (truffa, corruzione, omicidio volontario), mentre in altri casi sono previsti veri e propri campi di materia, connotati da un elevato livello di astrattezza (*racket* o criminalità informatica).

³⁷² Cfr. *considerando* n. 36, secondo cui "le categorie di reati elencati nell'allegato D dovrebbero essere interpretate in maniera coerente con l'interpretazione basata sugli strumenti esistenti in materia di riconoscimento reciproco".

³⁷³ L'espressione è di F. MAZZACUVA, *La doppia incriminazione e la deroga per i reati di "lista positiva"*, in M. Daniele - R. E. Kostoris (a cura di), *L'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 135 ss.

³⁷⁴ In relazione all'interpretazione fornita dalla giurisprudenza di legittimità all'analogia condizione di rifiuto prevista in tema di mandato d'arresto europeo cfr., *ex multis*, Cass., sez. VI, 3 maggio 2017 (dep. 8 maggio 2017), n. 22249, Rv. 269918, nella parte in cui afferma che "per soddisfare la condizione della doppia punibilità non è necessario che lo schema astratto della norma incriminatrice dell'ordinamento straniero trovi il suo esatto corrispondente in una norma dell'ordinamento italiano, ma è sufficiente che la concreta fattispecie sia punibile come reato in entrambi gli ordinamenti, a nulla rilevando l'eventuale diversità, oltre che del trattamento sanzionatorio, anche del titolo e di tutti gli elementi richiesti per la configurazione del reato". A sostegno dell'irrilevanza, ai fini della sussistenza del requisito in oggetto, dell'eventuale eterogeneità delle previsioni inerenti alle circostanze aggravanti, a condizione che la natura e il contenuto dell'elemento circostanziale non determinino un mutamento del fatto, ovvero delle valutazioni discrezionali relative alle possibili condizioni di non punibilità previste nell'ordinamento interno, v. Cass., sez. VI, 16 gennaio 2018 (dep. 18 gennaio 2018), n. 2059, Rv. 272137.

gravi, che verosimilmente dovrebbero assumere rilevanza penale sia nello Stato di emissione che in quello di esecuzione³⁷⁵.

Ad ogni modo, la persistenza della regola della doppia incriminazione, al pari degli altri motivi di rifiuto, sarebbe da ricondurre alla carenza di armonizzazione tra i sistemi nazionali e alla mancanza di una tutela effettiva dei diritti individuali nella legislazione europea³⁷⁶. Al *deficit* di armonizzazione in astratto non può però, questa volta, sopperire il meccanismo delle consultazioni fra le autorità. L'art. 11 § 4 della direttiva riserva infatti lo scambio di informazioni finalizzato a prevenire l'eventuale rifiuto del riconoscimento o dell'esecuzione dell'OEI alle ipotesi in cui vengano in rilievo motivi diversi da quelli concernenti la rilevanza penale del fatto per cui si procede.

Il legislatore sovranazionale tenta di colmare la lacuna relativa alla protezione dei diritti degli individui mediante l'introduzione di un'apposita clausola di rifiuto (art. 11 lett. f)³⁷⁷, preclusiva dell'esecuzione dell'atto investigativo richiesto al cospetto di seri motivi per ritenerla incompatibile con gli obblighi imposti dall'art. 6 TUE, che invoca il rispetto della Carta di Nizza, della CEDU e delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri.

Come più volte sottolineato, la previsione di uno specifico motivo di rifiuto inerente alla tutela dei diritti fondamentali³⁷⁸ costituisce, insieme alla proporzionalità, il vero elemento di novità sul panorama della cooperazione giudiziaria penale.

³⁷⁵ Per la totale abolizione della condizione in esame occorre attendere il raggiungimento di un livello di armonizzazione normativa in materia penale tale da provocare un mutamento di direzione all'atteggiamento di sfiducia che gli Stati membri nutrono reciprocamente nei confronti delle rispettive scelte di politica criminale. Per questo rilievo, v. G. FIORELLI, *I motivi di rifiuto dell'ordine investigativo europeo*, cit., p. 90.

³⁷⁶ Si mostra di questa opinione M. M. PISANI, *Problemi di prova in materia penale*, cit., p. 825 ss.

³⁷⁷ V. anche il *considerando* n. 18.

³⁷⁸ Cfr. P. SPAGNOLO, *La nuova cooperazione giudiziaria penale*, cit., p. 1299, la quale precisa che “i diritti fondamentali rilevanti come motivo di rifiuto sono quelli che attengono alle garanzie della persona e che sono riconducibili alla sua dignità in senso lato, ossia che richiamano i diritti costituzionalmente garantiti come inviolabili: libertà personale, da intendersi comprensiva della libertà di autodeterminazione, difesa giudiziaria, proprietà, privacy, salute, segretezza delle comunicazioni, per fare qualche esempio”, non potendo esservi ricomprese, invece, “quelle garanzie che riguardano l'attendibilità e la genuinità del materiale probatorio o la valutazione dello stesso, ambiti nei quali lo Stato rimane sovrano”.

La clausola in questione deve essere letta unitamente al *considerando* n. 19, che stabilisce una presunzione relativa, come tale superabile nel caso concreto, in ordine alla conformità degli Stati membri al diritto dell'Unione e, in particolare, ai diritti fondamentali.

Ne discende, pertanto, che la mera appartenenza all'Unione europea non possa essere posta a fondamento di una fiducia incondizionata nei confronti dell'armamento di garanzie offerte da un determinato Stato. La prassi dimostra, anzi, che una simile fiducia sarebbe talvolta irragionevole e produttiva di conseguenze dannose sul terreno delle garanzie fondamentali. Nel contesto europeo, in cui la *diversità* prevale sull'*unità*, la possibilità di non dar seguito all'ordine d'indagine, la cui esecuzione è ritenuta potenzialmente pregiudizievole per la tutela di tali diritti, funge da freno alla spinta efficientista che muove il mutuo riconoscimento.

L'attivazione del meccanismo di rifiuto deve, però, potersi ricondurre alla reale necessità di salvaguardare la posizione soggettiva incisa dal compimento dell'atto d'indagine, non essendo accettabile che sia usato come pretesto per negare la propria collaborazione allo Stato emittente. Inoltre, il ricorso al motivo relativo alla violazione delle garanzie fondamentali deve pur sempre costituire l'*extrema ratio*, essendo auspicabile che l'autorità di esecuzione, prima di avvalersene, si serva dei sofisticati congegni escogitati dalla direttiva: il controllo sulla proporzionalità, l'attivazione delle consultazioni, il compimento di un atto diverso e meno intrusivo. Tutti strumenti che, se maneggiati con cura, possono condurre a un esito ragionevole del delicato bilanciamento tra esigenze investigative e probatorie connesse all'accertamento dei fatti e istanze di tutela delle garanzie fondamentali delle persone coinvolte nel procedimento.

4. Il regime delle impugnazioni: l'art. 14 della direttiva

Per ciò che attiene al regime delle impugnazioni, la direttiva riproduce una soluzione analoga a quella proposta nell'ambito della decisione quadro sul m.e.r.³⁷⁹.

Si conferma infatti la facoltà, contemplata dall'art. 14, di impugnare gli atti di indagine richiesti nell'OEI mediante strumenti equivalenti a quelli disponibili in un caso interno analogo e con le medesime tempistiche³⁸⁰.

³⁷⁹ V. art. 18 DQ 2008/978/GAI.

La norma in oggetto introduce la distinzione tra ragioni di legittimità e di merito sottese all'emanazione dell'OEI, accordando la possibilità di censurare queste ultime soltanto mediante un'azione proposta nello Stato di emissione, fatte salve le garanzie dei diritti fondamentali dello Stato di esecuzione (art. 14 § 2)³⁸¹. A tal proposito, si chiarisce che le ragioni di merito coincidono con i presupposti dell'atto istruttorio regolati dalla *lex fori* e presidiati da sanzioni processuali *ad hoc*³⁸², incluse la nullità e l'inutilizzabilità dei mezzi di ricerca della prova³⁸³.

Nel novero delle questioni relative alla legittimità dell'OEI, sollevabili dinnanzi all'autorità di esecuzione, dovrebbero, invece, rientrare quelle riguardanti i motivi ostativi al riconoscimento e, secondo alcuni³⁸⁴, anche il difetto della proporzionalità.

In relazione agli altri profili connessi alle impugnazioni, la direttiva contiene una disciplina piuttosto scarna³⁸⁵, poiché omette di specificare quali siano i soggetti dotati di legittimazione attiva – se soltanto l'indagato o anche il destinatario dell'atto investigativo (ad esempio, il titolare del bene sequestrato) – e quali elementi investigativi siano accessibili allo scopo di attivare efficacemente il rimedio. Sul punto, si prevede unicamente che le autorità coinvolte, compatibilmente con le esigenze di segretezza delle indagini³⁸⁶, forniscano in tempo utile informazioni in merito alle impugnazioni disponibili ai sensi del diritto nazionale.

Parte della dottrina ritiene che l'unica soluzione compatibile con la salvaguardia dei diritti della difesa consista in un'interpretazione estensiva del contenuto degli obblighi

³⁸⁰ V. anche il *considerando* n. 22: “I mezzi d'impugnazione disponibili contro un OEI dovrebbero essere almeno equivalenti a quelli disponibili in un caso interno a fronte degli atti di indagine in questione. Conformemente al proprio diritto nazionale, gli Stati membri dovrebbero garantire l'applicabilità di tali mezzi d'impugnazione, anche informando a tempo debito le parti interessate in merito alle possibilità e alle modalità di ricorso a tali mezzi di impugnazione. Nei casi in cui le obiezioni nei riguardi di un OEI siano sollevate da una parte interessata nello Stato di esecuzione in relazione ai motivi che determinano l'emissione dell'OEI, è opportuno che le informazioni in merito a tale impugnazione siano trasmesse all'autorità di emissione e che la parte interessata ne sia informata.”

³⁸¹ Cfr. artt. 696 *quinquies* e 696 *novies* c.p.p.

³⁸² Così E. LORENZETTO, *L'assetto delle impugnazioni*, in M. Daniele - R. E. Kostoris (a cura di), *L'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 162.

³⁸³ In tal senso v. G. DE AMICIS, *Dalle rogatorie all'ordine europeo di indagine*, cit., p. 37 ss.

³⁸⁴ V. G. DE AMICIS, *Dalle rogatorie all'ordine europeo di indagine*, cit., p. 38, nonché E. LORENZETTO, *L'assetto delle impugnazioni*, cit., p. 164.

³⁸⁵ Così L. CAMALDO - F. CERQUA, *La direttiva sull'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 3521.

³⁸⁶ V. art. 19 della direttiva.

informativi gravanti sulle autorità, “tale da ricomprendersi anche la *disclosure* degli elementi di merito che riguardano l’atto istruttorio impugnabile”³⁸⁷.

Ancora, l’art. 14 stabilisce che l’autorità dello Stato di emissione debba tener conto dell’avvenuta impugnazione nello Stato di esecuzione, qualora abbia avuto esito positivo, sebbene sia priva di effetti sospensivi nei confronti dell’esecuzione dell’OEI, salvo che sia diversamente previsto a livello interno. Nel silenzio della direttiva, si auspica che l’autorità esecutiva, che accoglie l’impugnazione, ne dia tempestiva comunicazione a quella di emissione, in modo tale da consentirle di assumere le opportune decisioni in breve tempo.

A carico delle autorità coinvolte è infine posto un obbligo di comunicazione reciproca sui mezzi di impugnazione esperibili a livello nazionale avverso l’emissione, il riconoscimento o l’esecuzione di un OEI. Il contenuto di tale onere informativo è specificato dalla sezione “J” dell’allegato “A”, che chiede di indicare se il provvedimento di emissione sia già stato impugnato e, in caso affermativo, di fornire ulteriori dettagli. In relazione alle modalità compilative della predetta sezione si è di recente pronunciata la Corte di giustizia dell’Unione europea con una sentenza che, come si accennava, testimonia che si è ancora ben lontani dall’affermare il primato delle garanzie sull’efficienza della cooperazione.

4.1. L’approccio formale della Corte di giustizia in tema di impugnazioni: quando il fine (non) giustifica i mezzi

Con la sentenza del 24 ottobre 2019, la Corte di giustizia³⁸⁸ si è pronunciata, per la prima volta, sulla corretta portata interpretativa da attribuire ad alcune disposizioni contenute nella direttiva 2014/41/UE.

³⁸⁷ In questi termini cfr. R. E. KOSTORIS, *Ordine di investigazione europeo e tutela dei diritti fondamentali*, cit., p. 1447, il quale rileva che “la difesa parte per definizione in una posizione nettamente svantaggiata nei casi transnazionali, non solo perché deve operare con le sue sole forze, destreggiandosi tra ordinamenti con regole, prassi e lingue diverse (...), ma anche perché spesso non conosce gli elementi a carico raccolti dagli organi investigativi”, non essendo neppure “a conoscenza di quei flussi di informazione che formano oggetto delle trasmissioni di dati e delle consultazioni” tra le autorità.

³⁸⁸ Cfr. C. giust., Prima sezione, 24 ottobre 2019, *Gavazonov*, C-324/17. Per un commento v. G. BORGIA, *La prima volta dell’ordine europeo di indagine penale dinanzi alla Corte di giustizia UE: strumento nuovo, approccio di sempre*, in *Arch. pen.*, 2020, n. 1, p. 1 ss.; M. SIMONATO, *Reciproco*

La pronuncia in oggetto riveste particolare importanza in quanto, pur essendo *prima facie* incentrata su un aspetto formale attinente, nello specifico, alle modalità di compilazione della sezione “J” dell’allegato “A”, riservata alle indicazioni relative ai mezzi di impugnazione, cela in realtà problematiche più profonde, che involgono il delicato tema dei rapporti tra cooperazione giudiziaria e diritti fondamentali.

Prima di esporre l’orientamento assunto dalla Corte di Lussemburgo, che si discosta nettamente dalle conclusioni formulate dall’Avvocato Generale, occorre ricostruire i fatti che hanno condotto alla decisione pregiudiziale *ex art. 267 TFUE*. In sintesi, la vicenda sottoposta all’attenzione dei giudici sovranazionali prende le mosse da un procedimento penale a carico di un cittadino bulgaro, al quale si contestava la partecipazione a un’organizzazione criminale dedita all’importazione di zucchero e finalizzata alla commissione di reati fiscali, avvalendosi di una società interposta stabilita in Repubblica Ceca.

Ad integrazione dell’attività investigativa condotta nell’ambito della fase istruttoria, il Tribunale speciale per i procedimenti penali bulgaro emetteva un OEI chiedendo alle autorità ceche di effettuare perquisizione e sequestro presso i locali della predetta società e l’abitazione del suo legale rappresentante, residente in Repubblica Ceca e con il quale l’imputato aveva concluso un contratto di fornitura, nonché l’audizione testimoniale in videoconferenza di tale soggetto.

In sede di compilazione dell’allegato “A”, accluso alla direttiva, l’autorità giudiziaria precedente riscontrava alcune difficoltà in ordine alle modalità di riempimento della sezione “J”, nella parte in cui richiede di indicare “se è già stato fatto ricorso a mezzi di impugnazione contro l’emissione di un OEI e, in caso affermativo, di fornire ulteriori dettagli”, nonché “l’autorità referente dello Stato di emissione per ulteriori informazioni sui mezzi di impugnazioni ivi applicabili”.

Nel senso della doverosità della comunicazione di tali informazioni all’interlocutore estero sembrano peraltro esprimersi alcune disposizioni rinvenibili direttamente nel corpo della direttiva europea. Si tratta, in particolare, dell’art. 14 § 5 della direttiva, che sollecita il dialogo tra le autorità in punto di mezzi di impugnazione attivabili “contro

riconoscimento in materia penale e vie di ricorso: la prima sentenza della CGUE sull’ordine europeo di indagine, in *www.europeanlawblog.eu*, 1 aprile 2020, p. 1 ss., nonché, volendo, C. DE LUCA, *La prima pronuncia della corte di giustizia sull’ordine europeo d’indagine penale: un approccio formale diretto a favorire l’efficacia della cooperazione giudiziaria*, in *Cass. pen.*, 2020, n. 10, p. 3854 ss.

l'emissione, il riconoscimento o l'esecuzione di un OEI", nonché, più in generale, l'art. 5 § 1 della medesima direttiva, relativo al completamento dell'euro-ordinanza.

Nel caso di specie, gli ostacoli incontrati dal giudice del rinvio erano essenzialmente dovuti alla mancata previsione, da parte del diritto bulgaro, di rimedi attivabili avverso decisioni giudiziali che dispongono lo svolgimento di perquisizioni, sequestri o audizioni testimoniali. Di conseguenza, tali provvedimenti sfuggono a qualsiasi controllo giurisdizionale, non essendo riconosciuta la legittimazione a impugnare né alle parti (pubblico ministero e imputato) né tantomeno alle persone che, pur non rivestendo la qualifica di indagato, ne sono sensibilmente incisi.

L'assenza di mezzi di impugnazione esperibili nei confronti di tali decisioni e la correlata impossibilità materiale, per l'autorità emittente, di fornire le relative informazioni hanno indotto il Tribunale a dubitare della compatibilità della normativa bulgara non solo con l'art. 14 della direttiva, ma anche con il principio di effettività della tutela giurisdizionale, consacrato a livello sovranazionale dall'art. 47 della Carta di Nizza e dall'art. 6 TUE. Pertanto, tenuto altresì conto delle precedenti condanne riportate dalla Bulgaria per la violazione della CEDU, l'autorità di emissione ha ritenuto opportuno sottoporre alla Corte di giustizia alcune questioni pregiudiziali, sintetizzabili nel modo che segue³⁸⁹.

Con la prima questione, il giudice del rinvio chiede se l'art. 14 della direttiva osti a una normativa nazionale, quale quella bulgara, che non consente in alcun modo di sindacare le ragioni di merito poste alla base dell'emissione di un OEI avente ad oggetto la perquisizione, il sequestro e l'audizione di testimoni.

³⁸⁹ Per completezza, si riportano per intero le questioni pregiudiziali formulate dal Tribunale: 1) se il diritto nazionale e la giurisprudenza nazionale siano compatibili con l'art. 14 della direttiva, nella parte in cui escludono l'impugnabilità, né direttamente mediante ricorso contro le decisioni giudiziarie, né indirettamente mediante separata azione risarcitoria, delle ragioni di merito alla base di un OEI, avente ad oggetto la perquisizione in un'abitazione e in locali commerciali, il sequestro di determinati oggetti nonché l'ammissione dell'audizione di testimoni; 2) se l'art. 14 § 2 della direttiva riconosca direttamente alle persone interessate il diritto di impugnare la decisione giudiziaria relativa all'OEI, sebbene il diritto nazionale non prevede alcun rimedio processuale in tal senso; 3) se la persona contro cui è stata formulata l'accusa penale sia, in considerazione dell'art. 14 § 2, in combinato disposto con l'art. 6 § 1 lett. a), e con l'art. 1 § 4 della direttiva, una persona interessata ai sensi dell'art. 14 § 4, qualora i provvedimenti di acquisizione di prove siano rivolti nei confronti del terzo; 4) se la persona che abiti o utilizzi i locali, nei quali debbano essere eseguiti la perquisizione e il sequestro, ovvero la persona che debba essere sentita come testimone, debba essere considerata quale persona interessata ai sensi dell'art. 14 § 4, in combinato disposto con il § 2 della direttiva.

La seconda questione mira, invece, a chiarire i contorni applicativi dell'art. 14 § 2 della direttiva e, in particolare, se la norma possa essere direttamente invocata per impugnare una decisione, anche qualora il diritto nazionale non contempli alcun rimedio processuale.

Con la terza e la quarta questione, il giudice *a quo* intende conoscere l'esatto significato da attribuire alla nozione di "persone interessate", che compare nell'art. 14 § 4 della direttiva, domandandosi se essa includa tanto la persona indagata o imputata, laddove i destinatari dei provvedimenti siano soggetti terzi, quanto questi ultimi.

Da un'attenta lettura dei quesiti rivolti al giudice sovranazionale si evince chiaramente che la questione connessa alle difficoltà emerse in sede di compilazione della sezione "J" dell'allegato "A" sia, in realtà, soltanto la punta dell'*iceberg*.

La delicatezza delle questioni sollevate dal Tribunale bulgaro è stata pienamente colta dall'Avvocato Generale il quale, nelle sue conclusioni³⁹⁰, ha adottato un approccio garantista, orientato alla salvaguardia delle garanzie fondamentali di tutti coloro che, a vario titolo, sono coinvolti nelle procedure di raccolta della prova transnazionale.

In un'ottica di giustizia sostanziale ed effettiva, ad avviso dell'Avvocato Generale, non vi è infatti alcun dubbio: in sede di bilanciamento tra esigenze connesse alla speditezza e all'efficacia della raccolta della prova all'estero e tutela dei diritti fondamentali, specialmente delle garanzie difensive, l'ago della bilancia deve pendere in quest'ultima direzione. La soluzione che si impone nel caso concreto dovrebbe quindi consistere nell'estromissione della Repubblica di Bulgaria dal "meccanismo di riconoscimento reciproco, centrale all'ordine europeo di indagine", motivata dalla "carente protezione dei diritti fondamentali"³⁹¹ derivante della mancata predisposizione di rimedi attivabili contro una decisione che adotta una misura investigativa. In altri termini, dalla non conformità del diritto bulgaro alla direttiva europea discenderebbe, quale effetto immediato, l'impossibilità di utilizzare l'OEI per soddisfare le esigenze correlate all'accertamento dei reati³⁹².

Le conclusioni cui perviene l'Avvocato Generale, poi disattese dalla Corte, sono il frutto di un'ampia ricostruzione delle disposizioni più significative contenute nella

³⁹⁰ Cfr. le *conclusioni* dell'Avvocato Generale, Yves Bot, presentate in data 11 aprile 2019.

³⁹¹ V. § 78 delle *conclusioni*.

³⁹² V. § 67-69 e 99 delle *conclusioni*.

direttiva, che valorizzano la necessità che ciascuno Stato membro offra ai propri cittadini un apparato effettivo di tutele giurisdizionali.

In tale ottica, assumono rilievo centrale l'art. 1 § 4, ove si precisa che la direttiva “non ha l'effetto di modificare l'obbligo di rispettare i diritti fondamentali e i principi giuridici sanciti dall'art. 6 TUE”, l'art. 11, comma 1, lett. f), che annovera tra i motivi di rifiuto la violazione delle garanzie fondamentali inerenti alla persona, nonché il *considerando* n. 19, che contempla una presunzione, a carattere relativo, di conformità da parte di tutti gli Stati membri ai diritti fondamentali, il cui superamento legittima il rigetto della richiesta da parte dello Stato di esecuzione.

In un siffatto quadro normativo, nel valutare la prima questione pregiudiziale, l'Avvocato Generale si fa promotore di un'interpretazione sostanziale del contenuto della sezione “J”, da leggersi in combinato disposto con gli artt. 14 § 1, 2, 4 e 5 della direttiva, dai quali si desume che il legislatore sovranazionale abbia presunto l'esistenza di mezzi di impugnazione nell'ordinamento di ciascuno Stato o, quantomeno, la loro introduzione in sede di recepimento della normativa europea.³⁹³

Per ciò che attiene alla seconda questione, strettamente connessa alla prima, qualora il diritto nazionale (in specie, quello bulgaro) non contenga alcun mezzo di gravame neppure in casi interni analoghi, deve ritenersi preclusa l'attribuzione di efficacia diretta all'14 § 2 della direttiva. Tale disposizione, infatti, “non può giustificare la creazione *ex nihilo* di un mezzo di impugnazione contro un atto di indagine europeo”³⁹⁴, presupponendo, al contrario, una solida base giuridica all'interno della cornice nazionale di riferimento.

In relazione al concetto di persone interessate, l'Avvocato Generale sostiene infine che esso ricomprenda sia la persona direttamente incisa dal compimento degli atti di indagine, che assume la qualifica di terzo, sia quella sottoposta ad indagini, anche qualora non sia la destinataria dei predetti atti. Tale interpretazione estensiva poggia sulla presenza di alcune norme che prendono espressamente in considerazione le persone interessate³⁹⁵, in contrapposizione ad altre che, invece, si riferiscono soltanto all'indagato o all'imputato³⁹⁶. Pertanto, nel caso di specie, il rappresentante legale della

³⁹³ V. § 55 delle *conclusioni*.

³⁹⁴ V. § 98 delle *conclusioni*.

³⁹⁵ Cfr. artt. 5 § 1 lett. c), 13 § 2, 14 § 4.

³⁹⁶ V. § 60 delle *conclusioni*.

società, destinatario degli atti d'indagine richiesti nell'ordine, è da considerarsi alla stregua di persona interessata, come tale astrattamente titolare del potere di proporre impugnazione avverso i provvedimenti che lo riguardano.

Alla luce delle considerazioni svolte, l'Avvocato Generale ritiene che “uno Stato membro che scelga di non recepire la direttiva 2014/41 sotto questo profilo, di non prevedere tali garanzie e, di conseguenza, di non rispettare l'equilibrio risultante dalla direttiva in esame tra la natura invasiva degli atti di indagine e la possibilità di impugnarli, non può beneficiare del meccanismo dell'ordine europeo di indagine”.³⁹⁷

Una strada totalmente opposta a quella intrapresa dall'Avvocato Generale è stata percorsa dalla Corte di giustizia la quale, riformulando le questioni pregiudiziali³⁹⁸ mediante una *reductio ad unum*³⁹⁹, si è concentrata unicamente sull'obiettivo della direttiva 2014/41/UE⁴⁰⁰, “consistente nel facilitare e nell'accelerare la cooperazione giudiziaria tra gli Stati membri sulla base dei principi e di riconoscimento reciproci”⁴⁰¹, senza curarsi troppo delle modalità necessarie alla sua attuazione.

E invero i giudici di Lussemburgo, dopo aver precisato che “la questione” sollevata dal giudice del rinvio verte essenzialmente “sul modo in cui deve compilare la sezione J del modulo che figura nell'allegato “A”⁴⁰², affrontano il problema da una prospettiva meramente formale, l'unica che sembra compatibile con la piena realizzazione dello

³⁹⁷ V. § 89 delle *conclusioni*.

³⁹⁸ V. § 25 della sentenza, ove si afferma che “il giudice del rinvio chieda, in sostanza, se l'art. 5 § 1 della direttiva 2014/41, in combinato disposto con la sezione J del modulo di cui all'allegato A debba essere interpretato nel senso che l'autorità giudiziaria di uno Stato membro debba, al momento dell'emissione di un ordine europeo di indagine, far figurare in tale sezione una descrizione dei mezzi di impugnazione che sono previsti, se del caso, nel suo Stato membro avverso l'emissione di un siffatto ordine”.

³⁹⁹ Sul punto cfr. M. SIMONATO, *Reciproco riconoscimento in materia penale e vie di ricorso*, cit., p. 2, il quale osserva che “evitando di rispondere a tutte le domande pregiudiziali – la compatibilità del sistema bulgaro con l'EIO, le possibili conseguenze di una valutazione negativa e l'effetto diretto di questo strumento – la CGUE ha offerto una soluzione pragmatica al caso, concludendo che la direttiva 2014/41/UE non dovrebbe essere interpretata nel senso che impone all'autorità emittente di includere in allegato una descrizione dei rimedi giuridici forniti dai paesi emittenti, se tali rimedi non sono stati chiesti o non esistono”.

⁴⁰⁰ Cfr. E. LORENZETTO, *L'ordine europeo di indagine penale: efficienza a garanzie per le acquisizioni probatorie in ambito euro-unitario*, in *Cass. pen.*, 2020, n. 3, p. 1302 ss., la quale è evidenza che “se è vero che la cooperazione giudiziaria penale, nella prospettiva del legislatore europeo, persegue un obiettivo essenzialmente efficientista, e cioè favorire la circolazione dei prodotti giudiziari in chiave di prevenzione, perseguimento e repressione dei reati, la direttiva 2014/41/UE relativa all'ordine europeo di indagine penale risponde pienamente allo scopo”.

⁴⁰¹ V. § 35 della sentenza.

⁴⁰² V. § 24 della sentenza.

scopo avuto di mira dalla direttiva OEI. Si afferma, infatti, che gli Stati sono tenuti alla reciproca comunicazione delle sole “informazioni formali minime necessarie”⁴⁰³, in modo da assicurare l’efficacia e la speditezza dell’attività di acquisizione probatoria all’estero⁴⁰⁴. Di conseguenza, al momento della compilazione della sezione “J”, non occorre dilungarsi nella descrizione dei mezzi di impugnazione eventualmente esperibili avverso il provvedimento di emissione di un OEI.

Una siffatta opzione ermeneutica, ad avviso della Corte, risulterebbe corroborata dal dato testuale in quanto, stando al tenore della sezione “J” da leggersi unitamente all’art. 5 § 1 della direttiva che fissa il contenuto minimo dell’OEI, l’autorità di emissione deve limitarsi a indicare se sia “già stato fatto ricorso a mezzi di impugnazione”⁴⁰⁵.

La Corte, dunque, si focalizza unicamente sulla formulazione letterale della sezione in oggetto, trascurando i suggerimenti provenienti dall’art. 14 della direttiva⁴⁰⁶. I giudici sovranazionali, infatti, invocano soltanto l’art. 5 § 1 – norma che invero non è neppure richiamata dal giudice del rinvio – per ricavare l’insussistenza dell’obbligo, a carico dell’autorità emittente, di fornire una compiuta descrizione dei rimedi usufruibili nello Stato di emissione. A un’attenta lettura sembra, al contrario, che l’art. 5 § 1 deponga nel senso di una compilazione più completa e accurata possibile del modulo di cui all’allegato “A”.

Difficilmente condivisibile è, inoltre, l’affermazione secondo cui l’orientamento adottato dalla Corte discenda dall’art. 14 § 5 della direttiva che, a ben vedere, intende piuttosto sollecitare la conoscenza reciproca dei rimedi impugnatori esistenti all’interno di ciascuno Stato. Chiamando in causa la suddetta norma, forse, si è semplicemente inteso sottolineare che la sede deputata allo scambio informativo tra le autorità non

⁴⁰³ V. § 36 della sentenza.

⁴⁰⁴ V. § 36 della sentenza e *considerando* n. 21.

⁴⁰⁵ V. § 73-76 delle *conclusioni*, in cui l’Avvocato Generale, in un primo momento, esprime dubbi in ordine alla “utilità che possa avere, per lo Stato di esecuzione, il fatto di sapere che nello Stato membro di emissione si sarebbe già fatto ricorso a un mezzo di impugnazione contro un ordine europeo d’indagine”, per poi osservare che, in effetti, si tratta di “un’informazione importante per lo Stato di esecuzione in quanto l’accoglimento di un tale mezzo d’impugnazione potrebbe rimettere in discussione l’atto d’indagine”. Si aggiunge, inoltre, che “la necessità di inserire nella sezione J, punto 2, le informazioni relative ai mezzi di impugnazione nello Stato di emissione garantisce anche l’effettività dei motivi di non riconoscimento o di non esecuzione sugli ordini europei d’indagine e, in particolare, del motivo enunciato nell’art. 11, paragrafo 1, lett. f) della direttiva”.

⁴⁰⁶ In senso contrario, v. § 94-95 delle *conclusioni*, nella parte in cui si ritiene che dal combinato disposto dell’art. 14 § 1 e 2 della direttiva 2014/41 derivi l’obbligo a carico degli Stati membri della previsione di un siffatto mezzo di impugnazione che “non può restare lettera morta”.

debba necessariamente coincidere con l'emissione dell'ordine, potendosi sfruttare le numerose occasioni di contatto che si presentano successivamente a tale momento⁴⁰⁷.

L'insegnamento che può trarsi dalla pronuncia in commento è dunque il seguente: l'impossibilità di censurare i provvedimenti adottati in attuazione di un OEI – e, ancor prima, nell'ambito di casi interni analoghi – non deve destare preoccupazione, poiché la normativa sovranazionale non prescrive, al momento dell'inoltro della richiesta, di fornire una puntuale descrizione dei mezzi di impugnazione esistenti nello Stato di emissione⁴⁰⁸.

In conclusione, pare proprio che la Corte di giustizia abbia aggirato, minimizzandolo, il problema sollevato dal giudice *a quo*, fermandosi in superficie ed evitando abilmente di addentrarsi nel terreno scivoloso del rispetto dei diritti fondamentali⁴⁰⁹.

La prevalenza incondizionatamente accordata al mutuo riconoscimento, sintomo dell'esasperata ricerca dell'efficienza, a scapito delle garanzie fondamentali, e soprattutto del diritto di difesa, rischia però di “giustificare i mezzi”, ossia di legittimare l'adozione e la circolazione di provvedimenti che sfuggono a ogni tipo di controllo giurisdizionale, vanificando il motivo di rifiuto di cui all'art. 11 § 1, lett. f) della direttiva⁴¹⁰.

⁴⁰⁷ V. *considerando* n. 23 e artt. 6 § 3, 9 § 6, 10 § 4, 11 § 4, 12 § 5 e 6, 15 § 2, 16 e 21 § 2 della direttiva.

⁴⁰⁸ Sul punto v. § 38 della sentenza, in cui si afferma, in conclusione, che “occorre rispondere alle questioni poste dichiarando che l'art. 5 § 1 della direttiva, in combinato disposto con la sezione J del modulo di cui all'allegato “A” della direttiva, deve essere interpretato nel senso che l'autorità giudiziaria di uno Stato membro non deve, al momento dell'emissione di un ordine europeo di indagine, far figurare in tale sezione una descrizione dei mezzi di impugnazione che sono previsti, se del caso, nel suo Stato membro avverso l'emissione di un siffatto ordine”.

⁴⁰⁹ Cfr. M. SIMONATO, *Reciproco riconoscimento in materia penale e vie di ricorso*, cit., p. 5, il quale pone, provocatoriamente, i seguenti interrogativi: “Quale tipo di violazione dovrebbe portare all'esclusione dal sistema di riconoscimento reciproco? Chi dovrebbe avere il potere di dichiarare uno Stato membro inadatto al riconoscimento reciproco? Sarebbe una sanzione proporzionata escludere *tout court* uno Stato membro da qualsiasi possibilità di applicare uno strumento “migliore”? E sarebbe nell'interesse dell'UE?”.

⁴¹⁰ Nello stesso senso, v. G. BORGIA, *Mandato d'arresto europeo e ordine europeo di indagine penale a confronto*, cit., pp. 12-13, il quale sottolinea che “nell'attestare la legittimità della normativa bulgara, la Corte ha omesso ogni riferimento alla possibilità per l'autorità dello Stato di esecuzione di avvalersi del motivo di rifiuto basato sulla prognosi di violazione dei diritti fondamentali”.

5. Brevi cenni sulla disciplina relativa agli specifici atti d'indagine

Il capo IV della direttiva OEI è interamente dedicato alla disciplina di taluni specifici atti investigativi⁴¹¹, sulla scia di quanto già previsto dalla Convenzione di Bruxelles del 2000. Si tratta, in particolare, del trasferimento temporaneo di persone detenute, delle audizioni mediante videoconferenza o conferenza telefonica, delle indagini bancarie e finanziarie, delle operazioni sotto copertura e delle intercettazioni di telecomunicazioni, per le quali è prevista una duplice disciplina, a seconda che sia o meno necessaria l'assistenza tecnica di un altro Stato membro.

Nel presente paragrafo s'intende fornire un quadro generale delle disposizioni che la direttiva riserva a tali atti d'indagine, rinviando a un momento successivo la disamina della disciplina interna⁴¹².

Per quanto riguarda il trasferimento temporaneo di una persona detenuta⁴¹³, gli artt. 22 e 23 specificano che esso è esclusivamente finalizzato al "compimento di un atto d'indagine per raccogliere elementi di prova, che richieda la sua presenza"⁴¹⁴ nel territorio dello Stato di emissione ovvero in quello di esecuzione.

In aggiunta ai motivi di rifiuto di cui all'art. 11, l'esecuzione può essere respinta in assenza del consenso dell'interessato o qualora il trasferimento rischi di prolungarne il periodo di detenzione. La persona trasferita rimane in stato detentivo nel territorio dello Stato di destinazione, e in quello in cui eventualmente transita, per fatti o condanne per

⁴¹¹ V. anche *considerando* n. 24: "L'OEI istituisce un regime unico per l'acquisizione di prove. Per certi tipi di atti di indagine, come il trasferimento temporaneo di persone detenute, l'audizione mediante videoconferenza o teleconferenza, l'acquisizione di informazioni su conti bancari o operazioni bancarie, le consegne controllate o le operazioni di infiltrazione, sono tuttavia necessarie disposizioni supplementari che dovrebbero essere fornite dall'OEI. Gli atti di indagine che implicano l'acquisizione di prove in tempo reale, in modo continuo e per un tempo determinato dovrebbero essere oggetto dell'OEI, ma dovrebbero essere convenute tra lo Stato di emissione e lo Stato di esecuzione, ove necessario, modalità pratiche per conciliare le differenze esistenti tra i diritti nazionali di tali Stati". Sull'argomento v. A. DIDDI, *Specifici atti di indagine*, in F. Ruggieri (a cura di), *Processo penale e regole europee*, cit., p. 65 ss. e L. CAMALDO - F. CERQUA, *La direttiva sull'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 3511 ss.

⁴¹² V. *infra*, cap. III, § 6.

⁴¹³ Cfr. F. FIORENTIN, *I trasferimenti dei detenuti*, in M. Daniele - R. E. Kostoris (a cura di), *L'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 279 ss.; R. PICCIRILLO, *Il trasferimento temporaneo di soggetti detenuti per indagini o assunzione di prove*, in M. R. Marchetti - E. Selvaggi (a cura di), *La nuova cooperazione giudiziaria penale*, cit., p. 493 ss.

⁴¹⁴ V. *considerando* n. 25, nella parte in cui chiarisce che "qualora tale persona debba essere trasferita in un altro Stato membro ai fini di un procedimento penale, anche per comparire dinanzi a un organo giurisdizionale per essere processata, dovrebbe essere emesso un mandato d'arresto europeo in conformità della decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio".

cui era ristretto nello Stato di partenza, a meno che quest'ultimo ne richieda la liberazione. In ogni caso, il periodo trascorso in stato di detenzione deve essere detratto da quello complessivamente da scontare.

Durante la permanenza nello Stato in cui il detenuto è temporaneamente trasferito trova applicazione il principio di specialità: si prevede espressamente che questi non possa essere perseguito o detenuto per condanne pronunciate o fatti commessi prima della sua partenza, diversi da quelli indicati nell'OEI. Tuttavia, il beneficio dell'immunità cessa di operare allorché l'interessato, pur avendo avuto la possibilità di allontanarsi, trascorsi quindici giorni dalla data in cui la sua presenza nel territorio dello Stato non era più richiesta, non si sia allontanato ovvero vi abbia fatto volontariamente ritorno, dopo averlo lasciato⁴¹⁵.

Le norme successive (art. 24 e 25) concernono l'audizione del testimone, del perito, dell'indagato o imputato che si trovi nello Stato di esecuzione, da svolgersi mediante videoconferenza o altra trasmissione audiovisiva ovvero, soltanto nel caso del testimone e del perito, mediante teleconferenza⁴¹⁶. Il mancato consenso della persona sottoposta ad indagini o imputata e la contrarietà dell'esecuzione ai principi fondamentali dello Stato di esecuzione integrano speciali motivi di rifiuto dell'ordine di audizione.

Quanto alle modalità pratiche di attuazione, che possono essere concordate dalle autorità coinvolte nel rispetto delle indicazioni fornite dalla direttiva, si prevede la partecipazione di un rappresentante dell'autorità di esecuzione, se necessario assistito da un interprete, che provvede ad assicurare l'identificazione della persona da ascoltare e il rispetto dei principi fondamentali dello Stato di appartenenza. L'esame è condotto direttamente dall'autorità di emissione o comunque sotto la sua direzione.

Come osservato in dottrina⁴¹⁷, si tratta di una previsione innovativa, funzionale a consentire l'applicazione della *lex fori* e a garantire, di conseguenza, l'utilizzabilità nel

⁴¹⁵ Si tratta delle consuete deroghe al principio di specialità già previste nell'ambito dell'extradizione e del mandato d'arresto europeo (rispettivamente, artt. 699, comma 2 e 721, comma 5 lett. c), c.p.p.; artt. 26, comma 2 lett. a) e 32 l. 69/2005), in cui il termine è elevato a 45 giorni. In proposito, v. L. CAMALDO, *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.*, 2017, n. 11, p. 4207.

⁴¹⁶ Sul tema v. M. BOLOGNARI, *Le videoconferenze*, in M. Daniele - R. E. Kostoris (a cura di), *L'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 257 ss.; R. PICCIRILLO, *Le videoconferenze e le conferenze telefoniche transnazionali*, in M. R. Marchetti - E. Selvaggi (a cura di), *La nuova cooperazione giudiziaria penale*, cit., p. 511 ss.

⁴¹⁷ Cfr. L. CAMALDO - F. CERQUA, *La direttiva sull'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 3525.

processo instaurato dinnanzi alle autorità dello Stato di emissione delle dichiarazioni confluite nell'apposito verbale. Le garanzie difensive della persona da ascoltare si esauriscono nelle previsioni relative all'assistenza di un interprete, se necessaria, e all'informazione preventiva sui diritti procedurali eventualmente contemplati da entrambi gli Stati membri, inclusa la facoltà di astenersi dal deporre.

L'acquisizione di informazioni bancarie e finanziarie può invece avvenire secondo tre differenti modalità. In primo luogo, l'art. 26 stabilisce che l'emissione di un OEI possa essere volta ad accertare se una persona fisica o giuridica sia titolare di uno o più conti, di qualsiasi natura, in una banca o in un istituto finanziario situato nello Stato di esecuzione. In caso affermativo, l'autorità di emissione⁴¹⁸ può ottenere tutti i dettagli dei conti così individuati. In secondo luogo, ai sensi dell'art. 27, è possibile richiedere informazioni relative a dettagli⁴¹⁹ specifici, relativi a operazioni bancarie o finanziarie compiute in riferimento a un determinato conto corrente⁴²⁰.

Da ultimo, l'art. 28 disciplina il controllo delle operazioni bancarie o finanziarie che implicano l'acquisizione di elementi di prova in tempo reale, in modo continuo e per un tempo determinato (c.d. "sorveglianza elettronica"), che può aver luogo nello Stato di emissione soltanto qualora sia consentito in un caso interno analogo. In tale ipotesi, il rispetto del principio di equivalenza funge, peraltro, non da condizione di emissione, ma da speciale motivo di rifiuto.

La medesima norma si riferisce, inoltre, alle consegne controllate nello Stato di esecuzione che, unitamente alle operazioni di infiltrazione di cui al successivo art. 29, costituiscono particolari modalità di indagine, tipicamente svolte dagli organi di polizia giudiziaria. Con riferimento alle consegne controllate, già disciplinate dall'Accordo di

⁴¹⁸ L'art. 26 § 5 prevede che l'autorità emittente, compilando l'apposita sezione "H4" del modulo di cui all'allegato "A", indichi i motivi per cui ritiene che le informazioni richieste possano essere importanti ai fini del procedimento penale in questione e quelli per cui presume che i conti siano detenuti presso banche dello Stato di esecuzione e, se dispone di informazioni al riguardo, indica quali banche potrebbero essere interessate nonché qualsiasi altra informazione che possa facilitarne l'esecuzione.

⁴¹⁹ V. *considerando* n. 29, ove si specifica che "per «dettagli» si dovrebbero intendere almeno il nome e l'indirizzo del titolare del conto, i dettagli di una procura sul conto e altri dettagli o documenti forniti dal titolare del conto al momento della sua apertura e ancora in possesso della banca".

⁴²⁰ V. R. BELFIORE, *Le indagini bancarie*, in M. R. Marchetti - E. Selvaggi (a cura di), *La nuova cooperazione giudiziaria penale*, cit., p. 437 ss., nonché M. PANZAVOLTA, *Le indagini bancarie*, in M. Daniele - R. E. Kistoris (a cura di), *L'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 315, il quale evidenzia che la differenza tra l'ipotesi di cui all'art. 26 e quella prevista dall'art. 27 risiede nel fatto che "nel primo caso il *target* della misura sono i conti correnti riferibili all'indagato; nel secondo, la misura punta ai conti rilevanti per l'indagine, a prescindere dal soggetto che ne sia titolare".

Schengen esclusivamente in relazione al traffico internazionale di sostanze stupefacenti e psicotrope⁴²¹, la direttiva ne estende il raggio operativo, prevedendo che il diritto di azione, direzione e controllo spetti alle autorità dello Stato di esecuzione.

Per quanto attiene, invece, alle operazioni sotto copertura⁴²², che si sostanziano nel compimento di attività investigative sulla criminalità da parte di agenti infiltrati o sotto falsa identità, il tratto caratteristico risiede nell'applicazione della *lex loci*, in deroga a quanto stabilito in via generale dall'art. 9 § 2 della direttiva⁴²³. L'autorità che emette un OEI per chiedere il compimento di attività sotto copertura deve limitarsi a indicare, nell'apposita sezione "H6" dell'allegato "A", i motivi per i quali l'atto sia da ritenersi utile ai fini investigativi, mentre i poteri di azione, direzione e controllo delle operazioni sono attribuiti all'autorità esecutiva. La durata, i dettagli delle operazioni e lo *status* giuridico degli agenti infiltrati sono concordate dagli Stati coinvolti, conformemente ai rispettivi diritti e procedure nazionali. Il mancato raggiungimento di un accordo sulle concrete modalità di svolgimento delle operazioni sotto copertura costituisce, peraltro, un autonomo motivo che ne ostacola l'esecuzione.

In linea con la Convenzione di Bruxelles (artt. 17-20), anche la direttiva OEI detta una specifica disciplina in materia di intercettazioni⁴²⁴, operando una distinzione a

⁴²¹ Cfr. art. 73 della Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen: "Conformemente alla propria Costituzione ed al proprio ordinamento giuridico nazionale, le Parti contraenti si impegnano a prendere misure per permettere le forniture sorvegliate, nell'ambito del traffico illecito di stupefacenti e di sostanze psicotrope. La decisione di far ricorso a forniture sorvegliate sarà presa in ciascun caso specifico sulla base di un'autorizzazione preventiva di ciascuna Parte contraente interessata. Ciascuna Parte contraente mantiene la direzione ed il controllo dell'operazione nel suo territorio ed è legittimata ad intervenire".

⁴²² Sull'argomento v. P. P. PAULESU, *Le operazioni sotto copertura*, in M. Daniele - R. E. Kostoris (a cura di), *L'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 337 ss.; G. BARROCU, *Le operazioni di infiltrazione*, in M. R. Marchetti - E. Selvaggi (a cura di), *La nuova cooperazione giudiziaria penale*, cit., p. 421 ss.

⁴²³ Non si tratta peraltro di una novità, atteso che l'applicabilità della *lex loci* alle operazioni di infiltrazione era già prevista dall'art. 14 della Convenzione di Bruxelles del 2000.

⁴²⁴ Circa l'estensione dell'ambito applicativo all'acquisizione dei dati "esterni" e alle operazioni di *positioning*, v. *considerando* n. 30: "Le possibilità di cooperare conformemente alla presente direttiva in materia di intercettazione delle telecomunicazioni non dovrebbero essere limitate al contenuto delle telecomunicazioni, ma dovrebbero anche riguardare la raccolta di dati relativi al traffico e all'ubicazione associate a tali telecomunicazioni, in modo che le autorità competenti possano emettere un OEI inteso a ottenere dati meno intrusivi sulle telecomunicazioni. Un OEI volto a ottenere dati storici relativi al traffico e all'ubicazione connessi alle telecomunicazioni dovrebbe rientrare nel regime generale applicabile all'esecuzione dell'OEI e può essere considerato, a seconda del diritto dello Stato di esecuzione, un atto di indagine coercitivo".

seconda che le relative operazioni richiedano (art. 30) o meno (art. 31) l'assistenza tecnica di un altro Stato membro⁴²⁵.

Nella prima ipotesi⁴²⁶, l'OEI può essere eseguito trasmettendo immediatamente le telecomunicazioni intercettate o, in alternativa, intercettando, registrando e trasferendo successivamente il risultato delle captazioni ottenute allo Stato di emissione, che sia privo della tecnologia necessaria per effettuare in autonomia dette operazioni. All'atto della richiesta o durante l'intercettazione, l'autorità emittente può esigere la trascrizione, la decodificazione o la decrittazione della registrazione, sopportandone i relativi costi, in deroga a quanto stabilito dall'art. 21 della direttiva.

Oltre a esprimere una preferenza per il metodo di esecuzione, l'autorità di emissione deve indicare, all'interno della sezione "H7" del modulo allegato alla direttiva, le informazioni necessarie all'identificazione della persona sottoposta all'intercettazione, la durata "auspicata" delle operazioni, nonché i dati tecnici necessari all'esecuzione dell'OEI (in particolare, gli elementi identificativi dell'obiettivo, quali il telefono cellulare o fisso, l'indirizzo di posta elettronica, la connessione internet).

Più particolareggiata è la disciplina delineata dall'art. 31 della direttiva, riservata all'ipotesi in cui l'indirizzo di comunicazione in uso alla persona da sottoporre ad intercettazione sia localizzato sul territorio dello Stato membro "notificato", la cui assistenza tecnica non si rivela necessaria ai fini dell'operazione. In tal caso, lo Stato membro che procede all'intercettazione deve notificare allo Stato estero lo svolgimento delle operazioni. La notifica, da eseguirsi utilizzando il modulo di cui all'allegato "C", precede l'avvio delle operazioni qualora l'autorità competente sappia, già al momento di disporre l'intercettazione, che il soggetto "bersaglio" si trovi o si troverà sul territorio di un altro Stato membro.

⁴²⁵ Per una puntuale ricostruzione della disciplina sovranazionale in tema di intercettazioni v. R.G. GRASSIA, *La disciplina delle intercettazioni: l'incidenza della direttiva 2014/41/UE sulla normativa nazionale*, in T. Bene - L. Luparia - L. Marafioti (a cura di), *L'ordine europeo di indagine*, cit., p. 199 ss.; C. MARINELLI, *Le intercettazioni di comunicazioni*, in M. Daniele - R. E. Kostoris (a cura di), *L'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 221 ss.; F. NANNI, *Le intercettazioni telefoniche*, in M. R. Marchetti - E. Selvaggi (a cura di), *La nuova cooperazione giudiziaria penale*, cit., p. 459 ss.

⁴²⁶ V. art. 30 § 2 e *considerando* n. 31. Se più Stati membri sono in grado di fornire l'intera assistenza tecnica necessaria per la stessa intercettazione di telecomunicazioni, l'OEI è trasmesso solo ad uno di essi ed è sempre data la priorità allo Stato membro in cui si trova o si troverà la persona soggetta a intercettazione.

Se, invece, tale conoscenza sopravviene in un momento successivo, la notifica deve essere inviata nel corso o al termine delle operazioni d'intercettazione. Si prevede, altresì, che qualora l'attività di captazione occulta non sia consentita in un caso interno analogo, l'autorità competente dello Stato membro notificato possa, senza ritardo e comunque entro novantasei ore dalla ricezione della notifica, comunicare all'autorità estera che l'intercettazione non può essere effettuata o che si pone fine alla medesima.

L'interruzione delle operazioni comporta l'inutilizzabilità dei risultati eventualmente già acquisiti ovvero la loro utilizzabilità parziale, alle condizioni espressamente stabilite dall'autorità dello Stato membro notificato.

CAPITOLO III

LE SOLUZIONI OFFERTE DAL LEGISLATORE NAZIONALE E LE PRIME PRONUNCE GIURISPRUDENZIALI TRA CRITICITÀ E INNOVAZIONE

SOMMARIO. 1. La cornice normativa: il d.lgs. 21 giugno 2017, n. 108. – 2. Le autorità competenti sul versante passivo e attivo: il ruolo centrale del Procuratore “distrettuale”. – 3. Il riconoscimento e l’esecuzione dell’OEI proveniente dall’estero. – 3.1. La proporzionalità “all’italiana” e le scelte compiute in punto di motivi di rifiuto. – 4. Le garanzie difensive nella procedura passiva: la comunicazione del decreto di riconoscimento e le impugnazioni *ex art.* 13 d.lgs. n. 108/2017. – 4.1. L’OEI al banco di prova: le problematiche emerse nella giurisprudenza di legittimità. – 4.2. L’equiparazione tra ricezione e riconoscimento: una prassi da censurare. – 4.3. La comunicazione tardiva del decreto di riconoscimento e i risvolti negativi di un’opposizione intempestiva: una violazione del diritto di difesa? – 4.4. Il rapporto tra opposizione e riesame: *aut-aut!* – 5. Le prerogative della difesa nella procedura attiva: *in medio stat virtus*. – 5.1. L’utilizzabilità del materiale probatorio acquisito all’estero. – 6. Le intercettazioni mediante OEI: quale spazio per l’instradamento?

1. La cornice normativa: il d.lgs. 21 giugno 2017, n. 108

Mediante il d.lgs. 21 giugno 2017, n. 108⁴²⁷, l’Italia ha dato attuazione, con lieve ritardo⁴²⁸, alla direttiva 2014/41/UE relativa all’ordine europeo d’indagine penale, così soddisfacendo “l’esigenza di delineare una disciplina coerente con la nuova imminente configurazione dell’assistenza giudiziaria in materia penale”⁴²⁹.

Il presente capitolo intende illustrare le scelte compiute dal legislatore nazionale in sede di recepimento, prestando attenzione alle soluzioni che specificano alcuni aspetti della normativa europea o che da essa si discostano, seppur parzialmente, per poi

⁴²⁷ Pubblicato in *G.U.*, 13 luglio 2017, n. 162. Tra i primi commenti all’articolato normativo si segnala M. DANIELE, *L’ordine europeo di indagine penale entra a regime. Prime riflessioni sul d.lgs. n. 108 del 2017*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2017, n. 7-8, p. 208 ss.; L. CAMALDO, *La normativa di attuazione dell’ordine europeo di indagine: le modalità operative del nuovo strumento di acquisizione della prova all’estero*, in *Cass. pen.*, 2017, n. 11, p. 4196 ss.; G. DE AMICIS, *Dalle rogatorie all’ordine europeo di indagine: verso un nuovo diritto della cooperazione giudiziaria penale*, in *Cass. pen.*, 2018, n. 1, p. 22 ss.; E. SELVAGGI, *L’ordine europeo di indagine – EIO, come funziona?*, in *Cass. pen.*, 2018, n. 1, p. 44 ss.; R. BELFIORE, *Su alcuni aspetti del decreto di attuazione dell’ordine europeo di indagine di indagine penale*, in *Cass. pen.*, 2018, n. 1, p. 400 ss.; A. MANGIARACINA, *L’acquisizione “europea” della prova cambia volto: l’Italia attua la Direttiva relativa all’ordine europeo di indagine di indagine penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, n. 2, p. 158 ss.; M. DANIELE - R. E. KOSTORIS (a cura di), *L’ordine europeo di indagine penale. Il nuovo volto della raccolta transnazionale delle prove nel d.lgs. n. 108 del 2017*, Torino, Giappichelli, 2018; R. E. KOSTORIS, *L’attuazione italiana dell’ordine investigativo europeo*, in A. Giarda - F. Giunta - G. Varraso (a cura di), *Dai decreti attuativi della legge “Orlando” alle novelle di fine legislatura*, Wolters Kluwer Cedam, 2018, p. 491 ss.

⁴²⁸ Si rammenta che il termine per il recepimento scadeva il 22 maggio 2017.

⁴²⁹ Così la *Relazione Illustrativa* allo schema di d.lgs., cit., p. 1.

procedere all'analisi delle prime pronunce rese in materia dalla giurisprudenza di legittimità, nel tentativo di coglierne i profili maggiormente controversi.

Preliminarmente, occorre soffermarsi sulla struttura del decreto attuativo, che si presenta suddiviso in tre titoli.

Il primo (artt. 1-3) contiene le disposizioni di principio, le definizioni – relative all'ordine europeo d'indagine e delle autorità coinvolte – e la clausola di protezione dei dati personali, in linea con quanto previsto dall'art. 20 della direttiva in tema di tutela della *privacy*. Il secondo (artt. 4 - 26) e il terzo titolo (artt. 27 - 46) concernono, rispettivamente, la procedura passiva e quella attiva, includendovi anche la regolamentazione degli specifici atti investigativi, sulla scia della direttiva europea⁴³⁰.

La definizione di OEI è offerta dall'art. 2 del decreto, secondo cui esso integra un “provvedimento emesso dalla autorità giudiziaria o dalla autorità amministrativa e convalidato dall'autorità giudiziaria di uno Stato membro dell'Unione europea, per compiere atti di indagine o di assunzione probatoria che hanno ad oggetto persone o cose che si trovano nel territorio dello Stato o di un altro Stato membro dell'Unione ovvero per acquisire informazioni o prove che sono già disponibili”.

In relazione ai contorni applicativi, si segnala sin da ora che, ai sensi dell'art. 27 d.lgs. n. 108/2017, l'OEI può essere attivato nell'ambito non soltanto di un procedimento penale⁴³¹, ma anche in un procedimento finalizzato all'applicazione di misure di prevenzione (solo) patrimoniali, per le quali la competenza spetta al Tribunale⁴³².

⁴³⁰ V. *supra*, cap. II, § 5.

⁴³¹ Ad avviso di A. MANGIARACINA, *L'acquisizione “europea” della prova cambia volto*, cit., p. 170, vi dovrebbe rientrare anche il procedimento per la responsabilità amministrativa da reato degli enti, delineato nel d.lgs. n. 231 del 2001. Inoltre, v. la *Circolare in tema di attuazione della direttiva 2014/41/UE relativa all'ordine europeo di indagine penale – Manuale operativo* del Ministero della giustizia, del 26 ottobre 2017, p. 42, in cui si afferma che “il riferimento al procedimento penale senza ulteriori connotazioni (non si dice procedimento di cognizione) è tale da includere tra i legittimati all'emissione: il giudice penale dell'esecuzione che debba acquisire documenti o informazioni ai sensi degli artt. 666, comma 5, o 667, comma 1, c.p.p.; la magistratura di sorveglianza, per quanto attiene all'acquisizione dei documenti necessari per un'attenta valutazione della situazione globale del detenuto, in vista per esempio della concessione di benefici o misure alternative.”

⁴³² Cfr. la *Relazione Illustrativa*, cit., p. 18: “Se la natura giurisdizionale di siffatto procedimento appare ormai indiscutibile, nondimeno la precisazione è sembrata utile al fine di evitare incertezze riservando espressamente siffatta possibilità all'autorità giudiziaria”. Cfr. anche la *Circolare in tema di attuazione della direttiva 2014/41/UE relativa all'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 43, ove si precisa che “dovrà trattarsi, anche in questo ambito, di un ordine inteso alla ricerca, all'acquisizione e/o all'assicurazione di elementi conoscitivi e non, per esempio, all'esecuzione della confisca di prevenzione

Per quanto attiene, invece, alle autorità coinvolte nelle procedure di emissione ed esecuzione, al di là delle definizioni che in sostanza riproducono quelle contenute nella direttiva, l'art. 2 del decreto precisa che l'autorità centrale, designata a norma dell'art. 7 § 3 della direttiva, è da identificarsi con il Ministero della giustizia. Al fine di snellire la procedura e favorire la trasmissione diretta tra le autorità giudiziarie, si è optato per delineare in termini di mera assistenza le funzioni attribuite all'autorità centrale⁴³³, cui rivolgersi in caso di difficoltà nelle comunicazioni o qualora insorgano questioni sulla provenienza e autenticità dell'atto⁴³⁴. Sul versante della procedura passiva, la trasmissione di una copia dell'OEI al Ministero della giustizia è prescritta dall'art. 4 d.lgs. n. 108/2017, mentre analogo onere informativo non è espressamente previsto nell'ambito della speculare procedura attiva.

Nondimeno, si ritiene che anche qualora l'OEI provenga dall'autorità italiana sia comunque doveroso darne comunicazione al ministro, in applicazione dell'art. 204 *bis* disp. att. c.p.p., dettato in materia di rogatorie internazionali⁴³⁵.

Non si rinviene alcun riferimento esplicito neppure alla possibilità di rivolgersi a Eurojust: l'art. 32 d.lgs. n. 108/2017 menziona infatti unicamente il sistema di telecomunicazione e i punti di contatto della Rete giudiziaria europea, di cui l'autorità italiana può avvalersi in fase di trasmissione dell'OEI. Anche in tal caso, si avverte, però, la necessità di coinvolgere il *desk* italiano presso Eurojust, facendo leva sull'art. 7, comma 3, l. n. 41 del 2005, quantomeno nei casi in cui l'ordine sia emesso nell'ambito

o al sequestro inteso ad assicurarne gli effetti, per i quali continueranno a operare altri strumenti di cooperazione internazionale”.

⁴³³ Il ridimensionamento del ruolo ministeriale rappresenta, come già osservato, un corollario del principio del mutuo riconoscimento, che trova conferma, a livello generale, nell'art. 696 *quinquies* c.p.p.

⁴³⁴ V. la *Relazione illustrativa*, cit., p. 2, secondo cui depone in tal senso “l'inciso ‘se necessario’ contenuto nell'art. 32 dello schema, in maniera corrispondente alla previsione dell'art.7§7 della direttiva”. Sul punto, la *Circolare in tema di attuazione della direttiva 2014/41/UE relativa all'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 46, segnala, peraltro, che “non tutti gli Stati membri hanno declinato la previsione dell'art. 7 § 3 della direttiva come il legislatore italiano, che assegna all'Autorità centrale insediata presso il Ministero della giustizia esclusivamente una funzione di supporto informativo e consente l'accesso diretto all'Autorità giudiziaria italiana da parte delle autorità di emissione degli altri Stati membri. Alcuni Stati hanno operato la scelta di scindere le autorità competenti per la ricezione dell'OEI e quelle competenti per il riconoscimento e l'esecuzione. Altri hanno designato autorità di ricezione e/o di esecuzione differenziate in ragione della natura del mezzo investigativo o probatorio richiesto, della connotazione urgente o meno dell'atto, del reato per cui si procede. In altri casi ancora, la peculiare struttura ordinamentale ha determinato l'indicazione di autorità centrali differenziate in ragione dell'area territoriale ove l'atto deve trovare esecuzione”.

⁴³⁵ In tal senso, F. SPIEZIA, *L'ordine di indagine europeo: cosa è utile sapere? Domande e risposte a cura del Desk Italiano di Eurojust*, in *Dir. pen. cont.*, 28 settembre 2017, p. 9.

di indagini rientranti nel perimetro di competenza dell’Agenzia europea, che coinvolgano almeno due Stati membri dell’Unione o un Paese terzo⁴³⁶.

Come si dirà meglio in seguito⁴³⁷, proprio in ragione del prezioso supporto che Eurojust è in grado di fornire, in tempi celeri, alle autorità coinvolte nelle procedure di emissione ed esecuzione di un OEI, nell’ultimo periodo si è registrato un crescente ricorso da parte degli Stati membri all’ausilio dei *desk* nazionali per far fronte alle varie difficoltà riscontrate sul piano pratico.⁴³⁸

Da ultimo, si segnala che, sia sul versante passivo, sia su quello attivo, qualora si proceda a indagini relative ai delitti di cui all’art. 51, commi 3 *bis* e 3 *quater*, c.p.p.⁴³⁹, è posto in capo all’autorità competente l’onere di informare il Procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo circa l’avvenuta ricezione o emissione dell’OEI, ai fini di agevolare il coordinamento investigativo.

2. Le autorità competenti sul versante passivo e attivo: il ruolo centrale del Procuratore “distrettuale”

Nel quadro della procedura passiva⁴⁴⁰, una delle principali peculiarità consiste nell’individuazione dell’autorità deputata al riconoscimento e all’esecuzione di un OEI: la scelta legislativa è, infatti, ricaduta sul procuratore della Repubblica presso il tribunale del capoluogo del distretto nel quale devono essere compiuti gli atti richiesti

⁴³⁶ Così F. SPIEZIA, *L’ordine di indagine europeo*, cit., pp. 10-11. Tale soluzione è peraltro unanimemente condivisa dalla dottrina.

⁴³⁷ V. *infra*, cap. IV.

⁴³⁸ Cfr. la *Relazione del membro nazionale di Eurojust*, a firma del dott. Spiezia, relativa all’anno operativo 2020, p. 42, che riporta un grafico da cui si evince il significativo aumento dei casi riguardanti gli OEI che hanno coinvolto l’Italia, sia dal lato passivo che da quello attivo. In particolare, nel 2020 sono stati registrati 225 OEI emessi dall’autorità italiane, a fronte dei 216 dell’anno precedente e dei 172 del 2018. Sul versante passivo, l’Agenzia europea ha ricevuto, nel 2020, 166 ordini provenienti da autorità straniere e diretti all’Italia (nel 2019 erano 110, mentre nel 2018 soltanto 63). È poi evidente il distacco rispetto al 2017, in cui sono stati registrati 25 OEI attivi e uno solo passivo.

⁴³⁹ Cfr. artt. 4, comma 1, e 27, comma 2, d.lgs. n. 108/2017.

⁴⁴⁰ A tal proposito cfr. L. CAMALDO, *L’ordine europeo di indagine penale. Profili generali e procedura passiva*, in F. Ruggieri (a cura di), *Processo penale e regole europee*, cit., p. 17 ss.; P. SPAGNOLO, *I presupposti e i limiti dell’ordine di indagine europeo nella procedura passiva*, in M. R. Marchetti - E. Selvaggi (a cura di), *La nuova cooperazione giudiziaria penale*, cit., p. 263 ss.; T. RAFARACI, *Il procedimento passivo di riconoscimento ed esecuzione*, in *id.*, p. 295 ss.

dall'autorità estera, salvi i casi in cui sia necessario l'intervento del giudice per le indagini preliminari ai sensi dell'art. 5 d.lgs. n. 108/2017.

Il conferimento di un ruolo centrale al procuratore distrettuale, destinatario della competenza funzionale *ex art. 4, comma 1, d.lgs. n. 108/2017*, si colloca sulla scia delle scelte già espresse in sede di attuazione della Convenzione "MAP" (art. 8 d.lgs. n. 52 del 2017) e di riforma della disciplina sulle rogatorie (art. 724 c.p.p.), che hanno determinato l'eclissamento del vaglio preliminare sino a quel momento affidato alla Corte d'appello.

Si tratta, evidentemente, di una soluzione finalizzata a "velocizzare lo svolgimento delle procedure, investendone con immediatezza i soggetti ordinariamente dediti ad attività di indagine"⁴⁴¹.

La competenza territoriale del procuratore è individuata sulla base di un duplice criterio: quantitativo, riferito al luogo (*i.e.* al distretto) in cui deve compiersi il maggior numero di atti, e qualitativo, che ruota attorno al concetto di "atto di maggior importanza investigativa". Con riferimento a quest'ultimo criterio, destinato a operare in via residuale in caso di ugual numero di atti, si ritiene che il procuratore italiano debba attenersi alle indicazioni ricevute dall'autorità di emissione⁴⁴². Di conseguenza, è da considerarsi maggiormente rilevante l'atto considerato tale secondo i parametri della *lex fori*. Il procuratore conserva la propria competenza anche in relazione a un OEI emesso, nello stesso o in altro procedimento, a integrazione o completamento di un precedente ordine o che risulti ad esso collegato, a norma dell'art. 34 d.lgs. n. 108/2017⁴⁴³. Qualora

⁴⁴¹ In questi termini, v. la *Circolare in tema di attuazione della direttiva 2014/41/UE relativa all'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 14. In dottrina, v. R. BELFIORE, *Su alcuni aspetti del decreto di attuazione dell'ordine europeo di indagine di indagine penale*, cit., p. 403, la quale valuta positivamente la scelta di "affidare l'attività investigativa e istruttoria richiesta da un'autorità straniera al procuratore della Repubblica ovvero al giudice per le indagini preliminari" nei casi di cui all'art. 5 d.lgs. n. 108/2017, in quanto si rivela maggiormente "coerente con la vocazione propria di questi organi, oltre che più adeguata a ragioni di efficienza". In senso critico si esprime, invece, M. R. MARCHETTI, *Cooperazione giudiziaria: innovazioni apportate e occasioni perdute*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, n. 12, p. 1546.

⁴⁴² Così R. BELFIORE, *Su alcuni aspetti del decreto di attuazione dell'ordine europeo di indagine di indagine penale*, cit., p. 403. L'A. si domanda a tal proposito "come possa la Procura italiana che riceve l'ordine di indagine determinare quale sia, tra tanti, l'atto più rilevante, senza prendere visione dell'intero fascicolo processuale".

⁴⁴³ Sotto questo profilo, v. la *Relazione Illustrativa*, cit., p. 3, che motiva tale scelta invocando "ragioni legate al rispetto del principio della c.d. continuità investigativa", che "giustificano l'assegnazione della competenza al procuratore distrettuale che si è occupato della prima richiesta quando l'OEI è collegato ad una precedente richiesta".

l'autorità competente alla ricezione sia stata erroneamente individuata, il procuratore trasmette immediatamente gli atti ad altro ufficio, dandone contestuale comunicazione all'autorità emittente, ferma restando l'applicazione degli artt. 54, 54 *bis* e 54 *ter* c.p.p., nel caso insorga un contrasto tra uffici del pubblico ministero⁴⁴⁴.

Come si è anticipato, al ruolo di protagonista conferito al procuratore distrettuale si affianca la competenza del giudice per le indagini preliminari, che sussiste qualora l'autorità di emissione richieda che l'atto sia compiuto da tale organo ovvero quando il suo intervento sia prescritto dalla *lex loci*⁴⁴⁵. In siffatte ipotesi, contemplate dall'art. 5 del decreto, il procuratore dapprima procede, ove possibile, al riconoscimento dell'OEI e poi ne richiede l'esecuzione al giudice per le indagini preliminari, il quale, a sua volta, è tenuto ad accertare, in positivo, la sussistenza delle condizioni per il riconoscimento e, in negativo, l'assenza di ragioni ad esso ostative⁴⁴⁶.

La decisione relativa all'autorizzazione matura all'esito dell'udienza camerale *ex art.* 127 c.p.p., salva l'osservanza delle forme espressamente richieste dall'autorità di emissione, che siano conformi ai principi dell'ordinamento dello Stato di esecuzione.

Sul versante attivo della procedura⁴⁴⁷, l'art. 27 del decreto individua quali autorità competenti il pubblico ministero e il giudice procedente⁴⁴⁸, ciascuno nell'ambito delle rispettive attribuzioni⁴⁴⁹, a seconda della fase procedimentale o processuale in cui si

⁴⁴⁴ Cfr. L. CAMALDO, *La normativa di attuazione dell'ordine europeo di indagine: le modalità operative del nuovo strumento di acquisizione della prova all'estero*, cit., p. 4200.

⁴⁴⁵ È il caso, ad esempio, delle intercettazioni di comunicazioni o conversazioni e del prelievo coattivo di materiale biologico su persone viventi, per i quali, ai sensi rispettivamente degli artt. 267 e 359 *bis* c.p.p., si richiede l'autorizzazione del giudice per le indagini preliminari ovvero, nei casi di urgenza, la convalida del provvedimento adottato *ex ante* dal pubblico ministero.

⁴⁴⁶ V. la *Relazione Illustrativa*, cit., p. 1, nella parte in cui afferma che il giudice non assolve un ruolo di “mero esecutore della richiesta, ma gli è demandato il controllo non meramente formale circa la sussistenza delle condizioni per il riconoscimento dell'ordine di indagine”. Sul punto, v. A. MANGIARACINA, *L'esecuzione dell'OEI e i margini nazionali di rifiuto*, in M. Daniele - R. E. Kostoris (a cura di), *L'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 114.

⁴⁴⁷ Cfr. E. ZANETTI, *L'ordine europeo di indagine penale. La richiesta all'estero*, in F. Ruggieri (a cura di), *Processo penale e regole europee*, cit., p. 39 ss.; S. MARCOLINI, *La procedura attiva*, in M. R. Marchetti - E. Selvaggi (a cura di), *La nuova cooperazione giudiziaria penale*, cit., p. 313 ss.

⁴⁴⁸ Si esclude, dunque, la configurabilità di un potere di iniziativa autonomo in capo alla polizia giudiziaria.

⁴⁴⁹ Con riferimento al significato da attribuirsi a tale espressione, la *Circolare in tema di attuazione della direttiva 2014/41/UE relativa all'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 42, precisa che “competeranno al pubblico ministero gli ordini emessi nel corso delle indagini preliminari, anche quando abbiano per oggetto attività postulanti il previo controllo del giudice, posto che la competenza incidentale del giudice per le indagini non muta il dominio della fase. Sarà invece il giudice a emettere gli ordini di

reputa opportuna l'emissione dell'ordine, nonché del regime applicabile allo specifico atto che s'intende richiedere⁴⁵⁰. Ne discende che mentre la decisione dell'organo dell'accusa è presa *inaudita altera parte*, essendo gli atti di sua competenza coperti da segreto investigativo, diversamente il giudice vi procede sentite le parti⁴⁵¹, consentendo così l'instaurazione del contraddittorio prima dell'emissione dell'ordine.⁴⁵²

In merito alla legittimazione del difensore dell'indagato (o imputato) e del proposto per l'applicazione di una misura di prevenzione, contemplata da una norma *ad hoc* (art. 31 n. 108/2017), si dirà diffusamente in seguito⁴⁵³. In questa sede, basti rilevare che, contrariamente all'originaria formulazione contenuta nello schema di decreto legislativo⁴⁵⁴, dal novero dei soggetti titolari del potere di sollecitare l'autorità giudiziaria sono stati espunti, nella versione definitiva, i difensori della persona offesa e delle parti private eventuali⁴⁵⁵. In dottrina, si ritiene che tale lacuna sia colmabile soltanto parzialmente dall'interprete, atteso che la persona offesa, formalmente priva della veste di "parte", benché conservi in ogni stato e grado del procedimento la facoltà di depositare memorie ai sensi dell'art. 90 c.p.p., non gode tuttavia del potere di presentare al giudice richieste scritte *ex art.* 121 c.p.p.⁴⁵⁶.

prova nelle fasi *stricto sensu* processuali delle quali è *dominus*: l'udienza preliminare (per esempio, per lo svolgimento di attività di integrazione probatoria *ex art.* 422 c.p.p.); i riti speciali che prevedono attività di integrazione istruttoria (per esempio, il giudizio abbreviato, nei casi di cui all'art. 441, comma 5, c.p.p.); il giudizio dibattimentale ordinario".

⁴⁵⁰ A titolo esemplificativo, si pensi, da un lato, all'assunzione di sommarie informazioni testimoniali e all'interrogatorio di persona imputata in un procedimento connesso o collegato, compiuti dal pubblico ministero *ex artt.* 362 e 363 c.p.p. e, dall'altro, all'esame del teste o dell'imputato da svolgersi in dibattimento dinnanzi al tribunale in composizione monocratica o collegiale.

⁴⁵¹ Sul punto, v. S. MARCOLINI, *La procedura attiva*, in M. R. Marchetti - E. Selvaggi (a cura di), *La nuova cooperazione giudiziaria penale*, cit., p. 319, il quale ritiene che l'onere di previa interlocuzione, agevolmente riconducibile alle ipotesi di nullità di ordine generale *ex art.* 178, comma 1, lett. b) e c), c.p.p., si rivela problematico nel caso in cui la competenza spetti al giudice per le indagini preliminari, poiché l'instaurazione del contraddittorio in tale fase si scontra con l'esigenza di segretezza investigativa.

⁴⁵² Per questo rilievo, v. E. LORENZETTO, *I diritti della difesa nelle dinamiche dell'ordine europeo di indagine penale*, in M. R. Marchetti - E. Selvaggi (a cura di), *La nuova cooperazione giudiziaria penale*, cit., p. 365.

⁴⁵³ V. cap. III § 5.

⁴⁵⁴ Lo riporta M. R. MARCHETTI, *Prospettive di riforma del Libro XI c.p.p.*, in A.A.V.V., *Investigazioni e prove transnazionali, Atti del Convegno Nazionale dell'Associazione fra gli Studiosi del Processo Penale "G.D. Pisapia"*, Roma 20 - 21 ottobre 2016, Milano, Giuffrè, 2017, p. 34.

⁴⁵⁵ Cfr. la *Relazione Illustrativa*, cit., p. 19, ove si ritiene che la scelta sia conforme all'art. 1 § 3 della direttiva la quale, invero, non contiene alcun riferimento a tali soggetti.

⁴⁵⁶ In tal senso, E. LORENZETTO, *I diritti della difesa nelle dinamiche dell'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 372.

3. Il riconoscimento e l'esecuzione dell'OEI proveniente dall'estero

La stessa agilità, con cui si muove la sequenza del riconoscimento e dell'esecuzione delineata dalla normativa europea, si riscontra a livello interno. In particolare, nel contesto nazionale, la procedura passiva si snoda attraverso tre fasi distinte e autonome, ma tra loro concatenate.

In primo luogo, ai sensi dell'art. 6, comma 1, d.lgs. n. 108/2017, il procuratore destinatario dell'ordine proveniente dall'estero deve dare conferma, entro sette giorni, dell'avvenuta ricezione all'autorità di emissione, trasmettendole il modulo di cui all'allegato "B" alla direttiva⁴⁵⁷. Dopo aver assolto tale onere informativo, si procede al riconoscimento con decreto motivato, da emettere entro i successivi trenta giorni dalla ricezione dell'OEI ovvero, in presenza di ragioni di necessità o urgenza, entro il diverso termine indicato dall'autorità di emissione, che comunque non può superare i sessanta giorni (art. 4, comma 1, n. 108/2017).

In caso contrario, qualora ravvisi l'insussistenza delle condizioni che legittimano l'accoglimento della richiesta oppure la presenza di ragioni ad esso ostative, prima di adottare un provvedimento di segno negativo, il procuratore deve avvisare l'autorità emittente, "al fine di rimuovere, ove possibile, il motivo di rifiuto" (art. 6, comma 2, n. 108/2017). Una comunicazione tempestiva nei confronti di quest'ultima deve effettuarsi anche in caso di difetto di proporzionalità del contenuto dell'OEI – su cui si tornerà in seguito – allo scopo di sollecitare una reazione che può sfociare nell'adozione di una nuova richiesta o nel ritiro di quella originariamente inoltrata. Analogamente a quanto già osservato in sede di disamina della direttiva, dal meccanismo composito delle consultazioni si desume l'importanza del dialogo costante tra le autorità e la residualità della decisione di diniego, che dovrebbe rappresentare l'*extrema ratio* nel contesto della cooperazione governato dal mutuo riconoscimento.

⁴⁵⁷ All'interno del *format* sono riportati i dati identificativi dell'autorità di emissione e di quella competente all'esecuzione, nonché le ulteriori informazioni che possono rivelarsi utili alla prima quali, ad esempio, il numero del fascicolo di riferimento e la lingua con cui è possibile comunicare. Inoltre, sono indicate le modalità di esecuzione quando da esse deriva l'impossibilità di assicurare la riservatezza sui fatti e sul contenuto dell'ordine di indagine. Come rilevato da A. MANGIARACINA, *L'esecuzione dell'OEI e i margini nazionali di rifiuto*, in M. Daniele - R. E. Kostoris (a cura di), *L'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 116, si tratta dell'ipotesi in cui "debbono essere compiuti atti come le assunzioni di informazioni o quelli destinati alla conoscenza da parte di terzi (come il sequestro) ovvero eseguibili previo avviso (come la perquisizione)".

A seguito del riconoscimento si apre la fase dell'esecuzione, che deve concludersi entro il termine di novanta giorni, dotato di valenza ordinatoria al pari di quello che scandisce la fase del riconoscimento e anch'esso riducibile nei casi urgenti⁴⁵⁸. A tal proposito, l'art. 4, comma 2, d.lgs. n. 108/2017, mutuando la soluzione di compromesso codificata nell'art. 9 § 2 della direttiva, prevede che l'esecuzione abbia luogo secondo la *lex fori* (i.e. "osservando le forme espressamente richieste dall'autorità di emissione"), purché non se ne ravvisi la contrarietà rispetto ai "principi dell'ordinamento giuridico dello Stato", situazione che comporta la riemersione della *lex loci*⁴⁵⁹.

Senza ribadire quali possano (e debbano) essere le accortezze necessarie a evitare la prevalenza della legge processuale dello Stato di esecuzione⁴⁶⁰ e a prevenire il correlato rischio di inutilizzabilità del materiale probatorio acquisito⁴⁶¹, è opportuno rilevare un lieve scostamento dalla direttiva, laddove la normativa interna non riproduce l'aggettivo "fondamentali", riferito ai principi la cui inosservanza pone freno all'operatività della *lex fori*. Tuttavia, si ritiene che il richiamo dei soli principi aventi tale rango sia da considerarsi implicito nel tessuto normativo⁴⁶².

Si accoglie, in tal modo, una soluzione interpretativa volta a restringere le maglie di discrezionalità in capo all'autorità esecutiva nella selezione di quei principi che possono ostacolare l'applicazione della legge dello Stato emittente.

⁴⁵⁸ I medesimi termini devono essere osservati anche nell'ipotesi in cui il procuratore distrettuale debba chiedere l'autorizzazione al giudice procedente *ex art.* 5 d.lgs. n. 108/2017. Un'eccezione è contemplata dall'art. 26 d.lgs. del medesimo decreto, in relazione all'OEI avente ad oggetto il sequestro probatorio, per il quale si prevede che il provvedimento di riconoscimento debba essere adottato entro le ventiquattrore dalla ricezione dell'ordine.

⁴⁵⁹ L'osservanza esclusiva della legge italiana è espressamente prescritta in relazione alle operazioni sotto copertura e arresto e sequestro ritardati *ex artt.* 21 e 22 del decreto.

⁴⁶⁰ Sul punto, cfr. R. E. KOSTORIS, *L'attuazione italiana dell'ordine investigativo europeo*, cit., p. 497, secondo cui la logica del mutuo riconoscimento e il *favor cooperationis* "dovrebbero indurre ad attribuire al rispetto dei principi della *lex loci* solo il valore di un 'contro limite' rispetto alle prescrizioni della *lex fori*".

⁴⁶¹ Siffatto rischio è sottolineato, in particolare, da L. CAMALDO, *La normativa di attuazione dell'ordine europeo di indagine: le modalità operative del nuovo strumento di acquisizione della prova all'estero*, cit., p. 4210, il quale reputa "non del tutto soddisfacente" la soluzione elaborata sul piano sovranazionale e, di riflesso, su quello nazionale.

⁴⁶² Così A. MANGIARACINA, *L'acquisizione "europea" della prova cambia volto*, cit., p. 163.

In relazione alla partecipazione dell'autorità di emissione all'esecuzione dell'OEI sul territorio nazionale, la norma di riferimento è l'art. 8 d.lgs. n. 108/2017⁴⁶³ che, recependo il modello “concelebrato” di cui all'art. 9 § 4 della direttiva, menziona unicamente l'autorità giudiziaria, estromettendo il difensore dell'indagato.

La tacita esclusione del difensore dalla fase esecutiva può tuttavia correggersi ricorrendo agli strumenti predisposti dal legislatore: in primo luogo, avvalendosi della possibilità di sostituire la *lex fori* con la *lex loci* in sede di assunzione della prova, in modo da assicurare il rispetto delle garanzie partecipative accordate alla difesa dalla legge italiana⁴⁶⁴; in secondo luogo, facendo leva sulla clausola di proporzionalità e, da ultimo, sul motivo di rifiuto di cui all'art. 10 lett. e) d.lgs. n. 108/2017, relativo alla compatibilità dell'esecuzione con i diritti fondamentali, tra i quali certamente rientra il diritto di difesa, avvolto dall'aura di inviolabilità *ex art. 24, comma 2, Cost.*

Qualora l'autorità emittente partecipi all'esecuzione, il trasferimento delle prove acquisite in esecuzione dell'OEI ovvero già in possesso dell'autorità giudiziaria avviene, per esigenze di semplificazione, mediante consegna diretta al funzionario dello Stato di emissione, essendo altrimenti disposto “senza ritardo” (art. 12, commi 1 e 2, n. 108/2017). In ogni caso, della trasmissione deve essere rilasciata attestazione in forma scritta.

In linea con l'art. 13 § 4 della direttiva, è disciplinato il trasferimento temporaneo del corpo del reato o delle cose ad esso pertinenti, purché non ostacoli la “spedita trattazione del procedimento in corso” (art. 12, comma 4, d.lgs. n. 108/2017).

Promuovendo, anche in tal caso, le consultazioni tra le autorità interessate, si prevede che le modalità del trasferimento e la fissazione del termine per la restituzione siano oggetto di accordo.

⁴⁶³ La norma prevede che il procuratore che abbia ricevuto la richiesta di partecipazione dall'autorità di emissione possa promuovere la costituzione di una squadra investigativa comune, cui si applicano le disposizioni del d.lgs. 15 febbraio 2016, n. 34. In caso contrario, la partecipazione dell'autorità di emissione avviene con le modalità previamente concordate con il procuratore, tenuto conto di quanto stabilito dal giudice per le indagini preliminari ove richiesto dell'esecuzione dell'ordine di indagine. Si precisa, infine, che il funzionario dell'autorità di emissione che partecipa all'esecuzione dell'ordine di indagine nel territorio dello Stato assume, anche agli effetti della legge penale, la qualifica di pubblico ufficiale.

⁴⁶⁴ Così E. LORENZETTO, *I diritti della difesa nelle dinamiche dell'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 361.

Successivamente all'esercizio dell'azione penale, il *dominus* delle indagini preliminari deve richiedere l'autorizzazione al giudice procedente, il quale decide previa audizione delle parti. È poi possibile disporre il rinvio del riconoscimento o dell'esecuzione in presenza di due fattispecie, l'una di carattere generale e l'altra riservata ai soli ordini di sequestro probatorio: nel primo caso, si fa riferimento al pregiudizio che l'esecuzione può causare alle indagini o a un processo già pendente; nel secondo caso, viene il rilievo la previa sussistenza di un vincolo interno cui sono sottoposti le cose, i documenti o i dati oggetto di richiesta di sequestro. In quest'ultima ipotesi, l'esecuzione è differita al momento della revoca del relativo provvedimento.

Non appena viene meno la causa legittimante il rinvio, di cui è data comunicazione all'autorità di emissione, l'ordine deve essere immediatamente eseguito.

3.1. La proporzionalità “all'italiana” e le scelte compiute in punto di motivi di rifiuto

Nell'alveo della procedura passiva si erge l'art. 7 d.lgs. n. 108/2017, che codifica il principio di proporzionalità dell'ordine, compiendo “un passo ulteriore”⁴⁶⁵ rispetto alla direttiva europea.

Diversamente dalla normativa sovranazionale, che si limita a considerare la proporzione rispetto ai fini del procedimento, tenendo conto dei diritti della persona sottoposta ad indagini o imputata, sul piano interno si realizza un rovesciamento dei rapporti: la spia per avvertire il *deficit* di proporzionalità viene infatti a coincidere con il sacrificio che il compimento degli atti richiesti può comportare ai diritti e alle libertà dell'imputato o indagato e delle altre persone coinvolte⁴⁶⁶, non giustificato dalle

⁴⁶⁵ In questi termini R. BELFIORE, *Su alcuni aspetti del decreto di attuazione dell'ordine europeo di indagine di indagine penale*, cit., p. 407.

⁴⁶⁶ A tal riguardo, v. A. MANGIARACINA, *L'acquisizione “europea” della prova cambia volto*, cit., p. 164, la quale, dopo aver affermato che l'art. 7 d.lgs. n. 108/2017 collega “opportunamente” la definizione di proporzione al sacrificio che potrebbe derivarne ai diritti e alle libertà, osserva che “in assenza di una specificazione nel testo della direttiva, la proporzionalità avrebbe potuto essere valutata anche con riferimento ai costi legati all'esecuzione della richiesta”. Sotto questo aspetto, si rileva peraltro che la proporzionalità non è estranea neppure alla questione delle spese, atteso che, qualora queste appaiano “di rilevante entità” (art. 15, comma 2, d.lgs. n. 108/2017) o “eccezionalmente elevate” (art. 21 § 2 direttiva), le autorità sono chiamate al confronto, al fine di approdare a una soluzione ottimale e condivisa.

esigenze investigative o probatorie del caso concreto, alla luce della gravità dei reati per i quali si procede e della pena per essi prevista⁴⁶⁷.

Deve dunque riconoscersi alla versione “italiana” della proporzionalità⁴⁶⁸ il coraggio di interfacciarsi direttamente con i diritti degli individui, assumendo quale parametro per misurare il peso del sacrificio patito dalle garanzie le esigenze connesse all'accertamento dei fatti. Peraltro, la nozione fornita dall'art. 7 d.lgs. n. 108/2017 appare più precisa di quella contenuta nell'art. 6 § 1 lett. a) della direttiva, poiché estende lo sguardo anche ai soggetti diversi dall'indagato o imputato, che frequentemente subiscono un pregiudizio dalle attività svolte in esecuzione di un OEI.

Ancora più intensa, a livello nazionale, è la relazione che si instaura tra la proporzionalità e il ricorso a un atto diverso da quello richiesto, parimenti adeguato al raggiungimento dello scopo avuto di mira dall'autorità emittente⁴⁶⁹. Ai sensi dell'art. 9, comma 2, d.lgs. n. 108/2017, si prevede, infatti, che l'autorità italiana, previo accordo con quella straniera, compia uno o più atti alternativi, oltre che nel caso in cui l'atto richiesto non sia previsto dalla legge italiana o non ricorrano i presupposti per la sua esecuzione⁴⁷⁰, anche quando l'ordine ricevuto non risulti proporzionato⁴⁷¹. Dal tenore

⁴⁶⁷ V. la *Circolare in tema di attuazione della direttiva 2014/41/UE relativa all'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 25, nella parte in cui afferma che tale definizione sottolinea “la dimensione concreta della valutazione di funzionalità e non ridondanza dell'atto richiesto, indicando un parametro collegato alla gravità del reato e alla pena per essi prevista”.

⁴⁶⁸ Sul polimorfismo della proporzionalità v. E. SELVAGGI, *L'ordine europeo di indagine – EIO, come funziona?*, cit., p. 49 ss.

⁴⁶⁹ Cfr. P. SPAGNOLO, *I presupposti e i limiti dell'ordine di indagine europeo nella procedura passiva*, cit., p. 292, la quale desume dal combinato disposto degli artt. 7 e 9 d.lgs. n. 108/2017 “una sorta di osmosi tra il principio di proporzionalità e quello di adeguatezza”. Anche la *Relazione illustrativa*, cit., p. 5, a tal riguardo, si riferisce alla “proporzionalità-adequatezza”, che “impone di porre in bilanciamento, da un lato, la restrizione imposta al singolo e, dall'altro, il valore del fine perseguito dal pubblico potere nell'esercizio della funzione”.

⁴⁷⁰ Tale eventualità non può verificarsi con riferimento agli specifici atti di natura non coercitiva di cui all'art. 9, comma 5, d.lgs. n. 108/2017, che riproduce l'elenco contenuto nell'art. 10 § 2 della direttiva, da considerarsi “sempre disponibili” in base alla *lex loci*. Si tratta, nello specifico, dell'acquisizione dei verbali di prove di altro procedimento; dell'acquisizione di informazioni contenute in banche dati accessibili all'autorità giudiziaria; dell'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; degli atti di indagine che non incidono sulla libertà personale e sul diritto all'invulnerabilità del domicilio; dell'identificazione di persone titolari di uno specifico numero telefonico o di un indirizzo di posta elettronica o di un indirizzo IP. In relazione a tali atti, la *Relazione illustrativa*, cit., p. 6, ritiene che, oltre a essere sottratti alla verifica circa la sussistenza del requisito della doppia incriminazione, essi sfuggono anche al controllo sulla proporzionalità.

letterale della disposizione citata (“si dà luogo”, in contrapposizione all’art. 10 § 3 della direttiva, che declina il ricorso all’atto diverso in termini di mera possibilità), si evince che, laddove esista una strada probatoria alternativa, parimenti efficace e al contempo meno lesiva dei diritti individuali, occorre percorrerla⁴⁷².

Tale norma deve essere letta congiuntamente all’art. 6, comma 3, d.lgs. n. 108/2017, in forza del quale, in difetto di altre soluzioni, l’autorità di emissione è invitata a valutare l’opportunità di inoltrare una nuova richiesta ovvero di ritirarla, a fronte di un ordine d’indagine il cui contenuto appaia non proporzionato. Il ritiro dell’ordine sproporzionato configura, dunque, un motivo di rifiuto “occulto”⁴⁷³.

Gli altri motivi ostativi sono espressamente elencati, in via generale, dall’art. 10 del decreto, cui si aggiungono quelli contemplati in relazione a determinati atti di indagine, con alcune differenze rispetto alla disciplina europea.

Anzitutto, il legislatore nazionale li ha trasformati da facoltativi a obbligatori⁴⁷⁴, affermando che, in loro presenza, “non si provvede al riconoscimento e all’esecuzione dell’ordine di indagine” (art. 10, comma 2, d.lgs. n. 108/2017), escludendo a priori ogni valutazione discrezionale dell’autorità di esecuzione.

Volgendo, però, uno sguardo d’insieme all’articolato normativo, emerge invero che alla carenza apparente di margini valutativi sopperiscono le consultazioni tra le autorità, sollecitate dall’art. 6, comma 2, d.lgs. n. 108/2017 e, dunque, ancora una volta, il meccanismo della proporzionalità. Ciò è evidente, in particolare, nel caso di iniziale incompletezza o inesattezza delle informazioni contenute nell’OEI (art. 10, lett. a n. 108/2017), superabile attraverso una successiva interlocuzione tra le autorità coinvolte.

⁴⁷¹ Sul punto v. R. BELFIORE, *Su alcuni aspetti del decreto di attuazione dell’ordine europeo di indagine di indagine penale*, cit., p. 407, la quale sostiene che l’omesso riferimento nel decreto di recepimento alla “minore intrusività”, che invece figura espressamente all’interno della direttiva, sia da ritenersi sottinteso, trattandosi di “uno dei tratti distintivi della possibilità di fare ricorso a un atto diverso”.

⁴⁷² Tale lettura, sostenuta in dottrina da A. MANGIARACINA, *L’esecuzione dell’OEI e i margini nazionali di rifiuto*, cit., p. 121, trova conferma nella *Relazione illustrativa*, cit., p. 5.

⁴⁷³ In tal senso, A. MANGIARACINA, *L’acquisizione “europea” della prova cambia volto*, cit., p. 165; R. E. KOSTORIS, *L’attuazione italiana dell’ordine investigativo europeo*, cit., p. 505, il quale osserva che, se si accogliesse una diversa soluzione, “bisognerebbe riconoscere che la mancanza di un requisito essenziale dell’OEI come la sua proporzionalità non determini alcuna conseguenza nel caso limite in cui fossero percorribili alternative virtuose, obbligando conseguentemente l’autorità di esecuzione a dar comunque corso all’ordine”.

⁴⁷⁴ Cfr. M. R. MARCHETTI, *Prospettive di riforma del libro XI c.p.p.*, cit., p. 33.

Ancora, l'invocazione del motivo di rifiuto basato sulla presunta contrarietà dell'esecuzione ai diritti fondamentali (art. 10, lett. e) n. 108/2017) può essere evitata ricorrendo, ove possibile, al compimento di un atto diverso e meno invasivo della sfera individuale del suo destinatario (artt. 6, comma 3, e 9, comma 2, n. 108/2017).

Tralasciando i motivi analizzati in precedenza con riferimento alla direttiva europea (in specie, doppia incriminazione, *ne bis in idem* e tutela dei diritti fondamentali), pare qui opportuno limitarsi a rilevare le peculiarità presentate dal decreto attuativo. Nello specifico, la normativa italiana non ha recepito il motivo di rifiuto di cui all'art. 11 lett. a) della direttiva, nella parte in cui si riferisce alla sussistenza dei "privilegi" processuali – il cui rispetto può assicurarsi facendo leva sull'art. 4, comma 2, del decreto – e delle "norme sulla determinazione e limitazione della responsabilità penale relative alla libertà di stampa e alla libertà di espressione in altri mezzi di comunicazione che renderebbero impossibile l'esecuzione dell'OEI". Quest'ultima esclusione si giustifica sulla base del fatto che "l'esercizio del diritto di critica nell'ordinamento interno si configura come una scriminante e non è prevista in astratto una limitazione della responsabilità penale che impedisca *ex se* il riconoscimento". Si precisa, altresì, che la tutela della libertà di stampa e manifestazione del pensiero, consacrata all'art. 21 Cost., possa comunque essere valutata alla luce del motivo di rifiuto di cui all'art. 10 lett. f) d.lgs. n. 108/2017 ⁴⁷⁵.

Un'ulteriore deviazione dal testo della direttiva si rinviene con riferimento alla clausola di territorialità, che non trova spazio nella normativa interna⁴⁷⁶. Inoltre, l'art. 10 lett. f) d.lgs. n. 108/2017 unifica i motivi di rifiuto contemplati dall'art. 11 lett. g) e h) della direttiva, ponendo a carico dell'autorità italiana l'obbligo di verificare se il fatto per cui è stato emesso l'OEI sia previsto come reato, "prescindendo dall'identità di *nomen iuris* e dalla perfetta corrispondenza degli elementi costitutivi della fattispecie interna e di quella configurata dall'autorità emittente". Il controllo sull'esistenza della condizione della doppia punibilità non è invece richiesto né al cospetto di un atto da considerarsi "sempre disponibile" ai sensi dell'art. 9, comma 5, d.lgs. n. 108/2017, né

⁴⁷⁵ Così la *Relazione illustrativa*, cit., p. 6.

⁴⁷⁶ Cfr. la *Relazione illustrativa*, cit., p. 7, che, a tal proposito, ammette di aver "prescelto di fornire la cooperazione richiesta, e l'ipotesi non è quindi menzionata tra i motivi di rifiuto". V. *supra*, cap. II, § 3.3.

qualora si proceda per una delle trentadue fattispecie delittuose tassativamente elencate nell'art. 11 d.lgs. n. 108/2017⁴⁷⁷.

Da ultimo, è previsto un motivo di restituzione nel caso in cui l'ordine provenga da un'autorità diversa da quella giudiziaria o da questa non convalidato (art. 10, comma 3, n. 108/2017)⁴⁷⁸. Benché la norma parli di "restituzione", non vi è ragione di ritenere che il difetto di legittimazione dell'autorità emittente, da valutare secondo i parametri della *lex fori*⁴⁷⁹, produca un effetto diverso da quello derivante dall'opposizione dei generici motivi di rifiuto *ex art. 10, comma 1, d.lgs. n. 108/2017*.

4. Le garanzie difensive nella procedura passiva: la comunicazione del decreto di riconoscimento e le impugnazioni *ex art. 13 d.lgs. n. 108/2017*

Le garanzie della difesa nel contesto della procedura passiva gravitano attorno a due previsioni strettamente connesse tra loro: l'art. 4, comma 4, e l'art. 13 d.lgs. n. 108/2017, che si occupano, rispettivamente, della comunicazione del decreto di riconoscimento al difensore dell'indagato, a cura della segreteria del pubblico ministero, e del rimedio dell'opposizione, esperibile avverso il medesimo provvedimento⁴⁸⁰. La correlazione tra le due norme si coglie sul piano del *dies a quo* per proporre impugnazione, che coincide con la comunicazione del decreto al difensore.

La prima disposizione opera una distinzione a seconda che si debba procedere al compimento di atti garantiti (art. 364 c.p.p.) ovvero di atti ai quali il difensore ha diritto di assistere senza esserne preventivamente avvisato (art. 365 c.p.p.). In particolare, nel

⁴⁷⁷ Un'ulteriore eccezione al principio in esame è posta dall'art. 10, comma 2, d.lgs. n. 108/2017, che ricalca la previsione di cui all'art. 11 § della direttiva, secondo cui "se l'ordine di indagine è stato emesso in relazione a violazioni tributarie, doganali o valutarie, l'esecuzione non può essere rifiutata per il fatto che la legge italiana non impone lo stesso tipo di tasse o di imposte, o per il fatto che la legislazione italiana in materia tributaria, valutaria o doganale è diversa da quella dello Stato di emissione."

⁴⁷⁸ A tal proposito, la *Circolare in tema di attuazione della direttiva 2014/41/UE relativa all'ordine europeo di indagine penale – Manuale operativo*, cit., p. 17, rende noto che "l'Italia (come la Francia, l'Estonia, la Lituania, i Paesi Bassi) non ha inteso estendere la portata dello strumento agli accertamenti facenti capo alle proprie autorità amministrative".

⁴⁷⁹ Lo sottolinea A. MANGIARACINA, *L'esecuzione dell'OEI e i margini nazionali di rifiuto*, cit., p. 124.

⁴⁸⁰ Cfr. G. BARROCU, *La cooperazione investigativa in ambito europeo*, Milano, Wolters Kluwer Cedam, 2017, p. 266, il quale opportunamente rileva che "in merito alla possibilità di proporre gravame, la disciplina interna ha approntato una garanzia che va oltre quanto previsto dalla direttiva OEI dove vi è un generico richiamo al riconoscimento delle impugnazioni previste per un caso interno analogo".

caso in cui l'OEI abbia ad oggetto un atto a cui il difensore dell'indagato ha diritto di assistere previo avviso (interrogatorio, ispezione, individuazione di persone, confronto e accertamenti tecnici non ripetibili *ex art. 360 c.p.p.*), l'informativa deve essere data entro il termine stabilito dalla legge interna (*i.e.*, almeno ventiquattro ore prima del suo compimento).

Con riferimento agli atti c.d. "a sorpresa" (perquisizione e sequestro), il provvedimento del procuratore distrettuale deve essere comunicato al momento dello svolgimento dell'atto o "immediatamente dopo". In ogni caso, stante l'espreso rinvio all'art. 366 c.p.p. da parte dell'art. 4, comma 8, d.lgs. n. 108/2017, la disciplina del deposito è comune a entrambe le ipotesi, a prescindere dalla necessità o meno che la partecipazione difensiva sia accompagnata dal preventivo avviso. Sia gli atti garantiti in senso stretto, sia quelli a sorpresa, depositati presso la segreteria del pubblico ministero, sono infatti conoscibili da parte del difensore, il quale, nei cinque giorni successivi, può prenderne visione ed estrarne copia. Nessuna comunicazione è invece dovuta a fronte di atti investigativi di competenza del pubblico ministero che non contemplano il diritto di assistenza del difensore⁴⁸¹.

L'art. 4, comma 4, d.lgs. n. 108/2017, norma in apparenza lineare e completa, presenta invero alcune lacune che necessitano di essere colmate per via esegetica.

Anzitutto, non individua il difensore destinatario della comunicazione del decreto di riconoscimento e del conseguente potere di impugnazione⁴⁸².

Come accennato in precedenza⁴⁸³, pare ragionevole escludere che il provvedimento debba indirizzarsi al difensore straniero, per il quale sarebbe difficile, se non impossibile, assistere al compimento dell'atto in Italia, considerate le tempistiche particolarmente ristrette. La soluzione prospettata in dottrina⁴⁸⁴ consiste, piuttosto, nell'informare un legale nazionale, nominato di fiducia o designato d'ufficio, abilitato

⁴⁸¹ È il caso delle intercettazioni, degli accertamenti tecnici *ex art. 359 c.p.p.*, dell'individuazione di cose, dell'assunzione di sommarie informazioni testimoniali e dell'interrogatorio di persona imputata in un procedimento connesso.

⁴⁸² Cfr. A MANGIARACINA, *L'acquisizione "europea" della prova cambia volto*, cit., p. 170, la quale, facendo leva sul *considerando* n. 15 della direttiva, ritiene che il diritto alla *dual defence* sia da considerarsi "quale elemento indefettibile di regolarità anche nelle procedure volte all'acquisizione delle prove".

⁴⁸³ V. *supra*, nota n. 246.

⁴⁸⁴ In tal senso, v. R. BELFIORE, *Su alcuni aspetti del decreto di attuazione dell'ordine europeo di indagine di indagine penale*, cit., p. 405; E. LORENZETTO, *L'assetto delle impugnazioni*, in M. Daniele - R. E. Kostoris (a cura di), *L'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 166.

all'esercizio della professione dinnanzi alle autorità italiane, che agisca di concerto con il collega straniero⁴⁸⁵, il quale già assiste l'indagato nel procedimento instaurato nello Stato di emissione. Tale correttivo troverebbe spazio anche nell'ipotesi *ex art. 5, comma 3, d.lgs. n. 108/2017*, concernente la notifica dell'avviso dell'udienza camerale, il cui svolgimento s'impone qualora il compimento dell'attività richiesta spetti al giudice.

Un'ulteriore questione, posta dalla norma in esame, attiene al fatto che essa menzioni il difensore della persona sottoposta ad indagini quale unico destinatario della comunicazione. A tal proposito, si ritiene che, qualora si debba procedere agli accertamenti tecnici irripetibili, sia opportuno renderne edotta anche la persona offesa (e il suo difensore, ove nominato), sulla falsariga di quanto previsto dall'art. 360, comma 1, c.p.p.⁴⁸⁶.

Si è detto che la comunicazione del decreto di riconoscimento al difensore, prescritta dall'art. 4, comma 4, d.lgs. n. 108/2017, rappresenta un adempimento imprescindibile, poiché funzionale a consentire la censura di eventuali profili di illegittimità, attivando il rimedio dell'opposizione.

Per comprendere a fondo le soluzioni predisposte dal legislatore in tema di impugnazioni, occorre scomporre in tre parti la norma dell'art. 13 del decreto⁴⁸⁷.

È infatti possibile individuare, al suo interno, un'ipotesi di opposizione "semplice" (commi 1-4) e un'ipotesi di opposizione "speciale", nel caso di OEI avente ad oggetto il sequestro a fini di prova (comma 7), alle quali si affianca la richiesta di annullamento (commi 5 e 6), che merita una trattazione a parte, essendo ancorata all'art. 5 d.lgs. n. 108/2017 e, dunque, svincolata dalla comunicazione⁴⁸⁸ di cui all'art. 4, comma 4, d.lgs. n. 108/2017.

⁴⁸⁵ V. art. 6, lett. b), l. 9 febbraio 1982, n. 31, attuativa della direttiva 22 marzo 1977, n. 249, in tema di "Libera prestazione di servizi da parte degli avvocati cittadini degli Stati membri delle Comunità europee".

⁴⁸⁶ Cfr. E. LORENZETTO, *I diritti della difesa nelle dinamiche dell'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 351, la quale afferma che "l'esegesi correttiva si impone poiché il soggetto passivo gode di garanzie partecipative specifiche nel contesto dell'accertamento tecnico non ripetibile, al punto da essere presidiate, nell'ordinamento domestico, da una nullità di ordine generale in ipotesi di omesso avviso (art. 178, comma 1, lett. c, c.p.p.)."

⁴⁸⁷ V. la Circolare in tema di attuazione della direttiva 2014/41/UE relativa all'ordine europeo di indagine penale, cit., p. 29, che considera "l'introduzione di rimedi impugnatori *ad hoc* avverso la decisione di riconoscimento (...) una rilevante novità per il nostro ordinamento".

⁴⁸⁸ Così R. BELFIORE, *Su alcuni aspetti del decreto di attuazione dell'ordine europeo di indagine di indagine penale*, cit., p. 406.

Per quanto concerne la prima ipotesi di opposizione, essa può essere proposta avverso il decreto di riconoscimento dalla persona sottoposta ad indagini e dal suo difensore al giudice per le indagini preliminari del capoluogo distrettuale, entro il termine di cinque giorni dalla comunicazione del relativo provvedimento. Il giudice, investito dell'opposizione⁴⁸⁹, decide con ordinanza, non impugnabile, dopo aver sentito il procuratore⁴⁹⁰. Conformemente a quanto previsto dall'art. 14 § 6 della direttiva, l'opposizione è priva di efficacia sospensiva.

Nondimeno, a fronte di un'opposizione "seria", dotata *ictu oculi* di un'elevata probabilità di accoglimento, si auspica che l'organo dell'accusa differisca, ove non vi abbia già provveduto, il trasferimento dei risultati probatori all'estero⁴⁹¹, in presenza delle condizioni stabilite dall'art. 13, comma 4, d.lgs. n. 108/2017⁴⁹².

Tramite l'opposizione possono portarsi all'attenzione del giudice i profili di illegittimità dell'*exequatur* dell'OEI, che si identificano nella mancanza dei presupposti del riconoscimento ovvero nella presenza dei motivi ad esso ostativi⁴⁹³.

Al contrario, esulano dalla sfera cognitiva del giudice le questioni attinenti al merito dell'OEI – ossia i presupposti dell'atto istruttorio regolati dalla *lex fori*⁴⁹⁴ – che,

⁴⁸⁹ Ad avviso di G. BARROCU, *La cooperazione investigativa in ambito europeo*, cit., p. 268, il giudice chiamato a decidere sull'opposizione dovrebbe essere diverso da quello che abbia autorizzato l'esecuzione dell'atto richiesto nell'OEI, venendosi altrimenti a creare "una situazione di incompatibilità per «pre-giudizio», che trasforma l'opposizione in una sorta di «istanza in rinnovazione»".

⁴⁹⁰ Si tratterebbe una decisione basata su "un contraddittorio solo cartolare, senza che si renda necessario il rispetto di particolari formalità procedurali". Così G. DE AMICIS, *Dalle rogatorie all'ordine europeo di indagine: verso un nuovo diritto della cooperazione giudiziaria penale*, cit., p. 36.

⁴⁹¹ Tale possibilità è sottolineata da G. DE AMICIS, *Dalle rogatorie all'ordine europeo di indagine*, cit., p. 37. V. anche A. MAGIARACINA, *L'acquisizione "europea" della prova cambia volto*, cit., p. 169, che evidenzia come la decisione sia rimessa alla discrezionalità (e all'accortezza) del Procuratore. Sul punto, G. BARROCU, *La cooperazione investigativa in ambito europeo*, cit., p. 269, reputa incomprensibile la scelta di attribuire tale potere discrezionale al Procuratore "nonostante il procedimento si trovi dinanzi all'organo giurisdizionale".

⁴⁹² Sul punto v. la *Circolare in tema di attuazione della direttiva 2014/41/UE relativa all'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 29, ove si precisa che "non l'esecuzione dell'OEI, ma la sola attività di trasferimento della prova potrà essere sospesa, sempre che il procuratore della Repubblica stimi in concreto che dalla trasmissione possa derivare grave e irreparabile danno alla persona sottoposta alle indagini, all'imputato o alla persona comunque interessata dal compimento dell'atto", in linea con quanto stabilito dall'art. 13 § 2 della direttiva.

⁴⁹³ Ancora una volta, è la *Circolare in tema di attuazione della direttiva 2014/41/UE relativa all'ordine europeo di indagine penale – Manuale operativo*, cit., p. 29, a chiarire che "il parametro del sindacato è costituito dalla sussistenza dei motivi di rifiuto previsti dall'art. 10 che, pur essendo richiamati con esclusivo riferimento agli atti di cui all'art. 5 d.lgs. n. 108/2017, deve intendersi valido anche per il controllo che il giudice per le indagini preliminari esercita in sede di opposizione".

ai sensi dell'art. 14 § 2 della direttiva, nonché dell'art. 696 *quinquies* c.p.p., sono censurabili unicamente mediante azione da proporsi nello Stato di emissione, salvo in ogni caso il rispetto delle garanzie fondamentali che assumo rilievo anche in sede di impugnazione proposta dinnanzi all'autorità di esecuzione.

Secondo un filone interpretativo che si condivide⁴⁹⁵, proprio la distinzione tra “merito” e “legittimità” dell'OEI consente di includere nel sindacato giurisdizionale la valutazione in ordine alla proporzionalità dell'atto richiesto rispetto ai sacrifici che ne derivano ai diritti e alle libertà dei soggetti coinvolti, primo fra tutti dell'indagato.

L'accoglimento dell'opposizione da parte del giudice si traduce nell'annullamento del decreto, con conseguente sbarramento della fase esecutiva (art. 13, comma 3, d.lgs. n. 108/2017).

Dall'ipotesi di opposizione “base”, poc'anzi delineata, si distingue quella descritta dal comma 7, le cui peculiarità la avvicinano al riesame *ex artt.* 257 e 324 c.p.p.⁴⁹⁶

La scelta di corredare l'opposizione “speciale” di maggiori garanzie è motivata dalla necessità di conformare la relativa disciplina a quella prevista, sul piano interno, per l'impugnazione dei provvedimenti che dispongono i sequestri probatori⁴⁹⁷. In altri termini, viene data esatta attuazione all'art. 14 § 1 della direttiva, che prescrive agli Stati

⁴⁹⁴ In questi termini E. LORENZETTO, *L'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 1308. Depono in tal senso anche la *Circolare in tema di attuazione della direttiva 2014/41/UE relativa all'ordine europeo di indagine penale – Manuale operativo*, cit., p. 30, affermando che sebbene “la norma interna non riproduc[a] testualmente la previsione della direttiva [art. 14(2)]”, tuttavia “la delimitazione è insita nel perimetro del controllo assegnato al giudice dell'opposizione (o al giudice che interviene nell'esecuzione *ex art.* 5), che - come visto - è rigidamente definito dall'elenco dei motivi di rifiuto, nessuno dei quali impinge le ragioni di merito poste a fondamento dell'emissione dell'OEI”. Contrariamente, M. DANIELE, *Ordine europeo di indagine e ritardata comunicazione alla difesa del decreto di riconoscimento*, cit., p. 2, ritiene opportuna l'estensione dell'oggetto dell'opposizione anche al merito dell'OEI, che presupporrebbe la conoscenza, da parte della difesa, “del provvedimento istruttorio a suo tempo emesso dall'autorità di emissione”. Resta però irrisolta la questione se l'eventuale vaglio sul rispetto dei requisiti operativi posti dalla *lex fori* debba condursi o meno secondo i criteri nazionali (*lex loci*).

⁴⁹⁵ Di tale avviso si mostrano E. LORENZETTO, *I diritti della difesa nelle dinamiche dell'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 355, e G. DE AMICIS, *Dalle rogatorie all'ordine europeo di indagine: verso un nuovo diritto della cooperazione giudiziaria penale*, cit., p. 37.

⁴⁹⁶ Osservazioni critiche nei confronti del doppio regime di impugnazione sono formulate da M. R. MARCHETTI, *Ricerca e acquisizione probatoria all'estero: l'ordine europeo di indagine*, in *Arch. pen. (web)*, *Speciale riforme*, 2018, n. 5, p. 839, secondo la quale in ipotesi di ordine di sequestro a fini di prova è contemplata una “evidente migliore tutela che avrebbe dovuto essere disposta anche per l'opposizione di cui al comma 1 dell'art. 13”.

⁴⁹⁷ Cfr. la *Relazione illustrativa*, cit., p. 8.

membri di assicurare mezzi di impugnazione equivalenti a quelli disponibili in un caso interno analogo.

Un primo profilo di specialità attiene al novero dei legittimati attivi a proporre opposizione, esteso alla persona alla quale la prova o il bene sono stati sequestrati e a quella che avrebbe diritto alla loro restituzione. A tal proposito, si ravvisa un “difetto di coordinamento”⁴⁹⁸ con l’art. 4, comma 4, d.lgs. n. 108/2017, che non include tali soggetti nella ristretta cerchia dei destinatari della comunicazione del decreto. Di conseguenza, non si comprende quale sia il momento da cui inizi a decorrere il termine per esercitare la facoltà di impugnazione. Si potrebbe affermare che il *dies a quo* coincida con l’effettiva conoscenza del sequestro, come espressamente stabilito dall’art. 324, comma 1, c.p.p.

Nulla è detto con riferimento ai termini per proporre opposizione, non essendo chiaro se anche per l’ipotesi ora descritta operi il termine di cinque giorni ovvero se si applichi quello più ampio, pari a dieci giorni, stabilito per il riesame⁴⁹⁹. Pur in mancanza di specificazioni normative, deve ritenersi che l’opposizione non sospenda l’esecuzione del sequestro oggetto dell’OEI, analogamente a quanto si verifica sia nell’opposizione “base”, sia nel riesame *ex art.* 257, comma 2, c.p.p.

Un’ulteriore peculiarità della procedura, tratteggiata nel settimo comma dell’art. 13 d.lgs. n. 108/2017, attiene al fatto che la decisione sulla sorte dell’opposizione si colloca all’esito di un’udienza camerale instaurata nel contraddittorio (eventuale)⁵⁰⁰ tra le parti.

L’ordinanza del giudice per le indagini preliminari è suscettibile di ricorso per cassazione, soltanto per violazione di legge, proponibile entro dieci giorni dalla sua comunicazione o notificazione, da parte del pubblico ministero e degli altri interessati.

Si precisa, altresì, che il ricorso non sospende l’esecuzione dell’ordinanza e che i giudici di legittimità si pronunciano entro trenta giorni dalla ricezione degli atti.

Il valore aggiunto della procedura “partecipata”, che implica la celebrazione di un’udienza camerale, in contrapposizione alla procedura “semplificata”, in cui la

⁴⁹⁸ V. E. LORENZETTO, *I diritti della difesa nelle dinamiche dell’ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 352.

⁴⁹⁹ Tale soluzione è accolta da E. LORENZETTO, *L’assetto delle impugnazioni*, cit., p. 173.

⁵⁰⁰ V. art. 127, comma 3, c.p.p., secondo cui “il pubblico ministero, gli altri destinatari dell’avviso nonché i difensori sono sentiti *se compaiono*”.

decisione del giudice è adottata *de plano*, è stato evidenziato da una recente pronuncia resa dalla Corte di cassazione⁵⁰¹.

Nel caso di specie, pur versandosi nell'ipotesi di cui all'art. 13, comma 7, d.lgs. n. 108/2017, trattandosi di un OEI, di provenienza olandese, relativo al sequestro di un telefono cellulare, il giudice decideva sull'opposizione senza procedere alla fissazione dell'apposita udienza. La Corte ha affermato che l'ordinanza emanata eludendo le formalità prescritte dalla legge è viziata da nullità di ordine generale, a carattere assoluto, *ex artt.* 178, comma 1, lett. c) e 179, comma 1, c.p.p., come tale insanabile⁵⁰², avuto riguardo alla gravità della compressione dei diritti della difesa, sotto il profilo dell'omessa citazione dell'imputato (*rectius*, dell'omessa fissazione dell'udienza *tout court*)⁵⁰³.

Nel complesso, la disciplina relativa all'opposizione, nella sua duplice forma, semplice e speciale, deve accogliersi con entusiasmo poiché, almeno sul piano teorico⁵⁰⁴, da un lato, promuove il coinvolgimento della difesa in un momento anticipato rispetto all'esecuzione e, dall'altro, permette il controllo del giudice sulle

⁵⁰¹ Cfr. Cass., sez. VI, 22 gennaio 2020 (dep. 28 gennaio 2020), n. 3520, Rv. 277628. Per un primo commento, v. M. DANIELE, *Opposizione al riconoscimento dell'ordine europeo di sequestro e decisione de plano: una nullità assoluta*, in *Sist. pen.*, 18 febbraio 2020, p. 1 ss., il quale sottolinea che “la seconda procedura è comprensibilmente più garantistica, considerato l'impatto del sequestro su diritti di primaria importanza quali la proprietà e la libertà di iniziativa economica”. La pronuncia in esame è ampiamente commentata anche da E. LORENZETTO, *Continua la saga dei vizi capitali: contraddittorio violato nell'opposizione al riconoscimento dell'ordine europeo di sequestro probatorio*, in *Cass. pen.*, 2020, n. 11, p. 4093 ss. L'A., in particolare, si stupisce della “scorrettezza grossolana consumatasi”, risoltasi nella violazione delle garanzie partecipative all'udienza del tutto omessa, apprezzando in conclusione la severità della sanzione processuale voluta dalla Cassazione, e tenta di scovare, senza successo, il “movente” di una simile “sciatteria decisoria”. Sotto quest'ultimo profilo, si rileva che la mancata fissazione dell'udienza sarebbe stata giustificata soltanto a fronte dell'inammissibilità dell'atto introduttivo, in virtù dell'art. 127, comma 9, c.p.p. che, in tale ipotesi, consente al giudice di trascurare le “formalità di procedura”, ma nel caso di specie si esclude che il rigetto sia scaturito dal mero difetto dei “connotati esteriori” dell'atto di opposizione.

⁵⁰² La sanatoria basata sulla comparizione dell'interessato *ex art.* 184 c.p.p. è impedita dalla totale mancanza di fissazione dell'udienza nel caso in esame. Così M. DANIELE, *Opposizione al riconoscimento dell'ordine europeo di sequestro e decisione de plano: una nullità assoluta*, cit., p. 2.

⁵⁰³ Per tale rilievo, cfr. E. LORENZETTO, *Continua la saga dei vizi capitali*, cit., p. 4098, la quale osserva come la Cassazione fornisca di proposito un'interpretazione estensiva dell'art. 179, comma 1, c.p.p., equiparando l'omessa citazione (o avviso) all'omessa udienza, allo scopo di applicare una “sanzione esemplare”, la nullità a regime assoluto, per reprimere il “gravissimo sopruso” commesso dal giudice chiamato a decidere sull'opposizione proposta dalla difesa.

⁵⁰⁴ Le deviazioni emerse nella prassi e le problematiche portate all'attenzione della giurisprudenza di legittimità sono oggetto di approfondita analisi nei paragrafi immediatamente successivi.

valutazioni compiute dal procuratore distrettuale *inaudita altera parte*, in sede di riconoscimento⁵⁰⁵.

Diversa dall'opposizione è la richiesta di annullamento, disciplinata dall'art. 13, commi 5 e 6, d.lgs. n. 108/2017, che, come si anticipava, prescinde dalla comunicazione del provvedimento di riconoscimento. A tal riguardo, si prevede che, nei casi in cui si renda necessario l'intervento del giudice, questi possa, anche su richiesta delle parti presenti all'udienza fissata a norma dell'art. 5, comma 3, d.lgs. n. 108/2017, disporre l'annullamento del decreto, in presenza dei motivi di rifiuto, impedendone così l'esecuzione⁵⁰⁶. In linea con quanto previsto dall'art. 127, comma 7, c.p.p., dovrebbe ritenersi che tale decisione, al pari di qualsiasi provvedimento adottato nell'ambito di un'udienza camerale, assuma la forma dell'ordinanza, ricorribile per cassazione⁵⁰⁷.

4.1. L'OEI al banco di prova: le problematiche emerse nella giurisprudenza di legittimità

Le prime applicazioni pratiche dello strumento di raccolta della prova euro-unitaria hanno rivelato la tendenza delle autorità nazionali, e soprattutto della giurisprudenza di

⁵⁰⁵ Valuta positivamente il meccanismo dell'opposizione E. LORENZETTO, *I diritti della difesa nelle dinamiche dell'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 356, ad avviso della quale tale rimedio consente il recupero *ex post* della garanzia giurisdizionale. Cfr. anche la *Circolare in tema di attuazione della direttiva 2014/41/UE relativa all'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 16, nella parte in cui si afferma che “l'eliminazione di un incidente procedurale diretto all'*exequatur* non significa l'abolizione della verifica di una serie di requisiti formali e sostanziali la cui insussistenza, come detto, dovrà dar luogo in prima battuta a interlocuzioni intese all'emenda o all'integrazione dell'OEI da parte dell'Autorità emittente; e in caso di mancata integrazione/rettifica, al rifiuto del riconoscimento e dell'esecuzione ai sensi dell'art. 10 del d. lg. n. 108 del 2017”. In senso parzialmente difforme si esprime T. RAFARACI, *Il procedimento passivo di riconoscimento ed esecuzione*, cit., p. 307, il quale rileva che le impugnazioni dettate dall'art. 13 d.lgs. n. 108/2017, “piuttosto che una vera novità rispetto all'inoppugnabilità dell'*exequatur* della Corte d'appello secondo il vecchio regime delle rogatorie, rispondono alla più modesta esigenza di non alienare del tutto da un qualche controllo giurisdizionale il riconoscimento decretato – la vera novità, semmai, è questa – direttamente dal procuratore distrettuale.” Sul punto, si rammenta che, in tema di rogatorie internazionali, anche a seguito della riforma del Libro XI c.p.p., il provvedimento che accoglie la richiesta di assistenza giudiziaria *ex art. 724 c.p.p.* resta inoppugnabile.

⁵⁰⁶ Come osserva T. RAFARACI, *Il procedimento passivo di riconoscimento ed esecuzione*, cit., p. 311, ciò significa che “se l'atto non è stato ancora compiuto, non può più esserlo e che se, invece, sia stato compiuto, i suoi risultati non devono essere trasmessi all'autorità di emissione.”

⁵⁰⁷ Cfr. E. LORENZETTO, *L'assetto delle impugnazioni*, cit., p. 173, la quale precisa che, in tale ipotesi, la conoscenza del provvedimento adottato dal procuratore distrettuale è assicurata alle parti “dall'archetipo dell'udienza *ex art. 127 c.p.p.*, dove operano sia il dovere di depositare gli atti che il diritto di prenderne visione”.

merito, a svilire l'importanza degli adempimenti prescritti dalla disciplina nazionale relativa all'OEI, malgrado l'univocità e la chiarezza del dato normativo⁵⁰⁸.

Come emerge dalla disamina delle pronunce (poche, ma significative) rese dalla giurisprudenza di legittimità⁵⁰⁹, tale atteggiamento "lassista" risulta nocivo per la tutela delle garanzie difensive, alterando il delicato equilibrio raggiunto a fatica dal legislatore in sede di recepimento della normativa sovranazionale. Un atteggiamento che, ancora una volta, appare sintomatico della volontà di soddisfare le esigenze di efficacia e tempestività della cooperazione giudiziaria penale, senza curarsi degli effetti collaterali che si riverberano sul terreno delle garanzie personali.

Per le ragioni esposte nel precedente paragrafo, le questioni sino ad ora pervenute all'attenzione della Corte di cassazione nascono esclusivamente dalla procedura passiva e concernono, nello specifico, il riconoscimento di un OEI relativo al sequestro probatorio, che vanta una disciplina più garantista e articolata in punto di impugnazioni.

In tale contesto, la norma più problematica, non tanto nella sua essenza, quanto a causa dei risvolti applicativi che ha finora conosciuto, è l'art. 4, comma 4, d.lgs. n. 108/2017, che, come ricordato, prescrive la comunicazione al difensore del decreto di riconoscimento, cui è strettamente correlata la facoltà di presentare opposizione *ex art.* 13 d.lgs. n. 108/2017. In particolare, le tematiche affrontate dai giudici di legittimità riguardano, da un lato, il riconoscimento "di fatto" dell'ordine, avvenuto, cioè, in assenza della formale adozione del provvedimento di riconoscimento di cui all'art. 4, comma 1, d.lgs. n. 108/2017 e, dall'altro, la notificazione tardiva del medesimo decreto al difensore dell'indagato, in violazione dei termini fissati dal quarto comma della disposizione in oggetto.

Un'altra interessante questione, che origina dal confronto tra l'art. 13 d.lgs. n. 108/2017 e l'art. 28 d.lgs. n. 108/2017 – norma speculare alla prima, presente sul lato attivo – concerne il rapporto tra l'opposizione e il riesame del decreto di sequestro

⁵⁰⁸ E. LORENZETTO, *Continua la saga dei vizi capitali*, cit., p. 4093 ss., le definisce "prassi distorte" che probabilmente rispecchiano "concezioni efficientiste ad ogni costo" e che richiedono "ripetuti interventi di manutenzione ordinaria".

⁵⁰⁹ Per un'approfondita disamina dei recenti approdi della Cassazione in tema di OEI v. S. MARCOLINI, *L'ordine europeo di indagine alla prova dei fatti: prime pronunce in materia*, in *Cass. pen.*, 2019, n. 9, p. 3370 ss., nonché R. M. GERACI, *Primi disorientamenti interpretativi in tema di OEI: la Cassazione interviene sulle corrette modalità del giudizio di riconoscimento*, in *Proc. pen. giust.*, 2019, n. 5, p. 1157 ss.

probatorio. Sul punto, come si dirà meglio in seguito⁵¹⁰, a un orientamento che propende per il cumulo dei rimedi, se ne contrappone un altro, incline a escludere la configurabilità del riesame a favore della massima dilatazione dell'oggetto dell'opposizione.

4.2. L'equiparazione tra ricezione e riconoscimento: una prassi da censurare

Con riferimento alla prima delle suddette questioni, la Suprema Corte si è pronunciata su un caso relativo al riconoscimento di un OEI di matrice tedesca, nell'ambito del quale il procuratore distrettuale di Torino si era limitato a dare conferma dell'avvenuta ricezione *ex art. 6, comma 1, d.lgs. n. 108/2017*⁵¹¹.

A tale provvedimento non era, però, seguito il decreto motivato di riconoscimento che, secondo la chiara scansione procedimentale delineata *ex lege*, dovrebbe emanarsi nei trenta giorni successivi alla ricezione dell'OEI.

Peraltro, il giudice per le indagini preliminari, pur constatando l'assenza di qualsivoglia "traccia in atti di un decreto motivato di riconoscimento", essendo "rinvenibile unicamente la conferma della ricezione"⁵¹², rigettava l'opposizione proposta dall'imputato, sul presupposto che la carenza materiale del provvedimento fosse priva di apposita sanzione processuale.

La Corte coglie, dunque, l'occasione per censurare sia la violazione commessa dal pubblico ministero, il quale ha equiparato la ricezione al riconoscimento, sia la conclusione cui è pervenuto il giudice in sede di opposizione. Sotto quest'ultimo aspetto, si evidenzia che l'errore consiste nel ritenere che il sistema dell'OEI sia autosufficiente, con la conseguenza che le norme sull'invalidità dettate dal codice di rito rimangono ad esso estranee⁵¹³.

⁵¹⁰ V. *infra*, § 4.4.

⁵¹¹ Cfr. Cass., sez. VI, 7 febbraio 2019 (dep. 2 aprile 2019), n. 14413, Rv. 275535, con commento di M. DANIELE, *Il riconoscimento "di fatto" dell'ordine europeo di indagine: un'altra censura della Cassazione*, in *Dir. pen. cont.*, 21 aprile 2019, p. 1 ss., e di E. ROCCI, *E.I.O.: necessità di motivazione e comunicazione del decreto di riconoscimento dell'ordine di investigazione europeo*, in *Ilpenalista.it.*, 31 maggio 2019.

⁵¹² V. § 3 del "considerato in diritto".

⁵¹³ Così di M. DANIELE, *Il riconoscimento "di fatto" dell'ordine europeo di indagine*, cit., p. 1.

Al contrario, in assenza di indicazioni normative di segno diverso, non vi è ragione per escluderne l'operatività nell'ambito dell'OEI. Ne consegue, pertanto, che l'omessa adozione del provvedimento di cui all'art. 4, comma 1, d.lgs. n. 108/2017 integra la violazione dell'art. 125, comma 3, c.p.p., che sanziona con la nullità il decreto privo della motivazione, nei casi in cui sia espressamente richiesta dalla legge⁵¹⁴. La motivazione e, ancor prima, la formale adozione del decreto di riconoscimento si rivela, infatti, indispensabile al fine di garantire alla difesa la piena conoscenza delle ragioni che sorreggono la decisione del procuratore distrettuale e di coglierne eventuali vizi di illegittimità, da contestare in sede di impugnazione.

È, dunque, d'immediata percezione il rischio derivante alle prerogative difensive dalla sovrapposizione (e confusione) tra la ricezione e il riconoscimento dell'OEI. A tal proposito, la Corte osserva che mentre la ricezione si risolve in "un adempimento materiale", consistente nella "redazione di un atto dal contenuto prefissato (l'allegato "B") e con finalità meramente informativa"⁵¹⁵, il riconoscimento consente "alla parte interessata la possibilità di tutelarsi eccependo immediatamente la presenza di eventuali motivi di rifiuto, ovvero l'assenza di proporzionalità dell'attività richiesta ed ottenere, di conseguenza, in caso di annullamento del decreto, il blocco dell'esecuzione dell'ordine d'indagine"⁵¹⁶. In altri termini, le fasi della ricezione e del riconoscimento, al pari di quella esecutiva, seppur "temporalmente e logicamente connesse", sono da ritenersi "fra loro ben distinte sul piano strutturale e funzionale, e in nessun modo sovrapponibili, poiché rispondenti a diversi presupposti giustificativi ed orientate a soddisfare diverse finalità"⁵¹⁷.

Le medesime considerazioni sono state estese anche ai rapporti tra il decreto di riconoscimento e i successivi provvedimenti che dispongono il compimento degli atti di indagine oggetto di richiesta estera. Nel caso in esame, infatti, la motivazione del decreto di sequestro probatorio si limitava a richiamare sinteticamente il contenuto dell'OEI emesso dall'autorità tedesca, rivelandosi insufficiente al fine di assicurare il

⁵¹⁴ Secondo M. DANIELE, *Il riconoscimento "di fatto" dell'ordine europeo di indagine*, cit., tale ipotesi è riconducibile anche all'art. 178, lett. c), c.p.p., per violazione del diritto di difesa.

⁵¹⁵ Cfr. § 3 del "considerato in diritto".

⁵¹⁶ Il richiamo all'art. 13, comma 6, d.lgs. n. 108/2017, contenuto nella sentenza, è una svista, essendo tale disposizione riferita alla richiesta di annullamento: l'annullamento del decreto quale conseguenza dell'accoglimento dell'opposizione è disciplinato dal terzo comma.

⁵¹⁷ V. § 2.3 del "considerato in diritto".

soddisfacimento delle istanze difensive. Si è pertanto esclusa l'equipollenza tra i due atti, perché "governati da presupposti, finalità e rimedi impugnatori del tutto diversi"⁵¹⁸.

4.3. La comunicazione tardiva del decreto di riconoscimento e i risvolti negativi di un'opposizione intempestiva: una violazione del diritto di difesa?

I rilievi suesposti erano già stati effettuati in una pronuncia di poco anteriore a quella sopra illustrata, che si è focalizzata sulla fattispecie della comunicazione tardiva al difensore del provvedimento di cui all'art. 4, comma 1, d.lgs. n. 108/2017⁵¹⁹.

In quell'occasione, il decreto di riconoscimento di un OEI, anch'esso di provenienza tedesca, adottato dal pubblico ministero in data 16 aprile 2018, era stato comunicato al difensore dell'indagato soltanto il 28 giugno 2018. Nel frattempo, erano state eseguite le attività richieste dall'autorità straniera: nel dettaglio, in data 24 maggio 2018, si era proceduto alla perquisizione locale e telematica e al contestuale sequestro probatorio, e il 5 giugno agli accertamenti tecnici irripetibili, dandone regolare avviso agli interessati, secondo quanto previsto dalla *lex loci*.

La Corte accoglieva le censure mosse dal difensore dell'imputato, il quale lamentava la violazione dell'art. 4, comma 4, d.lgs. n. 108/2017, atteso che la notifica era stata effettuata, anziché "immediatamente dopo", a distanza di più di un mese dal compimento della perquisizione e del sequestro. Il corretto adempimento dell'onere informativo posto a carico della segreteria del pubblico ministero mira, infatti, a garantire – lo si ribadisce – il coinvolgimento del difensore in un momento antecedente all'esecuzione e la tempestiva opposizione avverso il decreto regolarmente notificato.

A tal riguardo, si nota che, nonostante l'opposizione sia priva di effetti sospensivi, se tempestivamente proposta, "aumenta le *chances* di interrompere l'esecuzione dell'OEI o, comunque, di evitare la trasmissione delle cose sequestrate all'autorità straniera"⁵²⁰. Per tali ragioni, i giudici di legittimità hanno ritenuto che la

⁵¹⁸ Cfr. § 3 del "considerato in diritto".

⁵¹⁹ Cfr. Cass., sez. VI, 31 gennaio 2019 (dep. 25 febbraio 2019), n. 8320, Rv. 275732, con commento di M. DANIELE, *Ordine europeo di indagine e ritardata comunicazione alla difesa del decreto di riconoscimento: una censura della Cassazione*, in *Dir. pen. cont.*, 11 marzo 2019. V. anche C. PARODI, *Ordine europeo di indagine e di diritti della difesa*, in *Ilpenalista.it*, 19 marzo 2019.

⁵²⁰ Così M. DANIELE, *Ordine europeo di indagine e ritardata comunicazione alla difesa del decreto di riconoscimento*, cit., p. 1. L'interruzione delle attività poste in essere in esecuzione dell'OEI, come già

comunicazione effettuata al di fuori dei termini stabiliti dall'art. 4, comma 4, d.lgs. n. 108/2017 configuri una nullità a regime intermedio *ex art. 178, lett. c)*, c.p.p., per violazione delle norme attinenti all'assistenza dell'indagato⁵²¹, suscettibile di ripercuotersi sulle attività istruttorie che rinvergono il loro presupposto proprio nel decreto di riconoscimento che, a sua volta, scaturisce dall'OEI partorito all'estero.

Non sono state invece condivise le argomentazioni addotte dal pubblico ministero, secondo cui “il difensore e l'indagato erano stati messi in condizione di esercitare il diritto di difesa”⁵²², atteso che nel corpo del decreto di perquisizione e sequestro era stato trasposto “quasi integralmente” il contenuto dell'OEI.

Anche in tal caso, si rileva che la commistione tra i due atti (il decreto di riconoscimento e il decreto attuativo), operata dal pubblico ministero, oltre a essere *contra legem*, comporta un pregiudizio sostanziale all'esercizio delle prerogative difensive: il termine di cinque giorni per presentare opposizione decorre, infatti, dalla comunicazione del decreto di riconoscimento, e non dall'esecuzione dell'atto probatorio richiesto dall'autorità estera.

Tale approdo giurisprudenziale, particolarmente attento alle garanzie della difesa, è stato di recente superato da una più recente pronuncia che, per complessità e ricchezza di contenuti, merita di essere esaminata approfonditamente⁵²³.

ricordato, può conseguire sia all'accoglimento dell'opposizione, che comporta l'annullamento del decreto, sia a una valutazione discrezionale del pubblico ministero *ex art. 13, comma 4, d.lgs. n. 108/2017*.

⁵²¹ V. R. M. GERACI, *Primi disorientamenti interpretativi in tema di OEI*, cit., p. 1159, la quale reputa la fattispecie della comunicazione tardiva “un ostacolo alla possibilità di reazione dell'indagato e del suo difensore”.

⁵²² V. § 2 del “ritenuto in fatto”.

⁵²³ Cfr. Cass., sez. VI, 24 settembre 2020 (dep. 5 novembre 2020), n. 30885, Rv. 279885, di cui si riproduce la massima: “In tema di ordine europeo di indagini passivo, avente ad oggetto la richiesta di atti di perquisizione e sequestro, la tardiva comunicazione al difensore del decreto di riconoscimento, oltre i termini previsti dall'art. 4, comma 4, d.lgs. 21 giugno 2017, n. 108, non è causa di nullità dello stesso, ma comporta solo il differimento del *dies a quo* di decorrenza del termine per proporre opposizione ai sensi dell'art. 13, comma 1, del medesimo d.lgs. n. 108 del 2017, trattandosi di violazione formale, priva di sanzione processuale, che non influisce sull'esito del giudizio di opposizione, limitato in via esclusiva alla valutazione della legittimità dell'ordine di indagine”. A commento della pronuncia v. E. LORENZETTO, *Ancora sulla comunicazione del decreto di riconoscimento dell'ordine europeo di indagine: verso una resa dei conti*, in *Cass. pen.*, 2021, n. 10, p. 3224 ss.; G. MAZZA, *Ordine europeo di indagine: la forma soccombe davanti alla sostanziale assenza di pregiudizio*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, n. 10, p. 1374 ss.; A. FABBRICATORE, *Effetti della ritardata comunicazione del decreto di riconoscimento dell'OIE*, in *Giur. it.*, 2021, n. 6, p. 1474 ss.

Con tale sentenza, i giudici della sesta Sezione della Cassazione tornano sui loro passi, affermando che la ritardata comunicazione del decreto di riconoscimento configura una “violazione formale, priva di sanzione processuale”, suscettibile di produrre “solo” lo slittamento del *dies a quo* per proporre opposizione, “senza alcuna compromissione dell’effettività della tutela apprestata in favore dell’indagato”⁵²⁴.

La vicenda sottoposta all’attenzione della Corte prende le mosse da un OEI olandese, con cui si chiedeva all’autorità giudiziaria italiana lo svolgimento di alcuni atti di indagine sul territorio nazionale (in particolare, perquisizione, sequestro e interrogatorio dell’indagato). Il procuratore distrettuale, ricevuto l’ordine e svolte le opportune valutazioni, emetteva il decreto di riconoscimento in data 2 settembre 2019, comunicandolo al difensore della persona sottoposta alle indagini il 12 novembre 2019, soltanto a seguito di sua specifica richiesta, a distanza di una decina di giorni dall’esecuzione delle attività, avvenute rispettivamente il 28 e il 31 ottobre 2019.

Avverso tale provvedimento, in data 21 novembre 2019, la difesa dell’indagato proponeva opposizione⁵²⁵, lamentando esclusivamente (ed erroneamente) l’omessa (anziché la tardiva) comunicazione del decreto di riconoscimento, in violazione dell’art. 4, comma 4, d.lgs. n. 108/2017.

In accoglimento dell’opposizione, il giudice per le indagini preliminari, incorrendo nel medesimo errore di percezione in cui era caduto il difensore, annullava il decreto di riconoscimento per difetto della comunicazione che, invece, come si è detto, era stata effettuata dal pubblico ministero, benché tardivamente.

Contro l’ordinanza del giudice ricorreva per cassazione il procuratore distrettuale il quale, attestata in via documentale l’avvenuta comunicazione del provvedimento, sosteneva che la difesa non avrebbe subito alcun danno, considerato anche che i risultati delle attività compiute non erano ancora stati trasmessi all’autorità di emissione.

Le argomentazioni fornite dal ricorrente sono state accolte dalla Cassazione, la quale si è soffermata ampiamente sulle ragioni, tra loro strettamente connesse, che impedirebbero di ravvisare una lesione dei diritti della difesa per effetto della

⁵²⁴ Cfr. § 5 del “considerato in diritto”.

⁵²⁵ Il superamento del termine di cinque giorni per presentare opposizione non sembra determinare l’inammissibilità dell’opposizione medesima, stante l’assenza di un’espressa indicazione legislativa in tal senso e tenuto conto che tale ipotesi di invalidità processuale è governata dal principio di tassatività. Cfr. G. UBERTIS (a cura di), *Sistema di procedura penale*, vol. II, Milano, Giuffrè, p. 226.

comunicazione tardiva del decreto di riconoscimento, smentendo (o meglio, travolgendo⁵²⁶) il principio di diritto formulato nella decisione n. 8320 del 2019, sopra esposta, e aprendo così una breccia nella giurisprudenza di legittimità.

In primo luogo, i giudici evidenziano il paradosso insito nel denunciare, da parte della difesa, l'impossibilità di esperire l'opposizione proprio attraverso la proposizione di quello stesso mezzo di impugnazione asseritamente precluso a causa della comunicazione non tempestiva⁵²⁷. Il ritardo imputabile all'organo dell'accusa non avrebbe impedito al difensore di presentare opposizione, il cui termine "decorre sempre e comunque dalla comunicazione dell'atto da parte della segreteria del pubblico ministero"⁵²⁸. Pertanto, contrariamente a quanto sostenuto nell'ordinanza censurata, l'unico effetto discendente dalla tardività della notifica consisterebbe nel differimento della decorrenza del predetto termine, senza che questo incida negativamente sulle garanzie difensive, poiché, nel caso in esame, le risultanze probatorie non erano ancora state trasferite all'estero. Sotto questo aspetto, la Corte afferma inoltre che nessun *vulnus* sarebbe stato recato alla difesa, neppure qualora fosse avvenuto, in ipotesi, il trasferimento delle prove nello Stato di emissione.

Anche al cospetto di tale situazione, l'attivazione dell'opposizione e il suo accoglimento da parte del giudice "lungi dal rivelarsi inutile", potrebbero, e dovrebbero, trovare "un seguito di tutela nello Stato di emissione", il quale, ai sensi dell'art. 14 § 7 della direttiva, è "tenuto a considerare gli effetti della decisione di annullamento del riconoscimento dell'OEI con conseguente invalidità e inutilizzabilità dell'atto e diritto alla restituzione del bene all'avente diritto"⁵²⁹.

A sostegno della tesi secondo cui la comunicazione omessa o tardiva del decreto di riconoscimento non pregiudichi i diritti della difesa, la pronuncia in commento precisa i contorni della sfera di cognizione del giudice in sede di opposizione. Nello specifico, si afferma che essa è circoscritta al controllo dell'eventuale presenza delle ragioni ostative tassativamente elencate nell'art. 10 d.lgs. n. 108/2017, "oltre all'accertamento delle condizioni per il riconoscimento dell'ordine di indagine alla stregua degli altri criteri di

⁵²⁶ Cfr. E. LORENZETTO, *Ancora sulla comunicazione del decreto di riconoscimento dell'ordine europeo di indagine*, cit., p. 3226.

⁵²⁷ V. § 2 del "considerato in diritto".

⁵²⁸ *Ibidem*.

⁵²⁹ V. § 2 del "considerato in diritto".

valutazione desumibili dagli artt. 7 e 9”⁵³⁰, ivi compreso il mancato rispetto del principio di proporzionalità⁵³¹. Sebbene l’art. 13 d.lgs. n. 108/2017 non fornisca alcuna indicazione esplicita in tal senso, una siffatta conclusione s’impone alla luce di un’interpretazione di carattere sistematico, che muove dalla lettura congiunta degli artt. 5 e 13, comma 5, d.lgs. n. 108/2017⁵³².

Tanto premesso, si rileva che, nel caso di specie, l’opponente si è limitato a dolersi della irregolarità della comunicazione, quando avrebbe potuto dedurre l’eventuale sussistenza di motivi ostativi al riconoscimento⁵³³. Di conseguenza, ad avviso della Corte, si sarebbe verificata un’illegittima estensione della sfera dei poteri giurisdizionali alla valutazione di profili meramente formali, inidonei a ripercuotersi sulla validità del decreto di riconoscimento.

Si esclude, dunque, che la presenza di (soli) vizi afferenti alla comunicazione del provvedimento possa ripercuotersi sull’illegittimità di quest’ultimo, giustificandone l’annullamento, in quanto si tratterebbe di una mera irregolarità procedurale⁵³⁴.

Secondo la Corte, altrettanto erronea è l’affermazione resa dal giudice di merito, secondo cui la finalità dell’opposizione sarebbe quella di impedire l’esecuzione dell’ordine d’indagine e la conseguente trasmissione dei risultati delle attività compiute.

A ben vedere, l’impugnazione individuata dall’art. 13 d.lgs. n. 108/2017 non appare affatto diretta a “bloccare”, in un’ottica di prevenzione, lo svolgimento di un atto di indagine, a maggior ragione se si tratta di atti “a sorpresa”, bensì consente di sindacarne *ex post* la legittimità, al pari di quanto avviene, sul piano domestico, con il riesame (artt. 257 e 324 c.p.p.)⁵³⁵. Peraltro, si osserva che, conformemente a quanto

⁵³⁰ V. § 2 del “considerato in diritto”.

⁵³¹ V. G. DE AMICIS, *Dalle rogatorie all’ordine europeo di indagine*, cit., p. 32.

⁵³² Tali norme, che entrano in gioco quando il compimento dell’atto indicato nell’OEI dall’autorità straniera rientri nella competenza del giudice o comunque richieda la sua autorizzazione secondo la *lex loci*, delimitano l’oggetto del sindacato giurisdizionale, rispettivamente, al previo accertamento delle condizioni per il riconoscimento dell’ordine di indagine ed alla verifica della sussistenza dei motivi di rifiuto. In assenza di indicazioni di segno contrario, non vi è dunque ragione per ritenere che, allorché il suo intervento sia sollecitato mediante opposizione, il giudice goda di poteri di controllo diversi o più ampi rispetto a quelli che gli sono affidati in fase di decisione sull’esecuzione di un OEI.

⁵³³ Cfr. § 3 del “considerato in diritto”.

⁵³⁴ Viene così astutamente ritagliata una “zona franca, immune dalla invalidità processuali, sul presupposto che il momento dell’informativa non rilevi per l’esercizio del diritto – fondamentale – di difesa”. Così E. LORENZETTO, *Ancora sulla comunicazione del decreto di riconoscimento dell’ordine europeo di indagine*, cit., p. 3231.

⁵³⁵ Cfr. § 2 del “considerato in diritto”.

previsto dalla direttiva (art. 14 § 6), l'opposizione non è accompagnata dalla sospensione, né dell'esecuzione dell'ordine, né del trasferimento all'estero delle prove raccolte⁵³⁶. Il rinvio della trasmissione dei risultati probatori all'autorità emittente in pendenza dell'opposizione può, tutt'al più, essere frutto di una scelta discrezionale (e insindacabile) del pubblico ministero, motivata dall'esigenza di impedire un grave e irreparabile danno alle persone a vario titolo coinvolte nella procedura di esecuzione.

Con riferimento alle conseguenze processuali derivanti dalla violazione dell'art. 4, comma 4, d.lgs. n. 108/2017, la Cassazione, come anticipato, si discosta dalle conclusioni cui era giunta in precedenza. In particolare, prendendo dapprima in considerazione l'ipotesi della totale carenza della comunicazione, osserva che, anche qualora integrasse una nullità d'ordine generale⁵³⁷, comunque "risulterebbe ineducibile ai sensi dell'art. 183 lett. b) c.p.p., secondo cui la nullità è sanata se la parte si è avvalsa della facoltà al cui esercizio l'atto omesso o nullo è preordinato"⁵³⁸. Si fa riferimento al caso in cui, nonostante l'inadempimento dell'obbligo informativo, l'opposizione sia comunque presentata. L'impugnazione, proposta in via anticipata rispetto alla notificazione del decreto, postula necessariamente che il difensore dell'indagato sia entrato a conoscenza, in via informale e a prescindere, per l'appunto, dalla notifica del provvedimento, della provenienza estera delle attività di indagine in corso, ad esempio al momento del compimento dell'atto cui ha diritto di assistere o del deposito dei verbali *ex art. 366 c.p.p.*

Se, dunque, nel caso di specie fosse stata del tutto omessa la comunicazione del suddetto provvedimento, come erroneamente prospettato dal difensore in sede di opposizione e poi dal giudice per le indagini preliminari, "l'ipotetica nullità"⁵³⁹ sarebbe comunque risultata ineducibile, poiché sanata per effetto del comportamento concludente tenuto dal difensore che, in effetti, ha potuto presentare opposizione. In altre parole, prosegue la Corte, attraverso l'impugnazione sarebbe stata conseguita proprio la finalità cui tende l'adempimento informativo prescritto dall'art. 4, comma 4,

⁵³⁶ Sul punto, v. L. CAMALDO, *L'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 33.

⁵³⁷ Si tratterebbe, nello specifico, di una nullità di tipo intermedio *ex art. 178 lett. c) c.p.p.*

⁵³⁸ Cfr. § 4 del "considerato in diritto".

⁵³⁹ V. § 4 del "considerato in diritto".

d.lgs. n. 108/2017, ossia quella di garantire alla difesa di proporre (qualsiasi) opposizione⁵⁴⁰.

Tali conclusioni, mutuanti l'orientamento sviluppatosi in relazione all'omesso avviso di deposito al difensore⁵⁴¹, se formulate con riferimento all'ipotesi del difetto assoluto della comunicazione del decreto di riconoscimento di un ordine d'indagine, valgono, *a fortiori*, in caso di notifica (solo) tardiva⁵⁴².

La delicatezza dei profili toccati dalla decisione in esame offre lo spunto per alcune riflessioni critiche, che intendono cogliere le falle del ragionamento, e specialmente delle conclusioni cui è pervenuta la Corte.

L'impianto argomentativo eretto dai giudici di legittimità, frutto di un *revirement*, poggia sulla seguente premessa: la comunicazione omessa o (a maggior ragione) tardiva non incide sulla legittimità del provvedimento di riconoscimento, poiché l'unico effetto che produce consiste nello slittamento della data da cui prende avvio il termine di cinque giorni per presentare opposizione, senza arrecare alcun danno alle prerogative della difesa. Di conseguenza, qualora il contenuto delle censure difensive si limiti a rilevare la presenza di vizi formali (la comunicazione omessa o tardiva, per l'appunto), si esula dall'ambito di cognizione del giudice per le indagini preliminari, confinato ai soli aspetti di legittimità del decreto di riconoscimento (la carenza dei requisiti necessari al riconoscimento, la presenza di motivi ostativi, il difetto di proporzionalità)⁵⁴³.

La domanda, a questo punto, sorge spontanea: davvero il ritardo nella comunicazione non è mai fonte di un pregiudizio sostanziale per le garanzie difensive?

⁵⁴⁰ In tal modo, si trascura, però, la sostanziale differenza che intercorre tra un'opposizione "differita" e un'opposizione "tempestiva". Sul punto, v. E. LORENZETTO, *Ancora sulla comunicazione del decreto di riconoscimento dell'ordine europeo di indagine*, cit., p. 3234.

⁵⁴¹ Cfr. Cass., sez. 1, 20 aprile 2008 (dep. 22 maggio 2008), n. 20629, Rv. 239989, ove si afferma che, con riferimento a una fattispecie relativa al sequestro operato ai sensi dell'art. 354 c.p.p., "l'omesso avviso del deposito dei verbali degli atti compiuti dal P.M. e dalla polizia giudiziaria, ai quali il difensore abbia il diritto di assistere, costituisce una mera irregolarità che non incide sulla validità e utilizzabilità dell'atto, ma rileva solo ai fini della decorrenza del termine entro il quale è consentito l'esercizio delle attività difensive".

⁵⁴² Cfr. § 4 del "considerato in diritto".

⁵⁴³ Cfr. § 2 del "considerato in diritto", ove si afferma che "il sistema di tutela nello Stato di esecuzione [...] non può mai invadere l'ambito del sindacato concernente il merito degli atti compiuti, spettante esclusivamente alla giurisdizione dello Stato di emissione, né può ritenersi esteso alla verifica di eventuali vizi formali e procedurali che attengono alle modalità con cui è stato dato riconoscimento all'OIE dalla competente autorità giudiziaria, a meno che quei vizi procedurali non abbiano inciso in modo determinante sulla difesa dei diritti fondamentali, alla cui salvaguardia lo Stato di esecuzione è tenuto".

Forse non nel caso concreto, che ha dato origine alla pronuncia *de qua*, in cui tra la notifica del decreto e l'esecuzione degli atti richiesti si è registrato un intervallo temporale di circa dieci giorni, senza che (fortunatamente) fosse stata frattanto disposta la trasmissione all'autorità emittente dei risultati ottenuti.

Tuttavia, verso le conclusioni della sentenza, si legge che la circostanza che "l'inosservanza dell'obbligo di immediata comunicazione" produca "unicamente il differimento del *dies a quo* (...) non comporta ovviamente che il pubblico ministero debba ritenersi autorizzato a ritardare la comunicazione prevista dall'art. 4, comma 4, d.lgs. n. 108/2017, essendo indubbia la doverosità dell'immediata comunicazione subito dopo il compimento dell'atto di indagine (nella specie, sequestro probatorio), trattandosi di ritardo di fatto incidente sulla durata del vincolo reale, aggravando, per la persona che ne subisce gli effetti, il danno conseguente al riconoscimento di un ordine di indagine in ipotesi illegittimo"⁵⁴⁴. Qui, forse, si sta riconoscendo la dannosità insita nel ritardo della comunicazione, che si manifesta specialmente in caso di ordine di sequestro a fini di prova, misura spesso in grado di coinvolgere persone diverse dall'indagato, estranee alla commissione del reato.

Più esplicito risulta il passaggio in cui si afferma che "nei casi di più grave ritardo, ove tale adempimento seguisse all'avvenuto trasferimento della prova all'autorità giudiziaria di emissione, l'eventuale accoglimento dell'opposizione (...) costituirebbe comunque per il pubblico ministero titolo di responsabilità sul piano disciplinare nonché civile per il danno eventualmente derivante dall'ingiustificato ritardo della comunicazione"⁵⁴⁵. Si ammette, allora, che dal ritardo possa scaturire un pregiudizio effettivo, o quantomeno un danno risarcibile. I "casi di più grave ritardo" non vengono puntualmente individuati dalla Corte, ma è lecito immaginare che il parametro di riferimento sia rappresentato da situazioni caratterizzate da un ritardo significativo, di settimane o mesi, e non, evidentemente, di qualche giorno, come è avvenuto nel caso in esame.

Al di là delle conseguenze sfavorevoli che potrebbero ricadere sul pubblico ministero responsabile e tralasciando l'ipotesi, pacifica, dell'impugnazione diretta a contestare la presenza di motivi ostativi al riconoscimento o l'assenza di proporzionalità

⁵⁴⁴ V. § 5 del "considerato in diritto".

⁵⁴⁵ V. § 5 del "considerato in diritto".

dell'OEI (*i.e.* vizi “sostanziali”), occorre chiedersi quale spazio di tutela residui a favore dell'indagato che intenda dolersi unicamente dei danni patiti per effetto della mancata o tardiva comunicazione del decreto. La risposta è immediata: nessuna tutela, considerato che l'opposizione presuppone la (presunta) illegittimità del decreto di riconoscimento e che, secondo la ricostruzione dei giudici, quest'ultima non può derivare dal mero ritardo nella comunicazione, trattandosi di un vizio procedurale che s'innesta in un momento logicamente e cronologicamente posteriore all'emanazione del provvedimento medesimo, non idoneo a inficiarne il contenuto (*i.e.* la “sostanza”).

Più problematico appare lo scenario che si apre una volta avvenuta la trasmissione all'autorità emittente, ad esempio, dei beni sequestrati in Italia, nelle more del giudizio di opposizione o ancora prima della sua instaurazione. Sul punto, i giudici di legittimità hanno invero ritenuto che l'impugnazione – evidentemente quella volta a denunciare la presenza di vizi di legittimità e non soltanto “procedurali” – conservi la sua utilità, atteso che, in caso di accoglimento, l'autorità dello Stato estero, alla quale nel mentre sono pervenute le prove, deve tenerne conto⁵⁴⁶, in osservanza dell'art. 14 § 7 della direttiva.⁵⁴⁷

Tralasciando le pur irrinunciabili enunciazioni di principio che evocano la fiducia reciproca tra gli Stati membri dell'Unione, si deve ammettere che nella prassi può risultare difficile assicurare che l'accoglimento dell'opposizione da parte dell'autorità italiana trovi “un seguito di tutela” nello Stato di emissione⁵⁴⁸, specialmente a fronte del significativo divario che caratterizza le regole di utilizzabilità in materia di prove e del lasso di tempo che può essere frattanto trascorso. In altri termini, un atto di fiducia nei confronti della prudenza dell'autorità straniera e del sistema di regole processuali

⁵⁴⁶ V. le osservazioni di O. CALAVITA, *Ordine europeo di indagine e rimedi interni: riflessioni sulle prime applicazioni giurisprudenziali*, in *LP online*, 30 settembre 2021, p. 11 ss., il quale critica l'orientamento giurisprudenziale in parola per il fatto di “limitare il diritto di difesa interno a fronte del dovere dello Stato di emissione di «tener conto» di un eventuale annullamento del decreto di riconoscimento in Italia”, rilevando altresì l'indispensabilità di comprendere se, sul versante attivo della procedura, il «tener conto» possa tradursi nell'inutilizzabilità della prova ottenuta a seguito dell'accoglimento dell'opposizione.

⁵⁴⁷ Sul punto v. S. MARCOLINI, *L'ordine europeo di indagine alla prova dei fatti*, cit., p. 3379, il quale osserva che “una rassegnata stretta di spalle non sarebbe accettabile: l'effettività del rimedio di cui si discute impone che l'ordinamento straniero recepisca la nullità pronunciata dal giudice italiano e consideri *tamquam non essent* gli atti trasmessi”.

⁵⁴⁸ Senza, peraltro, considerare che graverebbe sulla difesa “l'onere di attivarsi all'estero perché lo Stato di emissione tenga conto dell'annullamento dell'*exequatur*”. In questi termini E. LORENZETTO, *Ancora sulla comunicazione del decreto di riconoscimento dell'ordine europeo di indagine*, cit., p. 3234.

vigenti nello Stato di emissione⁵⁴⁹ può, di per sé solo, ritenersi soddisfacente per la tutela delle garanzie difensive?⁵⁵⁰

Ecco che, allora, si comprende l'importanza di un'opposizione tempestiva, resa possibile soltanto da una comunicazione altrettanto celere, da effettuarsi a distanza di breve tempo dal compimento degli atti a sorpresa – “immediatamente dopo”, come suggerisce il dato letterale – e auspicabilmente prima di disporre il trasferimento *ultra fines* dei relativi esiti. Se è infatti vero che essa non produce effetti sospensivi, un'opposizione “seria” dovrebbe, però, indurre il pubblico ministero ad assumere un atteggiamento prudentiale e ad attendere a trasmettere all'estero i risultati delle attività svolte, quantomeno sino alla definizione del procedimento instaurato *ex art.* 13 d.lgs. n. 108/2017.⁵⁵¹

Un altro punto scivoloso della decisione s'incrocia nella parte in cui, per giustificare l'esclusione della deducibilità della nullità che conseguirebbe alla violazione dell'art. 4, comma 4, d.lgs. n. 108/2017, si riconosce la possibilità, tutt'altro che remota, che il difensore entri informalmente a conoscenza dell'esistenza di un OEI alla base dell'attività svolta in sua presenza: una conoscenza che gli permetterebbe di impugnare anticipatamente, ossia prima di ricevere la notifica del provvedimento di riconoscimento che, come si è detto, rappresenta l'oggetto stesso dell'opposizione.

Ammettendo questa prassi, però, si svilisce, ancora una volta, la portata degli obblighi di motivazione e comunicazione che incombono sul procuratore il quale, conscio che la difesa acquisirà comunque consapevolezza della matrice estera

⁵⁴⁹ Si pensi all'ipotesi in cui l'ordinamento straniero non preveda meccanismi di restituzione delle cose sequestrate trasmesse dall'autorità di esecuzione. Cfr. M. DANIELE, *Ordine europeo di indagine e ritardata comunicazione alla difesa del decreto di riconoscimento*, cit., p. 2.

⁵⁵⁰ A tal riguardo, si condividono le preoccupazioni sollevate da T. RAFARACI, *Il procedimento passivo di riconoscimento ed esecuzione*, cit., p. 311, il quale osserva che dalla “ambigua formula” di cui all'art. 14 § 7 della direttiva “non sembra per nulla scontato che l'autorità di emissione tragga la pur conseguente conclusione della non utilizzabilità dei risultati di un OEI «impugnato con successo» nello Stato di esecuzione”. Secondo l'A., all'inutilizzabilità della prova nello Stato di emissione, quale conseguenza dell'annullamento nello Stato di esecuzione, “si potrebbe tuttavia pervenire rifacendosi al principio di diritto internazionale generale secondo cui nessuno Stato può compiere atti processuali in territorio straniero in assenza di una espressa previsione normativa o di uno specifico accordo tra i due Stati. In un sistema di cooperazione giudiziaria presidiato dal mutuo riconoscimento, la soluzione principale dovrebbe invero essere fornita dalla reciproca fiducia tra gli Stati membri dell'Unione. Nondimeno, in assenza di qualche forma, pur minima, di armonizzazione dei rispettivi sistemi processuali, la fiducia deve sondarsi caso per caso”.

⁵⁵¹ Così G. DE AMICIS, *Dalle rogatorie all'ordine europeo di indagine*, cit., p. 38.

dell'attività investigativa, cioè anche in assenza della formale comunicazione del decreto di riconoscimento, potrebbe sentirsi autorizzato a omettere l'adempimento pur prescritto dalla legge, ritenendolo superfluo.

Inoltre, asserendo che l'esecuzione dell'OEI “pone *di fatto* la persona sottoposta ad indagini nella condizione di venirne a conoscenza attraverso il compimento dell'atto di sequestro e dei conseguenti adempimenti *ex art. 366 c.p.p.*”⁵⁵², la Corte sembra dare per scontata l'equipollenza, a livello contenutistico, tra i due provvedimenti – il decreto di riconoscimento, da un lato, e il decreto di perquisizione e sequestro, dall'altro – negata con forza dai pregressi approdi (sentenze n. 8320 e n. 14413 del 2019). Lo si evince chiaramente dall'affermazione secondo cui, nel caso in discussione, “la persona indagata dispone[va] delle informazioni necessarie per esperire il mezzo di impugnazione in esame, avendo avuto notizia sia dell'origine europea dell'attività di indagine, sia dell'autorità giudiziaria che aveva emesso l'ordine di indagine, oltre ad avere contezza della sommaria descrizione del fatto-reato attraverso i verbali degli atti di perquisizione e sequestro, dal cui deposito risulta che il pubblico ministero abbia dato regolare avviso ai sensi dell'art. 366, comma 1, c.p.p.”⁵⁵³

In definitiva, al fine di evitare il divulgarsi di prassi lassiste⁵⁵⁴, caotiche e contrarie alla legge, una soluzione operativa per il procuratore distrettuale, in grado di coniugare le esigenze investigative con quelle difensive, potrebbe consistere, ove possibile, nell'allegare il decreto di riconoscimento a quello di perquisizione e sequestro, evitando però di incorporare in quest'ultimo il contenuto dell'OEI, così da mantenere la formale distinzione tra i due atti. Così facendo, si scongiurerebbe il rischio di dare adito a opposizioni basate sulla conoscenza “di fatto”, non preceduta dalla formale comunicazione del decreto motivato di riconoscimento, che, oltre a svuotare di

⁵⁵² Cfr. § 5 del “considerato in diritto”.

⁵⁵³ Cfr. § 3 del “considerato in diritto”.

⁵⁵⁴ V. E. LORENZETTO, *Ancora sulla comunicazione del decreto di riconoscimento dell'ordine europeo di indagine*, cit., p. 3234, la quale afferma che la decisione qui commentata, “neutralizzando le sanzioni processuali in tutte le ipotesi di tardiva comunicazione del decreto di riconoscimento, apre un varco non da poco nel segno del *laissez faire*”.

significato l'adempimento imposto dall'art. 4, comma 4, d.lgs. 108/2017⁵⁵⁵, pregiudica inevitabilmente i diritti della difesa, costretta a muoversi "al buio" e, per giunta, in ritardo.

4.4. Il rapporto tra opposizione e riesame: *aut-aut!*

Un'ulteriore questione sottoposta al vaglio della Cassazione attiene al rapporto tra l'opposizione e il riesame, proponibile avverso il decreto di riconoscimento dell'ordine di sequestro probatorio.

Prima di illustrare il contrasto giurisprudenziale insorto sul punto, occorre dar conto della scelta espressa dal legislatore in tema di impugnazioni sul versante della procedura attiva. A tal proposito, l'art. 28 d.lgs. n. 108/2017⁵⁵⁶ attribuisce il diritto di impugnare l'ordine di sequestro emesso dall'autorità italiana, optando per l'applicazione del tradizionale procedimento di riesame *ex art.* 324 c.p.p. Si consente, altresì, l'attivazione dei rimedi di cui agli artt. 322 *bis* e 325 c.p.p., che concernono, rispettivamente, l'appello cautelare reale e il ricorso per cassazione⁵⁵⁷. Il provvedimento

⁵⁵⁵ La "tendenza a forzare le pur chiare scansioni procedurali delineate dal d.lgs. n. 108 del 2017" è sottolineata da M. DANIELE, *Il riconoscimento "di fatto" dell'ordine europeo di indagine*, cit., p. 1. Nello stesso senso E. LORENZETTO, *Ancora sulla comunicazione del decreto di riconoscimento dell'ordine europeo di indagine*, cit., p. 3227, fa notare che le regole, in particolare quelle dettate dall'art. 4, comma 4, d.lgs. n. 108/2017, norma chiave per comprendere gli snodi della procedura passiva, sono "a tal punto univoche da non richiedere soverchie fatiche esegetiche, ma la mera volontà di applicarle".

⁵⁵⁶ Cfr. R. BELFIORE, *Su alcuni aspetti del decreto di attuazione dell'ordine europeo di indagine di indagine penale*, cit., p. 409, la quale rileva che "questa disposizione vale a confermare l'impugnabilità del sequestro probatorio – nel nostro ordinamento, unico atto avente natura probatoria autonomamente impugnabile – anche quando disposto mediante ordine europeo"; nonché E. LORENZETTO, *L'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 1312, ove osserva che "il ridotto campo applicativo" dell'art. 28 d.lgs. n. 108/2017 "riflette il novero dei rimedi che l'ordinamento domestico riserva agli atti investigativi o all'assunzione di prove", precisando che "soltanto per il sequestro probatorio è ammessa l'impugnazione, *sub specie* di riesame *ex art.* 257 c.p.p."

⁵⁵⁷ Sul tema v. E. LORENZETTO, *L'assetto delle impugnazioni*, cit., pp. 178-179. L'A. osserva che mentre con riferimento al ricorso per cassazione non vi sarebbe alcun problema, atteso che "l'art. 28 d.lgs. n. 108 del 2017 rende applicabile l'art. 325 c.p.p. per intero", includendovi anche il ricorso *per saltum*, più difficile risulta l'operatività dell'art. 322 *bis* c.p.p., espressamente riferito al sequestro preventivo. A tal proposito, si potrebbe ritenere, da un lato, che l'appello "sia azionabile nel caso di rigetto dell'istanza di restituzione promossa dall'interessato", ma si scontrerebbe con la circostanza che, a livello interno, il mezzo prescelto a tal fine è l'opposizione *ex art.* 263, comma 5, c.p.p. Dall'altro lato, potrebbe affermarsi che l'appello sia proponibile avverso l'OEI relativo al sequestro di prevenzione, ma comunque "resterebbe incerta la disciplina applicabile – quella specifica *ex art.* 322 *bis* c.p.p. oppure le

impugnabile, dunque, coincide direttamente con l'ordine d'indagine con cui l'autorità italiana dispone il sequestro da eseguirsi all'estero⁵⁵⁸. La legittimazione attiva è conferita all'indagato o imputato, al suo difensore, alla persona cui la prova o il bene sono stati sequestrati, nonché a quella che avrebbe diritto alla loro restituzione.

Proprio in ragione delle diverse soluzioni adottate dal legislatore nell'ambito delle due distinte procedure, attiva e passiva, la giurisprudenza di legittimità si è interrogata sul rapporto intercorrente tra l'opposizione *ex art. 13*, comma 7, d.lgs. n. 108/2017 e il riesame di cui agli artt. 257 e 324 c.p.p. Se, infatti, nessun dubbio sorge nell'ambito della procedura attiva, poiché l'art. 28 d.lgs. n. 108/2017 non include l'opposizione tra i mezzi esperibili, al contrario l'art. 13 d.lgs. n. 108/2017 lascia aperta la possibilità del concorso tra i suddetti rimedi⁵⁵⁹.

A tal riguardo, un primo orientamento⁵⁶⁰, che ha invero affrontato la questione marginalmente, si mostra favorevole a tratteggiare la relazione tra opposizione e riesame in termini di cumulabilità, e non di alternatività, sul presupposto che gli atti oggetto di impugnazione – da un lato, il decreto di riconoscimento e, dall'altro, quello di (perquisizione e) sequestro – siano totalmente difformi⁵⁶¹. In particolare, richiamando l'art. 14 § 1 della direttiva che invita a predisporre mezzi d'impugnazione equivalenti a quelli disponibili in ambito domestico, tale indirizzo sostiene che, mentre l'opposizione sia esperibile esclusivamente avverso il provvedimento di riconoscimento, la richiesta di riesame resti proponibile nei confronti del decreto di sequestro. La *ratio* sottesa a tale impostazione può rinvenirsi nell'esigenza di rimarcare la distinzione tra il decreto di

norme del procedimento di prevenzione (artt. 10 e 27 d.lgs. n. 159 del 2011)”, senza considerare, peraltro, che l'art. 28 d.lgs. n. 108/2017 si riferisce esclusivamente al sequestro “a fini di prova”.

⁵⁵⁸ V. la *Relazione illustrativa*, cit., p. 9.

⁵⁵⁹ In argomento v., volendo, C. DE LUCA, *La prima pronuncia della Corte di Giustizia sull'ordine europeo d'indagine penale: un approccio formale diretto a favorire l'efficacia della cooperazione giudiziaria*, in *Cass. pen.*, 2020, n. 10, p. 3861 ss.

⁵⁶⁰ In tal senso, Cass., sez. III, 29 novembre 2018, n. 4244, *non massimata*; sez. VI, 31 gennaio 2019, n. 8320, cit.; sez. VI, 7 febbraio 2019, n. 14413, cit.

⁵⁶¹ In dottrina, sposa la “concezione dualista” dei rimedi impugnatori R. M. GERACI, *Ordine europeo di indagine ricevuto dall'estero e rimedi impugnatori praticabili*, in *Cass. pen.*, 2019, n. 9, p. 3184 ss. L'A. ritiene che la contrapposta teoria “monista” si sostanzi in una violazione dell'art. 14 § 1 della direttiva, poiché le plurime differenze intercorrenti tra l'opposizione di cui all'art. 13 d.lgs. n. 108/2017 e il riesame – attinenti, *inter alia*, ai presupposti, alle cadenze temporali e agli esiti decisori – impediscono di considerare la prima “davvero equipollente” al secondo, senza però tener conto che la scelta di apprestare uno specifico mezzo di impugnazione, quale l'opposizione, è frutto di un'elaborazione *in primis* legislativa.

riconoscimento e i successivi atti d'indagine che ne discendono, tenuto conto delle distorsioni verificatesi nella prassi che hanno confuso i piani contenutistici dei rispettivi provvedimenti.

Un secondo orientamento⁵⁶², che si è occupato direttamente del problema, ritiene, al contrario, che l'opposizione sia l'unico rimedio attivabile nel contesto della procedura passiva dell'OEI. Una diversa soluzione risulterebbe antieconomica⁵⁶³, poiché darebbe luogo a “due autonome e parallele procedure, l'una contro il decreto di riconoscimento, l'altra avverso l'atto di esecuzione, con effetti del tutto sordinati tra loro”, proprio a causa di quei profili di discontinuità accentuati dai sostenitori della tesi opposta.

Siffatta opzione ermeneutica, condivisa da una parte della dottrina⁵⁶⁴, pare maggiormente aderente al dato testuale: l'art. 13, a differenza dell'art. 28 d.lgs. n. 108/2017, non menziona il riesame, così come quest'ultimo, diversamente dal primo, non consente di esperire l'opposizione. Pertanto, in forza del principio generale che predica la tassatività dei mezzi d'impugnazione *ex art. 568 c.p.p.*, la tesi della coabitazione dei rimedi fatica a trovare accoglimento.

L'esclusione del riesame avverso i provvedimenti attuativi dell'OEI passivo sarebbe compensata dall'espansione del raggio d'azione dell'opposizione, praticabile non solo contro il decreto di riconoscimento, ma anche avverso tutti i provvedimenti successivi che ne costituiscono il naturale epilogo. Si ritiene, infatti, che l'opposizione consenta sia di dedurre la presenza di “vizi genetici o di comunicazione del decreto di riconoscimento”, sia di contestare “le modalità di esecuzione” dell'ordine di indagine, ferma restando l'insindacabilità delle ragioni di merito sottese alla sua emissione (*i. e. i presupposti dell'atto richiesto dall'estero, governati dalla lex fori*)⁵⁶⁵.

Particolarmente significativa è l'inclusione, nell'oggetto dell'impugnazione, dei vizi afferenti alla comunicazione, che si pone in netto contrasto con quanto di recente

⁵⁶² Cfr. Cass., sez. III, 11 ottobre 2018 (dep. 7 febbraio 2019), n. 5940, Rv. 274855 e Cass., sez. VI, 14 febbraio 2019 (dep. 14 marzo 2019), n. 11491, Rv. 275291.

⁵⁶³ Così M. DANIELE, *Ordine europeo di indagine e ritardata comunicazione alla difesa del decreto di riconoscimento*, cit., p. 2, il quale ritiene che la clausola di equivalenza contenuta nell'art. 14 § 1 della direttiva possa infatti considerarsi soddisfatta dalla previsione della sola opposizione.

⁵⁶⁴ V., in particolare, M. DANIELE, *Ordine europeo di indagine e ritardata comunicazione alla difesa del decreto di riconoscimento*, cit., p. 2, e S. MARCOLINI, *L'ordine europeo di indagine alla prova dei fatti*, cit., p. 3381.

⁵⁶⁵ Lo precisa S. MARCOLINI, *L'ordine europeo di indagine alla prova dei fatti*, cit., p. 3382. Si rinvia ai rilievi svolti *supra*, nota n. 494.

affermato nella pronuncia sopra esaminata (n. 30885 del 2020), che li considera mere irregolarità procedurali, come tali non suscettibili di ripercuotersi sulla validità del provvedimento e neppure rientranti nella sfera cognitiva del giudice dell'opposizione.

Al contrario, stando all'orientamento in esame, che si condivide, promosso da chi esclude la convivenza tra opposizione e riesame, sarebbe legittimo avvalersi della prima anche per censurare l'omissione o il ritardo della notifica del decreto emanato dal procuratore distrettuale. In tal modo, i vizi della comunicazione sarebbero elevati a rango di elementi che inficiano il contenuto, e dunque la legittimità, del decreto di riconoscimento, come tali conoscibili e sanzionabili nello Stato di esecuzione.

Concludendo, in considerazione della divergenza degli orientamenti formatisi in seno alla giurisprudenza di legittimità, è auspicabile un intervento chiarificatore, che sappia definire gli esatti contorni e le finalità dell'opposizione e, più in generale, guidare i passi incerti sinora compiuti nella prassi applicativa del nuovo strumento di acquisizione probatoria *ultra fines*.

5. Le prerogative della difesa nella procedura attiva: *in medio stat virtus*

Sul versante della procedura attiva, si è già detto che, nell'ambito del procedimento penale, la competenza all'emissione dell'ordine è stata attribuita al pubblico ministero e al giudice procedente, ciascuno secondo le rispettive attribuzioni. Nel procedimento preordinato all'applicazione di una misura di prevenzione patrimoniale l'autorità dotata del potere di emettere un OEI coincide, invece, con il tribunale (artt. 16 ss. d.lgs. n. 159 del 2011).

A differenza di quanto avviene sul fronte passivo, l'art. 27 del decreto non riproduce la duplice condizione (equivalenza e proporzionalità) richiesta dall'art. 6 della direttiva ai fini dell'emissione dell'ordine. L'omesso riferimento al principio di proporzionalità è presto spiegato dalla Relazione illustrativa, ove rassicura che esso è "immanente al sistema interno relativo ai mezzi di prova e di ricerca della prova, calibrato anche in relazione alla gravità dei reati per cui si procede"⁵⁶⁶. Si fa leva, in particolare, sulla formulazione dell'art. 326 c.p.p., che richiede lo svolgimento delle indagini "necessarie" ai fini delle determinazioni inerenti all'esercizio dell'azione

⁵⁶⁶ Cfr. la *Relazione illustrativa*, cit., p. 18.

penale, nonché ai criteri di superfluità e irrilevanza che entrano nella valutazione del giudice in ordine all'ammissione delle prove *ex art.* 190 c.p.p.

Anche per quanto concerne le prove atipiche di cui all'art. 189 c.p.p.⁵⁶⁷, può affermarsi che la sussistenza del requisito della proporzionalità sia intrinseca al doppio vaglio richiesto ai fini della loro ammissibilità: l'idoneità di tali prove ad assicurare l'accertamento dei fatti oggetto dell'imputazione e l'assenza di pregiudizi nei confronti della libertà morale dell'interessato.

Analoghe considerazioni valgono per il principio di equivalenza, sebbene il legislatore non fornisca alcuna esplicita indicazione a riguardo: anch'esso è infatti da ritenersi intriso nel tessuto normativo, muovendo da un'interpretazione orientata al contenuto della direttiva, sufficientemente dettagliata sul punto e, come tale, dotata di efficacia diretta⁵⁶⁸.

La trasmissione dell'OEI, il cui contenuto è disciplinato in via esemplificativa dall'art. 30 d.lgs. n. 108/2017, conformemente all'art. 5 della direttiva, predilige lo schema del contatto diretto tra le autorità coinvolte, funzionale a garantire una cooperazione rapida e informale. Laddove indispensabile per superare le difficoltà che possono manifestarsi a livello comunicativo, è consentito ricorrere all'autorità centrale o al sistema di telecomunicazioni della Rete giudiziaria europea (art. 32 d.lgs. n. 108/2017).

All'esecuzione dell'OEI all'estero possono partecipare, previa richiesta da esplicitare nell'apposizione sezione dell'allegato "A", il giudice o il pubblico ministero,

⁵⁶⁷ Parte della dottrina e la giurisprudenza maggioritaria sono favorevoli all'estensione dell'art. 189 c.p.p. ai mezzi di ricerca della prova, ritenendo che la valutazione circa la sussistenza dei requisiti posti dalla norma possa effettuarsi *ex post*, una volta che i relativi risultati siano stati ammessi dal giudice nel contraddittorio tra le parti. In dottrina, v. P. TONINI - C. CONTI, *Il diritto delle prove penali*, Milano, Giuffrè, 2014, p. 189 ss.; esprime invece qualche perplessità N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, Padova, Cedam, 1992, p. 213. In giurisprudenza, sull'attività di controllo degli spostamenti da remoto tramite GPS, cfr. *ex multis* Cass., sez. II, 4 aprile 2019 (dep. 27 maggio 2019), n. 23172, Rv. 276966; in relazione alle videoriprese di comportamenti non aventi contenuto comunicativo effettuate in luogo pubblico, aperto o esposto al pubblico, v. Cass., sez. VI, 4 novembre 2016 (dep. 12 dicembre 2016), n. 52595, Rv. 268936; per ciò che concerne l'attività di osservazione e pedinamento effettuata dalla polizia giudiziaria, v. Cass., sez. VI, 3 giugno 1998 (dep. 7 luglio 1998), n. 2072, Rv. 212220.

⁵⁶⁸ V. M. DANIELE, *L'ordine europeo di indagine penale entra a regime*, cit., p. 1. Nello stesso senso, E. LORENZETTO, *I diritti della difesa nelle dinamiche dell'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 379, la quale ritiene colpite da inutilizzabilità le risultanze raccolte all'estero senza il rispetto dei principi di equivalenza e proporzione.

quest'ultimo direttamente o delegando un ufficiale di polizia giudiziaria e potendo altresì promuovere la costituzione di una squadra investigativa comune, cui si applica l'apposita disciplina contenuta nel d.lgs. n. 34 del 2016. Le modalità di partecipazione dell'autorità emittente alla fase esecutiva, di regola, formano oggetto di specifico accordo.

Finalmente, all'art. 31 d.lgs. n. 108/2017, entra in scena il difensore dell'indagato, dell'imputato o del proposto, al quale, in attuazione dell'art. 1 § 3 della direttiva, è conferito il potere di rivolgersi all'autorità giudiziaria (pubblico ministero e giudice) per sollecitare l'inoltro all'estero dell'OEI⁵⁶⁹. Sul piano dei contenuti, la richiesta difensiva deve indicare, a pena di inammissibilità, l'atto di indagine o di prova e i motivi che ne giustificano il compimento o l'assunzione.

Il pubblico ministero o il giudice che riceve l'istanza difensiva non sono però obbligati a darvi corso. In caso di rigetto, il primo adotta decreto motivato, mentre il secondo si pronuncia con ordinanza, dopo aver sentito le parti. Qualora l'istanza abbia ad oggetto un sequestro, trova applicazione l'art. 368 c.p.p., in forza del quale, in caso di diniego dell'organo dell'accusa, questi deve trasmettere al giudice per le indagini preliminari la richiesta unitamente al suo parere motivato, attivando una forma di controllo giurisdizionale⁵⁷⁰. In dottrina, si è sostenuto che lo schema dell'art. 368 c.p.p. avrebbe potuto costituire “il modello tipico per la trattazione delle istanze difensive di emissione di un OEI”⁵⁷¹, e non soltanto dell'ordine di sequestro, nell'ottica di realizzare una maggior tutela delle garanzie difensive dell'indagato.

Ricostruita nei suoi tratti essenziali, la norma di cui all'art. 31 d.lgs. n. 108/2017 incarna il centro della disciplina domestica sull'OEI, nella cui circonferenza è possibile

⁵⁶⁹ V. la Circolare in tema di attuazione della direttiva 2014/41/UE relativa all'ordine europeo di indagine penale, cit., pp. 47-48.

⁵⁷⁰ In forza del principio di tassatività stabilito dall'art. 568 c.p.p., il provvedimento che respinge la richiesta di emissione di un ordine di sequestro probatorio presentata dalla parte privata è sottratto ad ogni mezzo d'impugnazione. Cfr., *ex multis*, Cass., sez. III, 4 ottobre 2007 (dep. 21 novembre 2007), n. 42969, Rv. 238100.

⁵⁷¹ In tal senso G. BARROCU, Sub art. 31 d.lgs. 108/2017, in G. Illuminati - L. Giuliani (a cura di), *Commentario breve al codice di procedura penale*, Wolters Kluwer Cedam, 2020, p. 3682, il quale afferma che l'obiezione secondo cui “tale soluzione potrebbe prescrivere un vincolo per il p.m. che non gli è imposto per le indagini richieste dalla difesa in un procedimento interno” possa superarsi tenendo conto che “nella dinamica meramente domestica esistono le indagini difensive e istituti quali l'incidente probatorio, che consentono un vaglio giurisdizionale delle pretese dell'indagato”.

rinvenire le coordinate delle prerogative della difesa e misurare, di conseguenza, il grado di soddisfacimento delle aspettative in essa riposte.

La soluzione adottata dal legislatore, che si concretizza nella c.d. “canalizzazione” dell’iniziativa difensiva, ha infatti diviso gli studiosi della materia tra coloro che, delusi, vi ravvisano l’ennesima sconfitta della difesa⁵⁷², costretta a scoprire le carte al suo “antagonista naturale”⁵⁷³, e coloro che, invece, la accolgono positivamente, ritenendola un buon punto di partenza, sebbene non ancora una vera e propria conquista⁵⁷⁴.

Prima di esporre i principali orientamenti sviluppatisi a partire dalla previsione di cui all’art. 31 d.lgs. n. 108/2017, occorre dar conto delle alternative⁵⁷⁵ che il legislatore italiano aveva a disposizione per recepire la disposizione sovranazionale (art. 1 § 3)⁵⁷⁶.

⁵⁷² In senso critico si esprime L. CAMALDO, *La normativa di attuazione dell’ordine europeo di indagine: le modalità operative del nuovo strumento di acquisizione della prova all’estero*, cit., p. 4205, il quale definisce la previsione in esame “piuttosto deludente”; A. MANGIARACINA, *L’acquisizione “europea” della prova cambia volto*, cit., p. 171, che parla a tal proposito di “soluzione minimale”; P. SPAGNOLO, *Il procedimento di emissione dell’OEI*, in M. Daniele - R. E. Kostoris (a cura di), *L’ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 87, secondo cui l’art. 31 d.lgs. n. 108/2017 “si limita solo a colmare una lacuna del precedente sistema rogatorio”; 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, n. 1, p. 37, la quale rileva che il legislatore “quando ha previsto in capo alla difesa un potere di richiesta, piuttosto che un potere dispositivo rispetto all’OEI, ha disatteso la necessità che la regola interna fosse parametrata nell’ambito dei diritti della difesa applicabili conformemente al diritto e alla procedura nazionale, generando, in tal modo, una norma in parte costituzionalmente illegittima”.

⁵⁷³ L’espressione è di R. E. KOSTORIS, *L’attuazione italiana dell’ordine investigativo europeo*, cit., p. 508.

⁵⁷⁴ V., in particolare, M. R. MARCHETTI, *Prospettive di riforma del Libro XI c.p.p.*, cit., p. 34, la quale sottolinea l’importanza di tale disciplina, che fornisce alla difesa “la possibilità di accedere ad uno strumento dal quale finora è stata del tutto esclusa: ci si riferisce ovviamente al corrispondente istituto delle rogatorie, la cui richiesta può certamente venir sollecitata anche dal difensore, ma che, essendo priva di una specifica regolamentazione, resta del tutto affidata alla buona volontà dell’autorità giudiziaria procedente”; cfr. anche R. BELFIORE, *Su alcuni aspetti del decreto di attuazione dell’ordine europeo di indagine di indagine penale*, cit., p. 408, ove afferma che sebbene resti precluso alla difesa un potere autonomo di iniziativa, “questa disposizione rivela una particolare sensibilità, anche al di là del suo importante valore simbolico”, nonché E. LORENZETTO, *I diritti della difesa nelle dinamiche dell’ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 367, la quale, sottolineando il ruolo “del tutto inedito nel panorama dell’assistenza giudiziaria”, ritiene che il decreto offra “una soluzione all’insegna dell’equilibrio”.

⁵⁷⁵ Le possibili modalità di recepimento sono ripercorse da R. PICCIRILLO, *I profili funzionali dell’ordine europeo di indagine penale*, in T. Bene - L. Luparia - L. Marafioti (a cura di), *L’ordine europeo di indagine*, cit., p. 60, e da F. M. GRIFANTINI, *Una questione aperta: le investigazioni difensive alla luce dell’ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 298.

Da un lato, si sarebbe potuto optare – e così è avvenuto – per la soluzione definita “minimalista”, prevedendo l’obbligo del giudice, esteso dall’art. 31, comma 3, d.lgs. n. 108/2017, anche al pubblico ministero, di decidere sulla richiesta proveniente dal difensore con provvedimento motivato, che illustri le ragioni del diniego.

Dall’altro lato, in un’ottica più espansiva⁵⁷⁷, la scelta sarebbe potuta ricadere sul modello delineato dall’art. 391 *bis*, commi 10 e 11, c.p.p. che, in tema di investigazioni difensive su suolo nazionale, introduce una forma di richiesta “quasi ricettizia”, vincolante per l’autorità destinataria.

In entrambi i casi, peraltro, si realizza inevitabilmente una *discovery* anticipata della strategia difensiva, dovendo il legale dell’indagato necessariamente interloquire con l’autorità giudiziaria.

Ad avviso dei sostenitori della tesi alternativa a quella poi effettivamente accolta, forgiare il potere di impulso del difensore nell’ambito dell’OEI sulla falsariga di quello previsto dalla norma sopra richiamata avrebbe avuto, però, il vantaggio di garantire alla difesa l’accoglimento della richiesta così avanzata⁵⁷⁸.

In realtà, come rilevato da altra parte della dottrina, neppure nelle ipotesi *ex artt.* 391 *bis*, commi 10 e 11, c.p.p. sono presenti meccanismi in grado di “rendere coercibile l’operato richiesto”⁵⁷⁹ dalla difesa.

⁵⁷⁶ Come rilevato da T. ALESCI, *Le garanzie difensive e il ruolo del difensore nello spazio giudiziario europeo*, in T. Bene - L. Luparia - L. Marafioti (a cura di), *L’ordine europeo di indagine. Criticità e prospettive*, cit., p. 105, “la portata innovativa della disposizione, che legittima la difesa a chiedere l’emissione di un ordine europeo di indagine, dipende[va] dalle modalità di recepimento della stessa all’interno dei singoli ordinamenti”. V. anche D. CIMADOMO, *Ordine europeo di indagine penale e garanzie della difesa*, cit., p. 224, la quale osserva che dalla direttiva non è consentito desumere se l’istanza difensiva “abbia o possa avere effetto vincolante né che l’autorità sia tenuta a riscontrare detta richiesta”.

⁵⁷⁷ Cfr. M. CAIANIELLO, *La nuova Direttiva UE sull’ordine europeo di indagine penale tra mutuo riconoscimento e ammissione reciproca delle prove*, cit., p. 7.

⁵⁷⁸ In tal senso, M. CAIANIELLO, *La nuova Direttiva UE sull’ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 7, il quale mette in risalto la distinzione tra “chiedere” l’acquisizione di una prova e “ottenerla”, come avverrebbe introducendo una fattispecie del tenore di quelle previste all’art. 391 *bis*, comma 10 e 11, c.p.p. Le citate disposizioni prevedono, infatti, rispettivamente, che “il pubblico ministero, su richiesta del difensore, *ne dispone* l’audizione che fissa entro sette giorni dalla richiesta medesima” e che “il difensore, in alternativa all’audizione di cui al comma 10, può chiedere che si proceda con incidente probatorio all’assunzione della testimonianza o all’esame della persona che si sia avvalsa della facoltà di non rispondere o di non rendere la dichiarazione”.

⁵⁷⁹ Così E. LORENZETTO, *I diritti della difesa nelle dinamiche dell’ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 371, la quale sottolinea che “i due espedienti non sembrano realmente capaci di vincolare la decisione dell’autorità giudiziaria”.

Quanto alla richiesta di audizione, in giurisprudenza si afferma che il pubblico ministero non ha l'obbligo di provvedere, qualora essa non indichi le circostanze in relazione alle quali si vuole che la persona sia sentita e le ragioni per cui si ritiene che siano utili alle indagini⁵⁸⁰, precisando che, in ogni caso, i provvedimenti adottati dall'organo dell'accusa in quanto parte non sono suscettibili di impugnazione⁵⁸¹.

In relazione alla richiesta di procedere con incidente probatorio, la Cassazione esclude qualsiasi automatismo nell'accoglimento della stessa, che, al contrario, presuppone "una valutazione positiva del giudice circa la rilevanza ai fini investigativi delle circostanze in relazione alle quali si vuole che la persona sia sentita"⁵⁸². Inoltre, in virtù del principio di tassatività fissato nell'art. 568 c.p.p., non è esperibile alcun mezzo d'impugnazione avverso l'ordinanza con cui il giudice per le indagini preliminari respinge o dichiara inammissibile la richiesta di incidente probatorio promossa dal difensore⁵⁸³.

Appare dunque condivisibile la scelta del legislatore di approdare a una soluzione di compromesso, stabilendo che l'autorità giudiziaria, pur non vincolata all'istanza difensiva, abbia comunque il dovere di pronunciarsi e di motivare l'eventuale rigetto. A ben vedere, l'imposizione di un decreto motivato (o di un'ordinanza, se è il giudice a doversi pronunciare) "ha una sua precisa rilevanza nella dinamica processuale"⁵⁸⁴ in quanto, pur non essendo impugnabile, permette comunque di far valere l'eventuale

⁵⁸⁰ Cfr. Cass., sez. II, 23 novembre 2006 (dep. 6 dicembre 2006), n. 40232, Rv. 235594.

⁵⁸¹ Cfr. Cass., sez. un., 11 luglio 2001 (dep. 24 settembre 2001), n. 34536, Rv. 219598.

⁵⁸² Così Cass., sez. III, 14 dicembre 2011 (dep. 17 gennaio 2012), n. 1399, Rv. 251645.

⁵⁸³ Cfr., *ex multis*, Cass., sez. III, 9 aprile 2002 (dep. 23 maggio 2002), n. 20130, Rv. 221973, la quale esclude la sua qualificabilità quale provvedimento abnorme, e quindi la possibilità di impugnarla con ricorso per cassazione, dal momento che "non può dirsi avulsa dall'intero ordinamento processuale (abnormità strutturale) né adottata al di fuori dei casi consentiti e delle ipotesi previste, tanto da determinare una stasi irrimediabile del processo (abnormità funzionale)".

⁵⁸⁴ Così la *Relazione illustrativa*, cit., p. 2. In dottrina, v. R. BELFIORE, *Su alcuni aspetti del decreto di attuazione dell'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 408, la quale si esprime in termini positivi in ordine al fatto che la decisione dell'autorità giudiziaria sia sempre dovuta e che il rifiuto debba essere sempre giustificato. In senso opposto, v. A. MANGIARACINA, *L'acquisizione "europea" della prova cambia volto*, cit., pp. 171-172, secondo la quale l'impossibilità di proporre impugnazione avverso detto provvedimento costituisce "un nervo scoperto", che dissolve la garanzia della difesa.

mancanza di giustificazione del rifiuto e di lasciarne traccia all'interno del fascicolo⁵⁸⁵. Si tratta, infatti, di una garanzia difensiva che non trova corrispondenza a livello interno, atteso che, al di là della specifica ipotesi di cui all'art. 368 c.p.p. concernente il sequestro, di regola le richieste che pervengono al pubblico ministero non implicano un suo dovere di risposta (art. 367 c.p.p.)⁵⁸⁶.

Nel ristretto ventaglio di opzioni attuabili non era contemplata, invece, l'attribuzione al difensore dell'autonomo potere di rivolgersi direttamente all'autorità straniera. A tal proposito, la Relazione illustrativa chiarisce che “la direttiva non consente di prevedere – né avrebbe potuto essere diversamente – che il difensore dell'indagato o imputato possa richiedere direttamente all'autorità giudiziaria di altro Stato membro l'esecuzione di un atto d'indagine”⁵⁸⁷, precisando che le investigazioni difensive all'estero⁵⁸⁸ non sono oggetto di regolamentazione, in quanto esulano dalla sfera operativa dell'OEI⁵⁸⁹.

Se è indubbio che la preclusione del potere di svolgere in autonomia attività in territorio straniero – quantomeno quelle che prescindono dall'intervento dell'autorità giudiziaria – appartiene ormai a una concezione (sculpita nell'orientamento granitico

⁵⁸⁵ Tale aspetto è sottolineato da E. SELVAGGI, *La circolare del ministero della giustizia sul c.d. ordine europeo di indagine*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, n. 11, p. 1. V. anche E. LORENZETTO, *I diritti della difesa nelle dinamiche dell'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 373, secondo la quale “il dovere di adottare un provvedimento esplicito di rigetto, e di motivarlo, assume un rilievo del tutto peculiare, consentendo di conservare agli atti le ragioni del diniego opposto dal pubblico ministero”.

⁵⁸⁶ Cfr. E. LORENZETTO, *I diritti della difesa nelle dinamiche dell'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 373.

⁵⁸⁷ Così la *Relazione illustrativa*, cit., p. 19. Contrariamente, F. FALATO, *La proporzione innova il tradizionale approccio al tema della prova*, cit., p. 43, ritiene che sarebbe stata “preferibile la previsione in capo al difensore di 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”.

⁵⁸⁸ Sui limiti spaziali delle investigazioni difensive v., ampiamente, E. LORENZETTO, *Il diritto di difendersi indagando nel sistema processuale penale*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2013, p. 278 ss.; F.M. GRIFANTINI, *Una questione aperta: le investigazioni difensive alla luce dell'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 291 ss.

⁵⁸⁹ V. *supra*, nota n. 234. In dottrina v. G. BARROCU, *La cooperazione investigativa in ambito europeo*, cit., p. 284, nonché M. TROGU, *Sub. art. 31 d.lgs. n. 108/2017*, in A. Marandola (a cura di), *Cooperazione giudiziaria penale*, Milano, Giuffrè, 2018, p. 1082.

proprio della giurisprudenza di legittimità⁵⁹⁰) non più attuale del difensore nel contesto europeo, si condivide, tuttavia, la scelta legislativa di evitare una commistione tra la disciplina dell'ordine d'indagine e quella delle investigazioni difensive all'estero. Una diversa soluzione, costitutiva di un legame tra i predetti istituti, avrebbe, infatti, alimentato l'equivoco, già diffuso nell'ambito delle rogatorie, "per cui il difensore, per svolgere attività investigativa in territorio straniero, necessita sempre degli strumenti di cooperazione giudiziaria"⁵⁹¹.

In medio stat virtus: se, da un lato, al difensore è negata la possibilità di interloquire direttamente con l'autorità estera⁵⁹², dall'altro si riconosce l'ammissibilità, e la conseguente utilizzabilità, delle prove autonomamente raccolte nell'espletamento delle indagini difensive⁵⁹³, nei limiti in cui non richiedano il contributo dell'autorità giudiziaria⁵⁹⁴: in tali ipotesi, è proprio l'art. 31 d.lgs. n. 108/2017 a fornire al difensore lo strumento che gli consente di sollecitare l'intervento del giudice o del pubblico ministero.

⁵⁹⁰ Cfr. Cass., sez. I, 19 giugno 2007, n. 23967, cit., aspramente criticata in dottrina, che ritiene viziate da inutilizzabilità le risultanze delle indagini difensive compiute in Bulgaria, in quanto "prive del crisma di legalità che ogni attività all'estero deve avere e cioè dell'uso della rogatoria internazionale". Stando a quanto affermato da Cass., sez. III, 27 maggio 2009 (dep. 15 giugno 2009), n. 24653, Rv. 244087, tale conclusione, tuttavia, non si estende ai documenti autonomamente acquisiti all'estero direttamente dalle amministrazioni competenti, ai quali si applica la disciplina ex artt. 234 e ss. c.p.p. Più di recente, v. Cass., sez. II, 25 ottobre 2019 (dep. 31 gennaio 2020), n. 4152, Rv. 278003, secondo cui "è legittima l'acquisizione al fascicolo del dibattimento di atti di provenienza estera di natura amministrativa, compiuti al di fuori di qualsiasi indagine penale e come tali non sottoposti al regime delle rogatorie internazionali". In quella occasione, è stata ritenuta legittima l'acquisizione, tramite indagini difensive svolte all'estero dalla parte civile, di documenti provenienti da società e autorità doganali.

⁵⁹¹ Così E. LORENZETTO, *I diritti della difesa nelle dinamiche dell'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 370.

⁵⁹² Cfr. P. SPAGNOLO, *Il procedimento di emissione dell'OEI*, cit., p. 93, la quale, a tal proposito, rileva che "del resto, neppure il pubblico ministero ha un potere di indagine diretto, dovendo incanalare la propria attività inquirente entro schemi prefissati che implicano l'intervento dell'autorità straniera".

⁵⁹³ V. M. BORDIERI, *Brevi note sull'inutilizzabilità di atti di investigazione svolti dal difensore dell'imputato senza passare attraverso una rogatoria internazionale*, in *Cass. pen.*, 2009, n. 5, p. 2035 ss., secondo la quale "la localizzazione di una prova su territorio estero non può certamente costituire una lesione del diritto di difesa dell'imputato".

⁵⁹⁴ Cfr. C. ANGELONI, *L'inammissibilità di investigazioni difensive all'estero, una ricostruzione plausibile?*, cit., p. 1391.

Al di fuori di questi casi, quando cioè si può prescindere dall'intermediazione dell'autorità⁵⁹⁵, l'attività investigativa del difensore all'estero dovrebbe invece ritenersi libera, al pari di quanto avviene se compiuta sul territorio italiano, attesa la sua natura esclusivamente privatistica⁵⁹⁶, non destinata a estrinsecarsi nell'esercizio di poteri coercitivi⁵⁹⁷. Tale soluzione intermedia⁵⁹⁸ è senz'altro in linea con l'art. 111 Cost., che traduce a livello nazionale il principio del giusto processo enunciato dall'art. 6 CEDU, nella specifica declinazione della parità delle parti e delle armi processuali, da cui trae origine il diritto di difendersi indagando⁵⁹⁹.

Il nucleo delle garanzie difensive sul versante della procedura di emissione di un OEI non si esaurisce nell'attribuzione dello *ius postulandi* al difensore, ma è arricchito dalla previsione di cui all'art. 33 del decreto attuativo.

Tale norma, trasponendo sul lato attivo l'art. 9 § 2 della direttiva, impone all'autorità italiana emittente di indicare specificamente “i diritti e le facoltà riconosciuti dalla legge alle parti e ai loro difensori”⁶⁰⁰ nell'ordine indirizzato all'autorità straniera, con la quale concorda le modalità di compimento dell'atto di indagine o di prova.

⁵⁹⁵ Si fa riferimento all'attività non documentata e, in specie, al c.d. colloquio esplorativo *ex art. 391 bis*, comma 1, c.p.p., che consente al *pool* investigativo della difesa di valutare se l'intervistato possa rivelare notizie utili in vista di un successivo ed eventuale invito a rilasciare una dichiarazione scritta o a rendere informazioni da documentare secondo le modalità di cui all'art. 391 *ter* c.p.p. Come rileva P. SPAGNOLO, *Il procedimento di emissione dell'OEI*, cit., p. 96, il difensore dispone di un ampio ventaglio di scelte, potendo anzitutto avanzare una richiesta di OEI, qualora il colloquio abbia avuto esito positivo. In tal caso, si può richiedere che il dichiarante si presenti in Italia per essere sentito con le forme dell'art. 391 *bis* c.p.p. oppure che egli sia ascoltato da un difensore estero, abilitato a svolgere investigazioni difensive secondo la *lex loci*. È poi possibile rinunciare all'audizione, qualora il contenuto delle dichiarazioni rese in via informale non siano utili o favorevoli all'assistito.

⁵⁹⁶ Così M. R. MARCHETTI, *L'assistenza giudiziaria internazionale*, Milano, Giuffrè, 2005, p. 128.

⁵⁹⁷ V. M. BORDIERI, *Brevi note sull'inutilizzabilità di atti di investigazione svolti dal difensore dell'imputato senza passare attraverso una rogatoria internazionale*, cit., p. 2038, la quale sottolinea che al difensore è precluso il compimento di atti c.d. di imperio – perquisizioni, assunzione di testimonianze, svolgimento di perizie – che sono espressione di un potere di coazione, spettante al solo Stato in cui l'atto deve essere svolto.

⁵⁹⁸ Parla di una “terza via” P. SPAGNOLO, *Il procedimento di emissione dell'OEI*, cit., p. 95.

⁵⁹⁹ V. E. LORENZETTO, *Il diritto di difendersi indagando nel sistema processuale penale*, cit., p. 3 ss.

⁶⁰⁰ Ad avviso di E. LORENZETTO, *I diritti della difesa nelle dinamiche dell'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 375, l'ampiezza della formula induce a includervi anche la persona offesa dal reato. L'Autrice rileva che “benché, infatti, l'offeso non sia «parte», l'esegesi correttiva si impone. E non soltanto perché il dettato normativo risulta ambiguo – è improprio riferirsi alla «parte» (anche) in relazione al compimento di atti di indagine – ma, altresì, per ragioni di economia processuale, legate all'utile compimento di attività all'estero il cui impiego nel procedimento domestico resterebbe altrimenti precluso”.

Rimproverata da alcuni studiosi di contenere una “formula ambigua, da cui traspare un atteggiamento di eccessiva condiscendenza verso l’autorità di esecuzione”⁶⁰¹, la disposizione in esame dovrebbe, invece, rappresentare la chiave che apre alle garanzie difensive la cassaforte estera in cui è custodita la prova⁶⁰². Così interpretato, l’art. 33 colmerebbe la lacuna presente nell’art. 29 d.lgs. n. 108/2017, che non menziona il legale dell’indagato tra i soggetti legittimati a partecipare all’esecuzione dell’attività oggetto di OEI.

Qualora si proceda, ad esempio, all’interrogatorio della persona sottoposta ad indagini ovvero a una perquisizione o a un sequestro, l’autorità giudiziaria italiana, in applicazione dell’art. 33 d.lgs. n. 108/2017, è tenuta a informare quella estera della circostanza che la presenza del difensore integra una condizione di utilizzabilità delle prove secondo la *lex fori*. Di conseguenza, è superabile la critica secondo cui la sorte di siffatta richiesta rientri pur sempre nella discrezionalità dell’autorità emittente⁶⁰³, poiché è evidente che quest’ultima abbia interesse a far sì che l’attività eseguita all’estero possa entrare come prova nel processo da instaurare o già pendente in Italia⁶⁰⁴.

Nel caso in cui l’autorità di esecuzione non intenda accogliere la richiesta di partecipazione del difensore, soccorrono gli espedienti escogitati dalla direttiva, e rinvenibili di riflesso anche nel decreto attuativo: il dialogo diretto tra le autorità, il principio di proporzionalità, il contro-limite dei principi fondamentali della *lex loci*, opponibile per innalzare le garanzie (anche difensive) della persona.

L’art. 33 d.lgs. n. 108/2017, se correttamente inteso e applicato, consente, dunque, di agevolare la procedura di cooperazione, promuovendo l’incontro di volontà tra le autorità coinvolte, nel segno della fiducia reciproca, senza però offuscare la tutela delle prerogative difensive, che devono necessariamente rientrare tra le modalità di

⁶⁰¹ Così si esprime R. E. KOSTORIS, *L’attuazione italiana dell’ordine investigativo europeo*, cit., p. 500, il quale prosegue affermando che “l’art. 33 sembra quasi aver concesso un diritto di veto all’autorità di esecuzione”, riconoscendo al contempo che “interpretata in questo modo, la previsione sarebbe contraria alla logica del mutuo riconoscimento e al ruolo di contro limite che (...) ci sembra dover essere riconosciuto alla clausola del rispetto dei principi fondamentali della *lex loci*”.

⁶⁰² V. R. BELFIORE, *Su alcuni aspetti del decreto di attuazione dell’ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 408.

⁶⁰³ Cfr. A. MANGIARACINA, *L’acquisizione “europea” della prova cambia volto*, cit., p. 172.

⁶⁰⁴ Sul punto, v. E. LORENZETTO, *I diritti della difesa nelle dinamiche dell’ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 375, la quale ritiene che proprio “l’interesse a ottenere risultati spendibili possa fungere da stimolo, per l’autorità giudiziaria italiana, ad adempiere con il massimo rigore il dovere di indicazione specifica prescritto dall’art. 33 d.lgs. n. 108/2017”.

acquisizione della prova da concordare⁶⁰⁵, a pena di inutilizzabilità del materiale raccolto⁶⁰⁶.

A chiusura del sistema delle garanzie della difesa si colloca l'art. 35 d.lgs. n. 108/2017, volto ad assicurare la conoscenza, alle parti e ai loro difensori⁶⁰⁷, della documentazione inviata dall'autorità estera, relativa all'attività probatoria compiuta in esecuzione dell'OEI, rinviando ai casi e alle modalità previste dal codice di rito per i corrispondenti atti processuali domestici⁶⁰⁸. Ne deriva che, nel corso delle indagini preliminari, la *disclosure* degli atti contenuti nel fascicolo del pubblico ministero ha luogo mediante l'avviso conclusivo *ex art. 415 bis c.p.p.*, che attribuisce all'indagato e al suo difensore la facoltà di prendere visione ed estrarre copia della documentazione ivi custodita, salvo che durante tale fase siano stati compiuti atti ai quali il difensore ha diritto di assistere, con o senza preavviso⁶⁰⁹.

In definitiva, all'interno di un contesto in cui le garanzie difensive appaiono adombrate dall'impronta efficientista che permea la disciplina sull'ordine investigativo, le aperture scorgibili sul piano nazionale rappresentano, più che un traguardo, una base solida per la creazione del difensore europeo⁶¹⁰, che costituisce, al contempo, una sfida e una priorità indilazionabile per l'Unione⁶¹¹.

⁶⁰⁵ Cfr. S. MARCOLINI, *La procedura attiva*, cit., p. 335.

⁶⁰⁶ V. *infra*, § 5.1.

⁶⁰⁷ Al pari di quanto osservato in relazione all'art. 33 d.lgs. n. 108/2017, anche in questo caso si ritiene che la cerchia dei destinatari dell'avviso *ex art. 35 d.lgs. n. 108/2017* coincida con "tutti i possibili interessati all'informativa", nei limiti in cui la *lex fori* lo consenta in relazione allo specifico tipo di atto compiuto all'estero. Così E. LORENZETTO, *I diritti della difesa nelle dinamiche dell'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 375.

⁶⁰⁸ V. la *Relazione illustrativa*, cit., p. 19.

⁶⁰⁹ In tale evenienza, trova infatti applicazione l'art. 366 c.p.p., che prevede il deposito dei suddetti atti in via anticipata rispetto alla conclusione delle indagini preliminari.

⁶¹⁰ Cfr., sul punto, T. ALESCI, *Le garanzie difensive e il ruolo del difensore nello spazio giudiziario europeo*, cit., p. 114, la quale afferma che sebbene l'art. 86 TFUE, che costituisce la base giuridica per la creazione della Procura europea, "non contempli la figura dell'avvocato, sarà indispensabile che il legislatore europeo introduca un meccanismo che possa permettere al difensore di 'difendersi provando', anche attraverso la raccolta di prove a discarico, poiché solo in tal modo potrà svolgere con efficienza ed efficacia la propria funzione".

⁶¹¹ V. M. TROGLIA, *Le investigazioni difensive all'estero*, cit., p. 125, la quale auspica un cambio di mentalità, non solo da parte della giurisprudenza di legittimità, ma anche e soprattutto del legislatore, nazionale e sovranazionale, che determini il superamento di "un'interpretazione ormai obsoleta e anacronistica, accettando l'idea di un avvocato sempre più dinamico e multidisciplinare". V. anche F.M. GRIFANTINI, *Una questione aperta: le investigazioni difensive alla luce dell'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 301, secondo il quale il rafforzamento delle garanzie difensive sul panorama europeo

5.1. L'utilizzabilità processuale del materiale probatorio acquisito all'estero

Un profilo delicato del volto attivo dell'OEI attiene alla disciplina dell'utilizzabilità delle prove⁶¹² assunte all'estero nel processo da instaurarsi nello Stato di emissione.

In assenza di un'esplicita previsione nel testo della direttiva⁶¹³, che, disattendendo le aspettative del Libro verde⁶¹⁴, ha rinunciato a compiere l'opera di armonizzazione "dall'alto" delle normative nazionali in tema di prova penale⁶¹⁵, il dato di partenza è posto dall'art. 9 § 2 della direttiva medesima. Tale norma, puntualmente recepita dal decreto attuativo⁶¹⁶, fornisce la chiave di accesso al sistema del nuovo strumento di cooperazione imperniato sull'applicazione della *lex fori*⁶¹⁷, con il limite dell'osservanza dei principi fondamentali del diritto dello Stato di esecuzione che consente di rivitalizzare la *lex loci*.

In un meccanismo flessibile, alimentato dai principi mobili, e non da regole fisse, occorre interrogarsi sulla sorte delle prove raccolte senza l'osservanza delle formalità e procedure che siano state espressamente richieste dall'autorità di emissione proprio al fine di consentirne l'uso domestico⁶¹⁸. Occorre, in altre parole, verificare se sia utilizzabile, nel processo da instaurarsi nello Stato di emissione, la prova assunta

postula "un'omologazione dei sistemi normativi sul versante probatorio, non realizzata dalla direttiva sull'OEI".

⁶¹² Sul tema, v., per tutti, N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, cit., 1992.

⁶¹³ A tal riguardo, l'art. 14 § 7 della direttiva si limita infatti a prescrivere il rispetto, nei procedimenti penali nello Stato di emissione, dei diritti della difesa e delle garanzie proprie del giusto processo in sede di valutazione delle prove acquisite tramite l'OEI, facendo salva l'applicazione delle norme procedurali nazionali.

⁶¹⁴ V. *supra*, cap. I, § 3.2.

⁶¹⁵ Cfr. la *Circolare in tema di attuazione della direttiva 2014/41/UE relativa all'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 48, ove si dà atto che "la direttiva 2014/41/UE non contiene una disciplina generale della *mutual admissibility of evidence*".

⁶¹⁶ Cfr. artt. 4, comma 2, e 5, comma 3, d.lgs. n. 108/2017.

⁶¹⁷ V. E. ZANETTI, *La richiesta all'estero*, cit., p. 62.

⁶¹⁸ Si auspica che l'autorità di emissione pretenda l'impiego, da parte dell'autorità straniera, delle sole modalità la cui osservanza, secondo la *lex fori*, si attegga a condizione di utilizzabilità della prova. Si pensi, ad esempio, alla richiesta di procedere all'assunzione di una prova dichiarativa mediante la tecnica dell'esame incrociato, che garantisca il pieno rispetto del principio del contraddittorio nella formazione della prova ex art. 111, comma 4, Cost. Per tali rilievi, v. M. DANIELE, *L'ordine europeo di indagine penale entra a regime*, cit., p. 2; nell'ambito delle rogatorie internazionali, si esprime in tal senso l'art. 729, comma 2, c.p.p., come modificato nel 2017, a norma del quale gli atti compiuti con modalità diverse da quelle indicate dall'autorità richiedente sono inutilizzabili "solo nel caso in cui l'inutilizzabilità è prevista dalla legge".

all'estero attraverso modalità (il c.d. *quomodo*⁶¹⁹) derivanti dalla sostituzione, operata dall'autorità di esecuzione, della *lex fori* con la *lex loci*.

Tenta di fornire una risposta a tale quesito l'art. 36 del decreto attuativo, attraverso cui il legislatore nazionale, tra le soluzioni possibili⁶²⁰, ha optato per l'equiparazione della disciplina in punto di utilizzabilità delle prove acquisite tramite ordine d'indagine a quella dettata dal codice di rito in tema di rogatorie internazionali⁶²¹. In particolare, l'art. 36, comma 1, d.lgs. n. 108/2017, riproducendo lo schema offerto dall'art. 431, comma 1, lett. d) ed f), c.p.p., prevede l'inserimento nel fascicolo per il dibattimento dei documenti acquisiti all'estero mediante OEI, dei verbali degli atti non ripetibili assunti con le stesse modalità, nonché dei verbali degli atti di natura non documentale né irripetibile, assunti all'estero, ai quali i difensori siano stati posti in grado di assistere e di esercitare le facoltà loro consentite dalla legge italiana.

Il secondo comma della norma in esame si occupa, invece, dei verbali contenenti le dichiarazioni rilasciate da persona residente all'estero⁶²², subordinandone la lettura in giudizio alle condizioni stabilite dall'art. 512 *bis* c.p.p., ossia in caso di mancata comparizione del teste ritualmente citato e di assoluta impossibilità di disporre l'esame in dibattimento. Esulano dalla sua sfera applicativa le dichiarazioni rese nel corso e con

⁶¹⁹ Cfr. M. DANIELE, *La sfera d'uso delle prove raccolte*, in M. Daniele - R. E. Kostoris (a cura di), *L'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 188.

⁶²⁰ Le vie alternative che si sarebbero potute seguire sono ampiamente ripercorse da M. DANIELE, *Ordine europeo di indagine*, in A.A.V.V., *Investigazioni e prove transnazionali*, cit., p. 66. Nel dettaglio, l'A. prende in considerazione, oltre alla strada poi effettivamente imboccata dal legislatore, da una parte, l'introduzione di "regole di esclusione di tipo rigido, tali da replicare tutti i divieti probatori operanti nei casi interni analoghi" e, dall'altra, l'estensione dell'art. 729 c.p.p., relativo alle rogatorie, al fine di introdurre nel sistema interno "clausole elastiche, imperniate sul rispetto dei principi fondamentali degli ordinamenti nazionali e dei diritti fondamentali".

⁶²¹ Cfr. la *Relazione Illustrativa*, cit., p. 20. In dottrina, v. L. CAMALDO, *La normativa di attuazione dell'ordine europeo di indagine*, cit., p. 4206. In senso critico, v. R. BELFIORE, *Su alcuni aspetti del decreto di attuazione dell'ordine europeo di indagine di indagine penale*, cit., p. 409, la quale suggerisce "una scelta di uniformità con il regime di utilizzabilità degli atti di provenienza interna", in grado di dimostrare "maggiore rigore nel rispetto delle garanzie che presiedono la formazione della prova".

⁶²² V. Cass., sez. V, 18 gennaio 2017 (dep. 20 marzo 2017), n. 13522, Rv. 269398, che circoscrive il raggio applicativo dell'art. 512 *bis* c.p.p. alle sole dichiarazioni che siano state rese da soggetto effettivamente residente all'estero, "dovendo invece trovare applicazione la disciplina di cui all'art. 512 c.p.p., qualora tale soggetto fosse, al momento della deposizione, anche di fatto residente in Italia". Più di recente, si segnala Cass., sez. V, 20 gennaio 2021 (dep. 8 febbraio 2021), n. 4945, Rv. 280669, che esclude l'applicabilità della norma *de qua* alle dichiarazioni rese da cittadini stranieri "che abbiano avuto dimora in Italia per un periodo di tempo apprezzabile, risiedendovi anche solo di fatto, riguardando coloro che, al momento del rilascio, si siano trovati solo transitoriamente sul territorio italiano".

le forme dell'incidente probatorio, incluse nel fascicolo *ex art. 431 lett. e) c.p.p.*, anch'esso richiamato dalla norma speciale⁶²³.

La scelta compiuta dal legislatore italiano, confluita nell'art. 36 d.lgs. n. 108/2017, di per sé non soddisfa. Il rischio paventato in dottrina è che, per effetto della sovrapposizione con la disciplina sulle rogatorie, si ripropongano le soluzioni già adottate dalla giurisprudenza di legittimità, la quale si è mostrata poco incline a impedire l'ingresso delle prove acquisite *aliunde*, conformemente alla *lex loci*, talvolta determinando un abbassamento del livello di garanzie previste dal diritto interno⁶²⁴. La preoccupazione maggiore è destata, in particolare, dall'interpretazione estensiva data all'art. 512 *bis* c.p.p. che, alla luce dell'art. 111, comma 5, Cost., dovrebbe invero concepirsi come *extrema ratio*, in quanto deroga al regime delle letture vietate e, dunque, al metodo dialettico che presiede la formazione della prova dichiarativa⁶²⁵.

Al contrario, le Sezioni unite, avallando un orientamento consolidato in tema di rogatorie, circoscrivono l'inutilizzabilità delle prove raccolte all'estero in ossequio alla *lex loci* alla sola ipotesi di contrasto tra le modalità di assunzione impiegate e "le norme inderogabili di ordine pubblico e buon costume, che non si identificano necessariamente con il complesso delle regole dettate dal codice di rito e, in particolare, con quelle relative all'esercizio dei diritti della difesa"⁶²⁶.

Non rassicura neppure un altro approdo giurisprudenziale, secondo cui il presupposto dell'assoluta impossibilità di escutere il teste in dibattimento sia da ritenersi sussistente al cospetto del rifiuto dell'autorità straniera di consentire a quella italiana di

⁶²³ Cfr. la Circolare in tema di attuazione della direttiva 2014/41/UE relativa all'ordine europeo di indagine penale, cit., p. 48. Nel silenzio della legge, si ritiene che, in relazione all'utilizzabilità delle prove autonomamente raccolte all'estero – per le quali, ad eccezione dell'ipotesi speciale di cui all'art. 234 *bis* c.p.p., si rende comunque necessaria l'emanazione di un OEI – continui a valere la regola dettata dall'art. 78 disp. att. c.p.p., che rinvia alle modalità contemplate dall'art. 238 c.p.p. Sul punto, v. M. DANIELE, *La sfera d'uso delle prove raccolte*, cit., p. 196, il quale ritiene che anche le prescrizioni contenute nell'art. 238 c.p.p. sottostiano al canone della proporzionalità.

⁶²⁴ V. M. DANIELE, *L'ordine europeo di indagine penale entra a regime*, cit., p. 2. Sul punto, v. anche R. BELFIORE, *Immediatezza e prova transnazionale*, in *Cass. pen.*, 2021, n. 6, p. 2187, secondo la quale, attraverso il "binario" degli artt. 431 e 512 *bis* c.p.p., "il legislatore ha finito per conferire al materiale di matrice straniera uno *status* probatorio privilegiato".

⁶²⁵ V. Cass., sez. II, 18 settembre 2013 (dep. 19 dicembre 2013), n. 51410, Rv. 257975.

⁶²⁶ Così Cass., sez. un., 25 febbraio 2010 (dep. 21 aprile 2010), n. 15208, Rv. 246587.

partecipare all'audizione all'estero, attraverso la rogatoria concelebrata⁶²⁷. Si tratta, evidentemente, di un'interpretazione che sacrifica il diritto al confronto in nome dell'efficienza della cooperazione e che, sul terreno dell'OEI, sembra confermata dal tenore dell'art. 29 d.lgs. n. 108/2017, il quale subordina la partecipazione dell'autorità di emissione all'intesa raggiunta con l'autorità estera, senza però precisare a quali condizioni possa considerarsi legittimo il diniego di quest'ultima⁶²⁸.

Solleva perplessità anche l'art. 36, comma 1, lett. a) d.lgs. n. 108/2017, che, a una prima lettura, sembra ammettere l'inserimento *tout court* nel fascicolo del dibattimento dei verbali relativi agli atti irripetibili, senza dare peso all'effettivo rispetto delle garanzie difensive in sede di formazione della prova all'estero.

Si ritiene, tuttavia, che questi inconvenienti, dovuti in parte dal dato normativo lacunoso e in parte da prassi giurisprudenziali eccessivamente remissive nei confronti del *modus operandi* altrui, non siano senza rimedio.

Estendendo lo sguardo oltre l'art. 36 d.lgs. n. 108/2017, si scopre che la chiave di lettura è offerta da un'interpretazione sistematica, che tenga conto del più ampio orizzonte in cui è collocata la singola disposizione e dei principi ispiratori della materia, specialmente quello di proporzionalità: l'esegesi dell'art. 36 d.lgs. n. 108/2017 illuminata dal principio di proporzionalità consente, infatti, di pervenire a due soluzioni.

⁶²⁷ Cfr. Cass., sez. un., 25 novembre 2010 (dep. 14 luglio 2011), n. 27918, Rv. 250197, secondo cui, affinché possa disporsi la lettura dei verbali di dichiarazioni rese all'estero, è necessario (e sufficiente) che sia stata inutilmente richiesta, ove possibile, la escussione del dichiarante attraverso una rogatoria internazionale concelebrata o mista. In ogni caso, la giurisprudenza è concorde nel ritenere che l'impossibilità di assumere la dichiarazione in dibattimento non possa consistere "nella mera impossibilità giuridica di disporre l'accompagnamento coattivo" del testimone.

⁶²⁸ A tal proposito, cfr. M. DANIELE, *L'ordine europeo di indagine penale entra a regime*, cit., p. 2, ad avviso del quale "sarebbe stato preferibile adottare la diversa formulazione della norma rinvenibile nell'art. 9 § 4 della direttiva, secondo cui l'autorità di esecuzione potrebbe rifiutare la concelebrazione nella misura in cui confliggesse con i principi fondamentali del proprio diritto". Sul punto, la *Circolare in tema di attuazione della direttiva 2014/41/UE relativa all'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 49, rileva che, a differenza del decreto attuativo, "le leggi di attuazione adottate da Francia e Regno Unito si conformano pienamente alla previsione dell'art. 9 § 4 della direttiva". In dettaglio, "l'art. 694-39 del codice di procedura penale francese riconosce, quali unici possibili motivi di rifiuto della richiesta dell'autorità emittente di partecipare all'esecuzione dell'atto, il caso in cui detta partecipazione appaia «*de nature à réduire les droits des parties et les garanties procédurales fondamentales de notre droit ou de nature à nuire à nos intérêts nationaux fondamentaux*». Analogamente, l'art. 34 delle *Regulations* 2017 n. 730 del Regno Unito prevede che la richiesta di concelebrazione dello Stato emittente possa essere rifiutata soltanto quando [risulti] «*contrary to a fundamental principle of law, or harmful to essential national security interests*».

In primo luogo, il pericolo che in giudizio penetrino i verbali di atti non ripetibili acquisiti senza il rispetto delle garanzie previste a livello interno può essere evitato grazie a una corretta applicazione dell'art. 33 d.lgs. n. 108/2017, che permette all'autorità italiana emittente di pretendere da quella estera l'osservanza dei diritti della difesa assicurati dalla *lex fori*⁶²⁹. Spetta poi all'autorità di esecuzione valutare, con l'ausilio del canone della proporzionalità, se agire in conformità alle richieste dell'autorità di emissione ovvero se la prevalente esigenza di rispettare i propri principi fondamentali le imponga di applicare la *lex loci*.

Poiché quest'ultima ipotesi integra l'eccezione alla regola, è necessario che l'autorità che opera la sostituzione delle regole probatorie dia una motivazione puntuale ed esaustiva delle ragioni a sostegno di tale scelta, per consentire all'autorità emittente di condurre un vaglio sul rispetto della proporzionalità: ricevuta la documentazione relativa all'attività compiuta all'estero, compete infatti al giudice italiano la decisione in ordine all'utilizzabilità delle prove assunte secondo la *lex loci*, selezionando il materiale probatorio sulla base delle peculiarità del caso e del supporto motivazionale fornito dall'autorità straniera. In buona sostanza, l'autorità procedente dovrebbe “scartare tutte quelle prove raccolte sulla base di modalità tali da determinare una violazione sproporzionata dei diritti fondamentali, in quanto non debitamente giustificate dalle esigenze investigative o probatorie del caso concreto”⁶³⁰.

Come si è già avuto modo di osservare⁶³¹, non deve spaventare l'attribuzione di tale potere di esclusione in via esclusiva all'organo giurisdizionale, poiché la discrezionalità è in ogni caso confinata “all'accertamento – debitamente motivato – delle circostanze concrete capaci di giustificare la sostituzione delle misure istruttorie previste dalla *lex fori* con quelle previste dalla *lex loci* o dalla normativa euro-unitaria”⁶³².

In secondo luogo, per ciò che attiene al requisito dell'assoluta impossibilità di cui all'art. 512 *bis* c.p.p., la soluzione prospettata risiede nel promuovere un'interpretazione conforme al criterio di necessità, che compone il *test* di proporzionalità. In tal modo, la

⁶²⁹ In tal senso, F. RUGGIERI, *Le nuove frontiere dell'assistenza penale internazionale, l'ordine europeo di indagine penale*, in *Proc. pen. giust.*, 2018, n. 1, p. 139.

⁶³⁰ In questi termini, M. DANIELE, *Ordine europeo di indagine*, cit., p. 75.

⁶³¹ V. *supra*, cap. II, § 2.2.

⁶³² Ancora, v. M. DANIELE, *La sfera d'uso delle prove raccolte*, cit., p. 191.

lettura in giudizio delle dichiarazioni rilasciate dal soggetto residente all'estero sarebbe consentita soltanto in presenza di "valide ragioni concrete"⁶³³, addotte dall'autorità di esecuzione, che realmente impediscano la formazione della prova attraverso modalità alternative in grado di salvaguardare il nocciolo duro del diritto al contraddittorio (l'esame "concelebrato" o l'audizione in videoconferenza⁶³⁴).

Ne discende, dunque, che l'impossibilità di avvalersi di modalità differenti dall'esame fisico incrociato dovuta unicamente al diniego opposto dell'autorità estera, non adeguatamente motivato alla luce delle circostanze e delle esigenze del caso, non può dirsi sufficiente a consentire la lettura dibattimentale. Diversamente opinando, sarebbe frustrata l'occasione, fornita dalla disciplina sull'OEI, di ricorrere, ove possibile, al compimento di un atto diverso, con conseguente violazione del principio di proporzionalità.

⁶³³ V. M. DANIELE, *La sfera d'uso delle prove raccolte*, cit., p. 191.

⁶³⁴ Per una gerarchia delle modalità di attuazione del diritto al confronto nell'assunzione della prova dichiarativa, v. M. DANIELE, *Testimony through a live link in the perspective of the right to confront witnesses*, in *Criminal Law Review*, 2014, p. 189 ss., nonché ID., *La metamorfosi del diritto delle prove nella direttiva sull'ordine europeo di indagine penale*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2015, n. 4, p. 95 ss., il quale pone al vertice della piramide, quale *golden rule*, l'esame fisico incrociato, da attuare mediante la comparizione del dichiarante in Italia, seguita dall'esame concelebrato, da svolgersi possibilmente anche alla presenza del difensore, nonché dall'esame a distanza in videoconferenza e infine, quale *extrema ratio*, dall'esame condotto all'estero esclusivamente dall'autorità di esecuzione. Anche la *Circolare in tema di attuazione della direttiva 2014/41/UE relativa all'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 51, afferma che "l'audizione mediante collegamento audiovisivo, quale modalità capace di annullare la distanza giuridica tra il luogo di raccolta della prova e il luogo nel quale essa dovrà essere utilizzata" si collochi, "in una graduatoria ideale delle tecniche di acquisizione della prova dichiarativa all'estero, immediatamente dopo l'esame concelebrato e immediatamente prima della prova delegata all'autorità di esecuzione con la mera indicazione di forme e procedure". Considerazioni analoghe sono svolte da M. BOLOGNARI, *Ordine europeo di indagine penale ed esame a distanza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, n. 4/5, p. 1100 ss. e, sebbene con riferimento alle rogatorie, da R. BELFIORE, *Immediatezza e prova transnazionale*, cit., p. 2193, la quale considera l'esame mediante videoconferenza "l'ultima chance" a disposizione dell'autorità e, al contempo, "un valido strumento per abbattere le barriere spaziali". Nella giurisprudenza sovranazionale, v. Corte EDU, Sez. V, 3 marzo 2011, *Zhukovskiy c. Ucraina*, in *HUDOC database*, § 43 ss., di cui si riportano i seguenti passaggi: "The Court further reiterates that the authorities should make every reasonable effort to secure the appearance of a witness for direct examination before the trial court"; "The Court considers that the available modern technologies could offer more interactive type of questioning of witnesses abroad, like a video link".

6. Le intercettazioni mediante OEI: quale spazio per l'instradamento?

Specularmente alla direttiva, anche la normativa interna contiene alcune disposizioni, sia sul versante passivo che su quello attivo, dedicate a taluni specifici atti d'indagine⁶³⁵.

Per evitare di tornare su quanto esposto in precedenza⁶³⁶, ci si limita a rilevare l'assenza di significativi scostamenti rispetto alla disciplina dettata dal testo sovranazionale, ad eccezione di alcuni aspetti⁶³⁷. Pare, piuttosto, opportuno soffermarsi sulla tematica, più interessante e innovativa⁶³⁸, quantomeno nella prospettiva dell'ordinamento nazionale, inerente alle intercettazioni di conversazioni effettuate tramite OEI senza necessità di ricorrere all'assistenza tecnica di un altro Stato membro.

Rinviando a un momento successivo l'analisi dei profili problematici che riguardano il mezzo di ricerca della prova, sviscerati dal Report di Eurojust del

⁶³⁵ Si tratta del trasferimento temporaneo di persone detenute (artt. 16, 17 e 37, 38); dell'audizione mediante videoconferenza o altra trasmissione audiovisiva (artt. 18 e 39); dell'audizione tramite teleconferenza del testimone o del perito (art. 19); dell'acquisizione di informazioni o documenti presso banche o istituti finanziari (artt. 20 e 40); delle operazioni sotto copertura (artt. 21, 22 e 41, 42); delle intercettazioni di telecomunicazioni, con e senza l'assistenza tecnica di un altro Stato membro (artt. 23, 24 e 43, 44); dell'acquisizione di dati esterni relativi al traffico telefonico e telematico (artt. 25 e 45).

⁶³⁶ V. *supra*, cap. II, § 5.

⁶³⁷ Si nota, in particolare, che l'audizione mediante teleconferenza compare soltanto nell'ambito della procedura passiva, integrando "una forma di assunzione della prova dichiarativa non prevista ad uso interno che, tuttavia, l'art. 19 del decreto ha voluto rendere disponibile verso le autorità degli Stati membri." Così la *Circolare in tema di attuazione della direttiva 2014/41/UE relativa all'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 31. Inoltre, con riferimento all'art. 25 d.lgs. n. 108/2017, che disciplina l'acquisizione, dal lato passivo, dei c.d. tabulati telefonici o telematici, secondo le modalità di cui all'art. 256 c.p.p., si ritiene che "la disposizione, per quanto scarna, rappresenta un passo avanti rispetto alla disciplina della direttiva che non dedica all'argomento che poche indicazioni contenute nel preambolo". In tal senso, C. MARINELLI, *Le intercettazioni di comunicazioni*, in M. Daniele - R. E. Kostoris (a cura di), *L'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 245. Si riporta, per completezza, il testo del *considerando* n. 30 della direttiva: "Le possibilità di cooperare conformemente alla presente direttiva in materia di intercettazione delle telecomunicazioni non dovrebbero essere limitate al contenuto delle telecomunicazioni, ma dovrebbero anche riguardare la raccolta di dati relativi al traffico e all'ubicazione associate a tali telecomunicazioni, in modo che le autorità competenti possano emettere un OEI inteso a ottenere dati meno intrusivi sulle telecomunicazioni. Un OEI volto a ottenere dati storici relativi al traffico e all'ubicazione connessi alle telecomunicazioni dovrebbe rientrare nel regime generale applicabile all'esecuzione dell'OEI e può essere considerato, a seconda del diritto dello Stato di esecuzione, un atto di indagine coercitivo".

⁶³⁸ V. la *Circolare in tema di attuazione della direttiva 2014/41/UE relativa all'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 53.

novembre 2020 (il primo ad occuparsi interamente di OEI)⁶³⁹, il presente paragrafo vuole focalizzare l'attenzione sulle novità della materia *de qua*, che segnano, almeno sul panorama europeo, il tramonto dell'instradamento, di cui si dirà a breve.

Preliminarmente, occorre rammentare la distinzione tracciata nel decreto attuativo, mutuata dalla direttiva⁶⁴⁰, che a sua volta si rifà alla Convenzione di Bruxelles⁶⁴¹, tra intercettazioni eseguite con e senza l'assistenza tecnica di un altro Stato membro.

Nella prima ipotesi, che, considerate le caratteristiche attuali del sistema di telefonia mobile⁶⁴², costituisce oramai l'eccezione, essendo raro che i Paesi aderenti alla direttiva del 2014 siano sprovvisti di una c.d. "stazione di ingresso"⁶⁴³, l'ordine d'intercettazione deve essere emanato compilando la sezione "H7"⁶⁴⁴ del modulo di cui all'allegato "A", come espressamente previsto dall'art. 43 d.lgs. n. 108/2017.

Dal lato passivo, l'art. 23 d.lgs. n. 108/2017 individua il procuratore distrettuale quale organo deputato al riconoscimento dell'ordine d'intercettazione, subordinato alla verifica circa la sussistenza delle condizioni di ammissibilità contemplate dalla *lex loci*⁶⁴⁵. La medesima valutazione spetta, in seconda battuta, anche al giudice per le indagini preliminari, al quale l'ordine è trasmesso per ottenere l'autorizzazione allo svolgimento delle captazioni. L'autorità emittente può, inoltre, concordare con quella che riceve l'ordine le modalità di esecuzione delle operazioni (trasmissione immediata oppure registrazione e successiva trasmissione) ed eventualmente richiedere l'adempimento di prestazioni aggiuntive, quali la trascrizione, decodificazione o decrittazione delle comunicazioni, sopportandone i relativi costi⁶⁴⁶.

⁶³⁹ Si tratta del *Report on Eurojust's casework in the field of the European Investigation order*, del 10 novembre 2020, cui è interamente dedicato il capitolo IV.

⁶⁴⁰ Cfr. artt. 30 e 31 della direttiva.

⁶⁴¹ V. artt. 17 e ss. della Convenzione.

⁶⁴² V. C. PARODI, *Ordine di indagine europea*, in *Cass. pen.*, 2020, n. 3, p. 1320.

⁶⁴³ Come chiarito dalla *Relazione illustrativa* allo schema di d.lgs., cit., p. 13, l'assistenza tecnica è dovuta nell'ipotesi, ormai residuale nell'ambito dell'Unione europea, in cui uno Stato non abbia la disponibilità di una "stazione di ingresso" (*i.e.* accordi di *roaming* stipulati dal gestore nazionale di riferimento dell'utenza interessata con gestori di telefonia mobile esteri).

⁶⁴⁴ L'ordine d'intercettazione deve indicare i seguenti elementi: l'autorità giudiziaria che ha disposto le operazioni; ogni informazione utile ai fini dell'identificazione della persona che ha in uso il dispositivo o il sistema da controllare; la durata (auspicata) e i dati tecnici necessari allo svolgimento delle operazioni di intercettazione; i motivi della rilevanza dell'atto.

⁶⁴⁵ Sul dibattito relativo all'ampiezza dell'oggetto del sindacato spettante all'autorità giurisdizionale italiana, si rinvia *infra*, cap. IV, in particolare alla nota n. 683.

⁶⁴⁶ Diversamente, i costi inerenti allo svolgimento delle operazioni di intercettazione sono a carico dello Stato di esecuzione, salva l'ipotesi di cui all'art. 21 § 2 della direttiva.

Qualora, invece, si possa prescindere dall'assistenza tecnica altrui, gli artt. 24 d.lgs. n. 108/2017 (procedura passiva) e 44 d.lgs. n. 108/2017 (procedura attiva) del decreto prevedono una serie di obblighi informativi in capo all'autorità dello Stato d'intercettazione, da assolvere mediante la trasmissione del modello "C", accluso alla direttiva.

Sullo sfondo di un siffatto quadro normativo, la norma chiave per comprendere la portata del cambiamento che interessa l'Italia è l'art. 44 d.lgs. n. 108/2017, che impone all'autorità procedente (di regola, il pubblico ministero) l'obbligo di notificare l'avvio delle operazioni all'autorità giudiziaria competente nello Stato membro nel cui territorio si trova il dispositivo o il sistema da controllare, prima che le stesse abbiano inizio. Nel caso in cui lo spostamento all'estero della persona che utilizza il dispositivo bersaglio sopravvenga nel corso delle operazioni, la trasmissione del suddetto modulo deve invece avvenire "non appena" si abbia notizia del superamento dei confini nazionali.

Che cosa cambia, quindi, rispetto al passato, ossia prima del recepimento della direttiva OEI?

Nulla, in relazione alle intercettazioni che richiedono l'assistenza tecnica di un altro Stato membro (ipotesi residuale, si è detto, nell'ambito dell'Unione), se non la disciplina di riferimento: prima si ricorreva all'assistenza giudiziaria, attivando una rogatoria internazionale; oggi, invece, soccorre l'ordine d'indagine.

Tutto, in relazione alla più frequente ipotesi di intercettazioni eseguite senza l'assistenza tecnica, dal momento che l'obbligo di notifica risulta incompatibile con la prassi dell'instradamento, ripudiata dalla dottrina⁶⁴⁷, ma ammessa da cospicue pronunce rese dalla giurisprudenza di legittimità⁶⁴⁸ e ritenuta altresì conforme all'art. 8 CEDU dalla Corte di Strasburgo⁶⁴⁹.

⁶⁴⁷ Cfr., su tutti, F. RUGGIERI, *Le intercettazioni "per istradamento" sul canale internazionale: un mezzo di ricerca della prova illegittimo*, in *Cass. pen.*, 2000, p. 1062 ss.

⁶⁴⁸ V., *ex plurimis*, Cass., sez. III, 29 gennaio 2016 (dep. 15 marzo 2016), n. 10788, Rv. 266490; sez. VI, 12 dicembre 2014 (dep. 19 febbraio 2015), n. 7634, Rv. 262495; sez. VI, 2 novembre 2004 (dep. 24 febbraio 2005), n. 7258, Rv. 231467; sez. I, 16 ottobre 2002 (dep. 8 novembre 2002), n. 37774, Rv. 222406.

⁶⁴⁹ V. Corte EDU, Sez. I, 23 febbraio 2016, *Capriotti c. Italia*, in *HUDOC database*, § 43 - 52, con commento di A. BALSAMO, *Intercettazioni ambientali mobili e cooperazione giudiziaria internazionale: le indicazioni desumibili dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in *Cass. pen.*, 2016, n. 11, p. 4236 ss. Per quanto d'interesse, la Corte ha escluso la violazione dell'art. 8 CEDU, ritenendo che l'ingerenza

Qualche chiarimento si rende a questo punto necessario: che cosa si intende, anzitutto, per “instradamento” (o istradamento) e in quali casi è (o meglio, era) consentito ricorrervi?

Si tratta di una tecnica che implica il convogliamento in un “nodo” telefonico situato in Italia delle chiamate in uscita e in entrata⁶⁵⁰, resa possibile in forza di accordi di *roaming* stipulati tra i principali gestori di telefonia mobile che operano sul territorio dell’Unione europea⁶⁵¹. Lo sfruttamento di tale tecnica consente di omettere la rogatoria internazionale, poiché tutta l’attività di captazione, ricezione e registrazione dei dati può compiersi in patria, senza bisogno di interpellare l’autorità estera.

L’unica ipotesi estranea al dirottamento delle chiamate su una stazione di ingresso italiana, come tale postulante la rogatoria, riguarda quelle in partenza da un’utenza di gestore straniero, effettuate all’estero e destinate a un’altra utenza estera⁶⁵². Attribuendo decisività esclusiva alla nazionalità dell’utenza – anziché al luogo dove è in uso il relativo apparecchio – ai fini del radicamento della giurisdizione⁶⁵³, l’instradamento risulta, in definitiva, praticabile ogniqualvolta almeno una delle utenze coinvolte nella conversazione telefonica captata sia riferibile a un gestore italiano.

Riassumendo: in caso di chiamate “estero su estero”, non transanti in alcun modo dal territorio italiano, è necessaria la collaborazione tecnica, e quindi l’assistenza

commessa dall’autorità pubblica fosse prevista dalla legge, accessibile e prevedibile da parte della persona che l’ha subita, in quanto “interpretazione delle norme del diritto interno, fondata sull’idea che la cooperazione delle autorità straniere non è necessaria quando l’atto investigativo è compiuto sul territorio italiano, non può essere considerata manifestamente arbitraria o irragionevole”, essendo peraltro “ispirata da una giurisprudenza consolidata della Corte di cassazione.”

⁶⁵⁰ Cfr. Cass., sez. IV, 28 febbraio 2008 (dep. 28 marzo 2008), n. 13206, Rv. 239288.

⁶⁵¹ V. Regolamento 2012/531/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 giugno 2012, relativo al *roaming* sulle reti pubbliche di comunicazioni mobili all’interno dell’Unione, e le successive modifiche introdotte dal Regolamento 2015/2120/UE, che definiscono le regole del pacchetto “*roaming-like-at-home*”, atte a consentire l’utilizzo del cellulare (chiamate verso cellulari e rete fissa, messaggi di testo e navigazione in internet) a tariffa nazionale, senza che occorra il pagamento di un sovrapprezzo. Si tratta di una novità che coinvolge, oltre agli Stati membri dell’Unione, anche Islanda, Liechtenstein e Norvegia.

⁶⁵² V. Cass., sez. IV, 29 gennaio 2015 (dep. 2 marzo 2015), n. 9161, Rv. 262441, ove si precisa che “le utenze straniere non sono intercettabili tramite le centrali telefoniche di commutazione o ponti radio ubicati in Italia a condizione che la comunicazione si svolga interamente all’estero e tra utenze straniere. Quando invece l’utenza straniera entra in collegamento con un’utenza italiana (sia essa ricevente o sia essa chiamante) l’intercettazione diventa possibile attraverso l’incanalamento del flusso di comunicazioni, via cavo o via etere, sulle centrali esistenti nel territorio italiano con la conseguenza che la comunicazione telefonica con utenza estera risulta materialmente intercettabile e legittimamente intercettata nella misura in cui arrivi in Italia o parta dall’Italia”.

⁶⁵³ Lo sottolinea Cass., sez. I, 2002, n. 37774, cit.

giudiziaria (tramite rogatoria), dello Stato a cui si riferisce l'utenza intercettata o, nel caso dei Paesi vincolati alla direttiva, dello Stato in cui si trova il dispositivo o il sistema *target* (ordine d'indagine, mediante compilazione della sezione "H7").

Nelle restanti ipotesi, in cui l'instradamento permetteva di "bypassare" il procedimento scandito dalla disciplina sulle rogatorie, attualmente si richiede l'espletamento di precisi obblighi di comunicazione, dotati di finalità antielusiva⁶⁵⁴, da soddisfare mediante la notifica di cui al modulo "C".

Nessuno spazio per l'instradamento sembra residuare, dunque, nel contesto euro-unitario, con l'avvento dell'ordine d'indagine⁶⁵⁵.

Quali le conseguenze del forzato abbandono di una prassi ormai consolidata in favore di un meccanismo più attento e sofisticato, che recupera la centralità del luogo in cui il soggetto intercettato effettua o riceve una chiamata.

Da un lato, indubbiamente un appesantimento dell'attività investigativa di pubblico ministero e polizia giudiziaria⁶⁵⁶, dovuto specialmente alle difficoltà di acquisire immediata conoscenza degli spostamenti territoriali del dispositivo in uso alla persona intercettata e di garantire una comunicazione all'autorità estera altrettanto tempestiva.

Senza considerare che l'inosservanza o il ritardo nell'adempimento dell'obbligo di notifica conduce all'inutilizzabilità dei risultati ottenuti, benché tale sanzione non sia espressamente comminata⁶⁵⁷.

Dall'altro lato, verosimilmente, un irrobustimento sia della sovranità territoriale, nel cui perimetro ciascuno Stato esercita la propria giurisdizione, immune da interferenze altrui, sia delle garanzie di riservatezza della persona che utilizza l'utenza intercettata, peraltro non sempre coincidente con quella sottoposta ad indagini.

⁶⁵⁴ Cfr. C. MARINELLI, *Le intercettazioni di comunicazioni*, cit., p. 251, ad avviso del quale "il vero banco di prova per l'OEI" sarebbe proprio l'istradamento.

⁶⁵⁵ Ciò non vale soltanto per i Paesi aderenti alla Direttiva OEI, ma anche per quelli che, pur non vincolati ad essa, abbiano sottoscritto la Convenzione del 29 maggio 2000 (ossia Irlanda, Danimarca e Regno Unito, nonché Islanda e Norvegia, queste ultime in forza dell'Accordo tra l'Unione europea e la Repubblica d'Islanda e il Regno di Norvegia sull'applicazione di talune disposizioni della convenzione del 29 maggio 2000 relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea e del relativo protocollo del 2001).

⁶⁵⁶ V. C. PARODI, *Il modello C: vecchie criticità e nuovi problemi in caso di intercettazioni all'estero*, in *Dir. pen. cont.*, 1 marzo 2019.

⁶⁵⁷ Secondo C. MARINELLI, *Le intercettazioni di comunicazioni*, cit., p. 252, "una previsione specifica o quantomeno un richiamo alla disposizione dell'art. 271 c.p.p. avrebbe consentito maggiore chiarezza".

La finalità della disciplina dell'ordine d'intercettazione sembra pertanto orientata a porre freno all'impiego sconfinato di un mezzo di ricerca della prova particolarmente intrusivo, sollecitando, anche in questo ambito, un formale scambio di informazioni tra le autorità coinvolte⁶⁵⁸.

A fronte del mutamento del *modus operandi* imposto dal legislatore europeo, la nostalgia dell'instradamento – comunque ancora consentito al di fuori dei confini della direttiva OEI – non tarda a farsi sentire nella giurisprudenza di legittimità.

Nel campo delle intercettazioni tra presenti, che apparentemente esulano dall'alveo applicativo dell'ordine d'indagine⁶⁵⁹, è infatti pacifico escludere il ricorso all'assistenza giudiziaria qualora la captazione sia relativa a comunicazioni tra persone che si trovano a bordo di un'autovettura diretta (anche) all'estero, poiché le attività di installazione della microspia e di ascolto delle conversazioni che hanno luogo nell'abitacolo si realizzano integralmente sul territorio italiano⁶⁶⁰. A tale fattispecie è stata di recente equiparata l'intercettazione di comunicazioni tra presenti eseguita in parte all'estero (segnatamente, in Canada) con captatore informatico inoculato in uno *smartphone*⁶⁶¹,

⁶⁵⁸ L'art. 44, comma 3, d.lgs. n. 108/2017 prevede che il pubblico ministero debba disporre l'immediata cessazione delle operazioni di intercettazione quando l'autorità giudiziaria dello Stato membro comunica che non possono essere eseguite o proseguite. La comunicazione relativa al divieto di inizio o di prosecuzione delle operazioni o, ancora, di utilizzazione (anche parziale) del materiale eventualmente già ottenuto dovrebbe pervenire entro le 96 ore successive alla ricezione della notifica, stando a quanto previsto dall'art. 31 § 3 della direttiva, nonché dall'affermazione contenuta nel modello "C". Nulla, tuttavia, è detto in ordine alla natura del suddetto termine e alle conseguenze derivanti dal suo superamento da parte dell'autorità dello Stato membro notificato.

⁶⁵⁹ La questione, aperta e ruotante attorno al significato attribuibile al termine "telecomunicazioni", è esaminata *infra*, cap. IV, § 12.3.

⁶⁶⁰ Cfr. Cass., sez. II, 4 novembre 2016 (dep. 30 novembre 2016), n. 51034, Rv. 268514; sez. IV, 6 novembre 2007 (dep. 27 febbraio 2008), n. 8588, Rv. 238951. In senso contrario, nella *Relazione del membro nazionale di Eurojust*, a firma del dott. Spiezia, relativa all'anno operativo 2020, p. 45, si afferma che "con l'entrata in vigore dell'EIO, non vi è dubbio che nel nostro ordinamento l'ipotesi di cui sopra rientri nelle disposizioni di cui agli artt. 24 e 44 Decreto Legislativo n. 108/17 che prevedono la notifica al Paese di transito dell'allegato C", mostrando di aderire a un orientamento estensivo, che include nell'ambito applicativo della direttiva OEI anche le intercettazioni di comunicazioni tra presenti.

⁶⁶¹ Per una definizione di "captatore informatico", v. la *Relazione illustrativa* allo schema di d.lgs. 29 dicembre 2017, n. 216, p. 7. Si tratta di un "malware occultamente installato dall'inquirente su un apparecchio elettronico dotato di connessione *internet* attiva, per mezzo del suo invio con una *mail*, un *sms* o un'applicazione di aggiornamento, il quale consente in ogni momento di captare tutto il traffico dati (sia in entrata che in uscita), di attivare da remoto il microfono e la telecamera registrandone le attività, di perquisire gli *hard disk* e di fare copia integrale del loro contenuto, di intercettare tutto quanto digitato sulla tastiera, di fotografare le immagini ed i documenti visualizzati". Il legislatore nazionale ha scelto di regolamentare soltanto uno dei possibili usi del *trojan*, quale particolare modalità di esecuzione dell'intercettazione tra presenti.

sul presupposto che l'immissione del *virus* abbia avuto luogo in Italia e che ivi si sia proceduto all'ascolto, utilizzando apparecchi collegati ad un gestore italiano⁶⁶².

Nelle suddette ipotesi, il riferimento improprio all'instradamento⁶⁶³ – non vi è infatti alcun “nodo” sul quale convogliano le chiamate, bensì un'attività materiale di installazione occulta di una spia, tradizionale o elettronica – viene strumentalizzato per porre il materiale probatorio al riparo dall'inutilizzabilità conseguente alla mancata attivazione della rogatoria, ed evitare così di “frustra[re] le finalità investigative di tale prezioso strumento”⁶⁶⁴.

⁶⁶² V. Cass., sez. II, 22 febbraio 2020 (dep. 22 ottobre 2020), n. 29362, Rv. 279815, la quale ha formulato il seguente principio di diritto: “L'intercettazione ambientale a mezzo di captatore informatico installato in Italia su telefono collegato ad un gestore nazionale non richiede l'attivazione di una rogatoria internazionale per il solo fatto che le conversazioni siano eseguite in parte all'estero, e temporaneamente registrate tramite wi-fi locale, a causa dello spostamento dell'apparecchio sul quale è inoculato il *malware*, atteso che la captazione ha avuto origine e si è comunque realizzata in Italia, attraverso le centrali di ricezione presso la procura della Repubblica”. In motivazione, si sottolinea come “la registrazione delle conversazioni tramite wi-fi sito in Canada abbia costituito una fase intermedia di una più ampia attività di captazione iniziata ed oggetto di registrazione, nella sua fase finale e conclusiva, sul territorio italiano”, ribadendo che “ciò che rileva è che l'ascolto delle conversazioni avvenga in Italia su apparecchi collegati ad un gestore italiano e la cui captazione ha avuto origine sul territorio italiano.”

⁶⁶³ Osserva, in modo condivisibile, M. TROGU, *Intercettazioni all'estero mediante captatore informatico: nuovi strumenti, vecchi problemi*, in *Proc. pen. giust.*, 2021, n. 3, p. 595, che “non pare pertinente fare riferimento alla tesi dell'instradamento per affermare la validità dell'intercettazione ambientale mediante captatore informatico di conversazioni svolte all'estero”, atteso che “la tecnologia sfruttata in questo caso non prevede la creazione di nessun apposito nodo telefonico sul territorio italiano”. Di diverso avviso L. GIORDANO, *Captatore informatico: utilizzabili anche le conversazioni registrate all'estero*, in *Ilpenalista.it*, 26 novembre 2020, il quale ritiene che il caso in esame presenta punti di contatto con altri casi sottoposti all'attenzione della Corte e in relazione ai quali è stato formulato il medesimo principio di diritto. Basti pensare al filone giurisprudenziale che, ricorrendo alla figura dell'instradamento, afferma che “l'acquisizione della messaggistica scambiata mediante sistema Blackberry non necessita di rogatoria internazionale, quando le comunicazioni siano avvenute in Italia, a nulla rilevando che per decriptare i dati identificativi associati ai codici PIN sia necessario ricorrere alla collaborazione del produttore del sistema operativo avente sede all'estero, in quanto le comunicazioni partono o sono ricevute da apparecchi presenti in Italia e sono convogliate in un nodo di collegamento ivi situato e messo a disposizione, insieme alla connessione internet, da operatori telefonici nazionali con i quali la società che gestisce tale sistema comunicativo ha concluso accordi. In tal senso, tra le pronunce più recenti, si segnala Cass., sez. IV, 15 ottobre 2019 (dep. 10 dicembre 2019), n. 49896, Rv. 277949; sez. III, 26 settembre 2019 (dep. 22 novembre 2019), n. 47557, Rv. 277990; sez. III, 10 maggio 2019 (dep. 13 settembre 2019), n. 38009, Rv. 278166.

⁶⁶⁴ Parrebbe, invece, preferibile un atteggiamento maggiormente cauto, specialmente se si considera che l'introduzione, da parte della direttiva OEI, di “poteri inibitori” in materia di intercettazioni in un contesto governato dalla reciproca fiducia e dal mutuo riconoscimento, risulterebbe ancor più giustificata e opportuna “in un contesto internazionale tradizionale”. Sul punto, cfr. i rilievi conclusivi di M. TROGU, *Intercettazioni all'estero mediante captatore informatico: nuovi strumenti, vecchi problemi*, cit., p. 596.

Ancora una volta, traspare chiaramente la distorsione giurisprudenziale di un istituto (in questo caso, l'instradamento), che diviene in tal modo un arnese prediletto⁶⁶⁵ per il raggiungimento degli scopi contingenti.

⁶⁶⁵ Per riprendere la metafora di L. LUPARIA, *La maschera e il volto della preclusione nei delicati equilibri del rito penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, n. 1, p. 135 ss.

CAPITOLO IV

IL PRIMO REPORT DI EUROJUST SULL'APPLICAZIONE DELL'OEI: PROBLEMI OPERATIVI, SOLUZIONI E BUONE PRATICHE

SOMMARIO. 1. L'OEI non è una formula magica: finalità e struttura del *report* di Eurojust. – 2. L'ambito applicativo della direttiva 2014/41/UE. – 3. Il contenuto dell'OEI: le problematiche emerse in sede di compilazione dell'allegato "A". – 3.1. Le sezioni "L" e "J" dell'allegato "A". – 4. Le divergenze tra i sistemi processuali dei singoli Stati: la sezione "I". – 4.1. Il principio di specialità. – 5. I motivi di mancato riconoscimento: doppia incriminazione e *ne bis in idem*. – 6. Il ruolo di Eurojust nella velocizzazione delle procedure di cooperazione. – 7. I problemi di comunicazione tra le autorità coinvolte. – 7.1. Le difficoltà linguistiche e l'importanza di traduzioni accurate. – 8. L'individuazione dell'autorità di esecuzione e i canali di trasmissione. – 8.1. Le questioni operative sollevate dal *desk* irlandese: la clausola di equivalenza di cui all'art. 6 § 1 lett. b) della direttiva europea. – 9. La funzione di coordinamento di Eurojust nelle procedure multilaterali. – 10. Le più rilevanti problematiche riscontrate nell'ambito degli specifici atti di indagine. – 10.1. Il trasferimento temporaneo di detenuti e la privazione della libertà personale nello Stato di emissione. – 10.2. Le operazioni sotto copertura tra cooperazione giudiziaria e di polizia. – 11. L'audizione tramite videoconferenza: lo *status* della persona da esaminare, la partecipazione del difensore e la sede di svolgimento. – 11.1. La nota tematica elaborata dal *desk* italiano in tema di audizioni in videoconferenza. – 12. Le intercettazioni di telecomunicazioni con e senza l'assistenza tecnica di un altro Stato membro. – 12.1. L'interpretazione dell'art. 31 della direttiva e l'allegato "C". – 12.2. Le questioni operative sollevate dal *desk* italiano in materia di intercettazioni. – 12.3. L'assenza di una definizione di "telecomunicazioni": quale sorte per le intercettazioni tra presenti? – 13. L'OEI in tempo di pandemia.

1. L'OEI non è una formula magica: finalità e struttura del *report* di Eurojust

Il 10 novembre 2020 è stato pubblicato il primo *report* di Eurojust relativo all'impiego dell'OEI (*Report on Eurojust's casework in the field of the European Investigation order*)⁶⁶⁶, sul panorama della cooperazione giudiziaria europea in ambito probatorio. L'obiettivo è quello di illustrare, attraverso l'analisi di casi concreti, i principali problemi connessi alla prassi applicativa di tale strumento e le possibili soluzioni, nonché di evidenziare il fondamentale ruolo ricoperto da Eurojust⁶⁶⁷, nel

⁶⁶⁶ Il documento integrale nella versione originale in lingua inglese è consultabile *online* all'indirizzo www.eurojust.europa.eu.

⁶⁶⁷ Il crescente coinvolgimento di Eurojust e del *desk* italiano nelle procedure di cooperazione giudiziaria penale è testimoniato nella *Relazione del membro nazionale di Eurojust*, a firma del dott. Spiezia, relativa all'anno operativo 2020, riassunta da L. PRESSACCO, *Novità. La relazione annuale del membro nazionale italiano presso Eurojust (2020)*, in *Cass. pen.*, 2021, n. 6, p. 2199 ss. In particolare, si riporta che i dati statistici confermano "un aumento complessivo pari al 13% dell'operatività complessiva dell'Agenzia rispetto ai dati del 2019, determinato da ben 4200 nuovi casi trattati (a fronte dei 3892 del 2019), e da 4599 procedure registrate negli anni precedenti, il cui sviluppo operativo ha interessato anche il 2020". Per ciò che concerne l'attività svolta dall'Ufficio italiano, nel corso del 2020 sono stati presi in carico 1722 casi operativi (di cui 747 di nuova iscrizione e 974 sviluppati nel periodo precedente), che

tentativo di superare gli ostacoli incontrati e favorire una proficua collaborazione tra le autorità degli Stati membri.

Sebbene la direttiva contenga un esplicito riferimento a Eurojust soltanto nel suo preambolo, precisamente nel *considerando* n. 13⁶⁶⁸, la prassi dimostra, invero, che il suo coinvolgimento nelle procedure di emissione ed esecuzione dell'OEI costituisce, in molti casi, la premessa indispensabile per il buon esito della cooperazione. A tal proposito, si rileva che, di frequente, le autorità nazionali si sono rivolte all'Agenzia dell'Unione europea per la cooperazione giudiziaria penale anche in una fase anteriore all'emanazione di un OEI, allo scopo di ottenere informazioni o valutare l'opportunità di adottare un singolo ordine, ovvero di suddividerlo in più richieste condizionate al risultato del primo (*"the choice between issuing one single EIO and splitting it into several EIOs"*).

Il *report* è stato preceduto da alcuni documenti emanati da Eurojust in merito all'utilizzo dell'OEI e da un incontro, tenutosi nel settembre 2018, nel corso del quale gli operatori si sono confrontati sulle prime esperienze legate all'attuazione del nuovo congegno probatorio. Il risultato di tale incontro è sfociato nell'emanazione di una nota congiunta di Eurojust e della Rete giudiziaria europea del giugno 2019⁶⁶⁹, che fornisce informazioni e orientamenti in merito all'applicazione pratica dello strumento in esame, evidenziandone criticità, sfide e buone pratiche.

rappresentano circa il 20% della complessiva operatività dell'Agenzia nel corso dello stesso anno (in totale, 8799 procedure gestite).

⁶⁶⁸ La facoltà di avvalersi dell'intermediazione di Eurojust è prevista unicamente "ai fini della trasmissione dell'OEI all'autorità competente dello Stato di esecuzione", senza valorizzarne appieno le sue potenzialità. In verità, neppure il d.lgs. n. 108 del 2017 contempla espressamente il coinvolgimento di Eurojust nelle procedure di emissione di un OEI. Tuttavia, muovendo dall'art. 7, comma 3, della legge n. 41 del 2005, che pone un obbligo di comunicazione in capo al pubblico ministero procedente ad indagini relative a forme di criminalità rientranti nella competenza di Eurojust, l'informativa al *desk* italiano di Eurojust sembra da ritenersi dovuta, sul versante della procedura attiva, quantomeno "nei casi in cui l'OEI sia emesso nel contesto di indagini rientranti nel perimetro di competenza di questo organismo, che coinvolgano almeno due Stati membri dell'Unione europea o un Paese terzo". A tal riguardo, v. la *Circolare in tema di attuazione della direttiva 2014/41/UE relativa all'ordine europeo di indagine penale - Manuale operativo*, del 26 ottobre 2017, a firma del dott. R. Piccirillo, p. 47, consultabile sul sito www.giustizia.it. In dottrina, v. P. SPAGNOLO, *Il procedimento di emissione dell'OEI*, in M. Daniele - R. E. Kostoris (a cura di), *L'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 86, la quale osserva che "l'intervento di Eurojust potrebbe risultare molto utile in un'ampia serie di casi", specialmente quando si tratta di promuovere "un dialogo sulla proposta dello Stato di esecuzione di ricorrere ad un mezzo probatorio meno intrusivo di quello richiesto" o "di definire le modalità di partecipazione alla fase esecutiva o, ancora, all'esecuzione di atti specifici".

⁶⁶⁹ Il testo della *Joint Note* è consultabile *online*, all'indirizzo www.eurojus.europa.eu.

Dal punto di vista strutturale, a seguito di una breve introduzione sull'intento perseguito, il *report* del novembre 2020 si presenta suddiviso in due parti principali, che riflettono l'essenza del ruolo di Eurojust, di semplificazione (*facilitation*), supporto e potenziamento del coordinamento e della cooperazione (*coordination*), per poi offrire, in conclusione, una panoramica dei risultati ottenuti dall'analisi dei molteplici casi gestiti e qualche suggerimento pratico. Una parte consistente del lavoro si sofferma, inoltre, sulle principali difficoltà che si sono manifestate in ordine agli specifici atti d'indagine, dal trasferimento temporaneo di detenuti alle operazioni sotto copertura, dedicando particolare attenzione alla disciplina relativa all'audizione mediante videoconferenza e alle intercettazioni, fonte, quest'ultima, di novità e, al contempo, problemi interpretativi.

La relazione in oggetto si apre con una considerazione di carattere generale sull'OEI, introdotto allo scopo di sostituire e migliorare il quadro normativo esistente in materia di mutua assistenza giudiziaria. Indubbiamente, il ricorso a moduli *standard*, disponibili in tutte le lingue dell'Unione europea, il crescente ruolo attribuito alle autorità giudiziarie e la previsione di limitati motivi di rifiuto e di scadenze temporali hanno determinato il successo dello strumento di raccolta della prova, producendo un impatto positivo sulla cooperazione penale.

Tuttavia, affinché il principio del mutuo riconoscimento possa effettivamente assumere concretezza, sono indispensabili un'adeguata compilazione dei formulari, una corretta interpretazione dei motivi di non riconoscimento contemplati dalla normativa sovranazionale e l'osservanza di tempistiche da parte delle autorità coinvolte nelle procedure di emissione e di esecuzione.

Nell'arco temporale preso in considerazione dal *report*, compreso tra maggio 2017 e maggio 2019, sono stati registrati ben 1.529 casi relativi all'OEI, attivo e passivo, che hanno richiesto il coinvolgimento di Eurojust. Lo studio dei *casework* condotto dai *desk* nazionali presso l'Agenzia europea ha permesso di identificare le problematiche più rilevanti, riconducibili alle seguenti tematiche: la definizione dell'ambito applicativo della direttiva; il contenuto e le modalità di compilazione delle diverse sezioni dei moduli ad essa allegati; la necessità di colmare le differenze esistenti tra le normative nazionali; l'esigenza di assicurare un'interpretazione stringente dei motivi di rifiuto; la necessità di velocizzare l'esecuzione dell'OEI, identificando i casi che richiedono

realmente una trattazione urgente; l'esigenza di agevolare – tramite un tempestivo coinvolgimento di Eurojust – il contatto diretto e lo scambio di informazioni tra le autorità; le difficoltà connesse a divergenze linguistiche e traduzioni errate o poco precise, foriere di incomprensioni e ritardi ingiustificati; l'incentivo all'utilizzo dei moduli di cui agli allegati “B” e “C” della direttiva; l'individuazione dell'autorità di esecuzione competente cui trasmettere l'OEI; il coordinamento, nei casi multilaterali e più complessi, in fase di esecuzione di un OEI in diversi Stati membri e/o con altri strumenti di assistenza giudiziaria. Si tratta, come evidente, di problemi aventi natura squisitamente pratica, legati a differenti aspetti e cicli vitali dello strumento di acquisizione della prova transfrontaliera, che contribuiscono a rendere farraginoso il meccanismo del mutuo riconoscimento in ambito probatorio (*“the report clearly indicates that the EIO is not functioning as a well-oiled machine”*). Il *report* mira, dunque, all'approfondimento di ciascuna problematica, individuando soluzioni e buone pratiche e, in definitiva, mettendo in luce come l'esperienza applicativa maturata nel biennio di riferimento abbia dimostrato che l'OEI, al pari del principio del mutuo riconoscimento su cui esso si fonda, non è una formula magica (*“EIO is not a magical formula”*).

Per chiarezza espositiva, è opportuno ripercorrere le dieci problematiche generali, selezionate da Eurojust e sopra menzionate, per poi volgere lo sguardo alle specifiche misure investigative, cui è dedicata un'intera sezione del *report*.

2. L'ambito applicativo della direttiva 2014/41/UE

La prima questione concerne l'esatta individuazione del perimetro applicativo della direttiva europea, sia oggettivo che soggettivo.

Dal punto di vista oggettivo, alcuni Stati hanno riscontrato difficoltà nel tracciare la linea di confine tra cooperazione di polizia e cooperazione giudiziaria e, di conseguenza, nel distinguere i casi in cui ricorrere o meno all'OEI. Le ipotesi maggiormente problematiche riguardano, nello specifico, le operazioni sotto copertura (*covert investigations*) e le osservazioni transfrontaliere (*cross-border surveillance*),

nonostante il *considerando* n. 9 della direttiva affermi che, in relazione a queste ultime, dovrebbe continuare a operare la Convenzione applicativa dell'Accordo di Schengen⁶⁷⁰.

Un ulteriore problema si è posto con riferimento ai rapporti tra l'OEI e gli altri strumenti di cooperazione, quali il mandato d'arresto europeo, per ciò che attiene al trasferimento di persone detenute da uno Stato membro all'altro, e i provvedimenti di sequestro preventivo e confisca dei beni. A tal proposito, sono riportati alcuni casi che mostrano come la distinzione tra i predetti strumenti, sebbene netta a livello teorico, tenda a sfumare sensibilmente nella pratica. In altri termini, non è sempre agevole identificare l'obiettivo perseguito dalla richiesta proveniente dall'estero: se, ad esempio, il trasferimento di una persona sia preordinato all'esercizio dell'azione penale (*purpose of prosecution*) o al compimento di un atto di indagine (*purpose of evidence gathering*) ovvero, con riferimento alla destinazione finale del bene sequestrato, se il sequestro sia richiesto a soli fini probatori (*freezing for evidence gathering*) oppure in vista della futura confisca (*freezing for confiscation*)⁶⁷¹.

Talvolta, è necessario un impiego congiunto o complementare di più strumenti di cooperazione. A tal riguardo, si considera buona pratica la compilazione della sezione

⁶⁷⁰ La questione è stata affrontata anche nella *Nota congiunta di Eurojust e della Rete giudiziaria europea sull'applicazione pratica dell'ordine europeo d'indagine*, del giugno 2019, reperibile all'indirizzo www.eurojust.europa.eu, p. 23, ove si dà atto che “la maggior parte degli Stati membri ritiene che le osservazioni transfrontaliere rientrino nella cooperazione di polizia e che in questi casi non sia opportuno emettere un OEI. Per altri Stati membri rientrano nella cooperazione giudiziaria. Alcuni Stati membri hanno inoltre precisato che le osservazioni transfrontaliere non rientrano nell'ambito di applicazione dell'OEI, a meno che la procedura non comporti l'uso di dispositivi di controllo, la geo-localizzazione e/o [lo svolgimento di operazioni di] intercettazioni. Le diverse interpretazioni dell'ambito di applicazione dell'OEI riguardo alle osservazioni transfrontaliere possono creare problemi. Una questione riguarda la limitazione dell'utilizzo delle prove ottenute mediante osservazioni transfrontaliere: in alcuni Stati membri le prove raccolte ricorrendo a questo provvedimento possono essere utilizzate dinanzi a un organo giurisdizionale, mentre in altri Stati membri ciò non è possibile.”

⁶⁷¹ Il rapporto tra sequestro probatorio e sequestro preventivo alla luce dell'OEI è stata recentemente approfondita dalla *Relazione del membro nazionale di Eurojust*, cit., p. 43, in cui si afferma che “l'esperienza fatta in questi anni attesta un'interpretazione restrittiva fornita dagli altri Paesi in merito alla estensione dell'istituto del sequestro probatorio (per il quale lo strumento previsto è l'ordine di indagine europeo). Tendenzialmente i beni fungibili, e in generale le cose pertinenti al reato e non strettamente funzionali alle esigenze probatorie dello stesso, sono aggredibili solo attraverso il certificato (in precedenza emesso ai sensi del d.lgs. n. 35/16, ora sostituito dal Regolamento 2018/1805). Pertanto, nel caso in cui le autorità nazionali abbiano necessità di individuare preliminarmente e poi sequestrare (con un *freezing order*) beni situati all'estero, questo *desk* ha suggerito la seguente pratica, che potrebbe consolidarsi come pratica ricorrente: emissione contemporanea dell'ordine di indagine, finalizzato alla individuazione dei beni, e del certificato (basato su un provvedimento di sequestro preventivo per equivalente), in modo tale da evitare il pericolo di soppressione o dispersione del bene”.

“D” del modulo di cui all’allegato “A” alla direttiva, qualora l’autorità di emissione, al momento dell’inoltro dell’ordine, sia consapevole del possibile mutamento delle finalità dello stesso e dell’eventualità di dover successivamente procedere, ad esempio, alla confisca dei beni sequestrati o procedere alla loro restituzione all’avente diritto.

Diversamente, nessun particolare problema, ad eccezione di casi limitati, si è posto rispetto ai rapporti tra l’OEI e le squadre investigative comuni (*joint investigation team*), il cui regime sembra essere rimasto intatto con l’entrata in vigore della direttiva.

La scelta tra l’emissione di un ordine europeo di indagine e l’istituzione di una squadra è rimessa alla valutazione delle autorità procedenti, avuto riguardo alle peculiarità del caso concreto. Sebbene la creazione di una squadra investigativa comune e l’acquisizione di prove nell’ambito della stessa siano espressamente escluse dalla sfera operativa della direttiva OEI, in diversi casi caratterizzati da notevole complessità è stata sperimentata con successo la sinergia tra i due strumenti.

Come osservato in precedenza⁶⁷², maggiori difficoltà interpretative ha suscitato, invece, la clausola contenuta nell’art. 34 § 1 della direttiva 2014/41/UE, ove si prevede la sostituzione, da parte della direttiva medesima, delle “corrispondenti disposizioni” contenute nella C.E.A.G. del 1959 e nei due protocolli aggiuntivi, nella Convenzione di applicazione dell’accordo di Schengen e nella Convenzione di Bruxelles del 2000 tra gli Stati membri dell’Unione europea e nel relativo protocollo.

Gli iniziali dubbi che attorniavano la generica espressione impiegata dalla norma, non accompagnata dall’elencazione delle disposizioni sostituite, hanno inciso sul legame sussistente tra l’OEI e le rogatorie. In particolare, in un caso concernente la restituzione alla persona offesa dal reato di furto di un cavallo da corsa, l’autorità di emissione si è rivolta a Eurojust per chiarire se la richiesta avente a oggetto il sequestro e il trasporto dell’animale rientrasse nell’ambito dell’OEI o in quello delle rogatorie. A seguito di un confronto con l’autorità di esecuzione, reso possibile grazie all’intermediazione di Eurojust, si è optato in definitiva per l’inoltro congiunto di una richiesta di sequestro e restituzione dell’animale, sulla base dell’art. 8 della Convenzione “MAP”, e di un OEI relativo all’audizione della persona che ne era in possesso.

⁶⁷² V. *supra*, cap. I, § 4.1.

Sul versante soggettivo, si segnala che Danimarca e Irlanda, nonostante la decisione di rimanere estranee alla direttiva, secondo il meccanismo dell'*opt-out*, spesso ricevono, per errore, ordini d'indagine, in luogo di una rogatoria. Nondimeno, tali Stati hanno mostrato un atteggiamento flessibile, informando Eurojust della loro disponibilità a trattare gli ordini ricevuti come fossero rogatorie. Nello specifico, l'Irlanda utilizza come base giuridica la Convenzione del Consiglio d'Europa del 1959, mentre la Danimarca ricorre all'applicazione in via analogica del proprio codice di procedura penale. L'impossibilità di applicare il principio del mutuo di riconoscimento ai predetti Stati non si traduce, dunque, nell'attivazione di procedure necessariamente lunghe e macchinose. Lo dimostra un caso in cui l'Irlanda ha provveduto, in meno di tre giorni, all'esecuzione di tutti gli atti richiesti da un altro Stato membro tramite OEI.

3. Il contenuto dell'OEI: le problematiche emerse in sede di compilazione dell'allegato "A"

Sul piano contenutistico, una delle cause principali di mancata o tardiva esecuzione di un OEI è da ricondursi alla trasmissione di informazioni insufficienti, incomplete, poco chiare o contraddittorie, relativamente ad aspetti cruciali, quali l'oggetto, i motivi della richiesta, la descrizione del fatto di reato per cui si procede e l'indicazione dell'atto di indagine da svolgere, a dispetto di quanto previsto dall'art. 5 della direttiva.

Sono, infatti, numerosi i casi in cui sezioni importanti del modulo di cui all'allegato "A" sono state lasciate in bianche o compilate erroneamente. In siffatte ipotesi, l'assistenza prestata da Eurojust ha consentito di chiarire le incomprensioni, di rispondere alle domande provenienti dalle autorità di esecuzione e di favorire lo scambio di documentazione aggiuntiva.

Per quanto riguarda, in particolare, la descrizione della condotta penale oggetto d'indagine, Eurojust si è occupato di diversi casi in cui le autorità di esecuzione non riuscivano a decifrarne la natura, a causa di informazioni poco precise o delle differenze esistenti tra le normative nazionali in punto di qualificazione giuridica del fatto.

A livello formale, si è talvolta assistito a un utilizzo improprio della sezione "G", che dovrebbe essere dedicata alla sintesi dei fatti e accompagnata da una dettagliata descrizione dei reati contestati, della loro natura e qualificazione giuridica e da altre

informazioni rilevanti. In alcuni casi, in luogo della compilazione dell'apposita sezione, è stato trasmesso un documento separato contenente una sintesi dei fatti oggetto del procedimento, mentre, in altri casi, è stata omessa l'indicazione delle informazioni relative alle concrete modalità esecutive e alle circostanze del reato.

Sono, inoltre, pervenute critiche da parte di alcuni Stati nei confronti della struttura dell'allegato "A", ritenuta troppo dettagliata a fronte di indagini semplici e, viceversa, inadatta a soddisfare richieste di cooperazione nell'ambito di indagini più complesse.

In molte occasioni, l'intervento di Eurojust ha permesso di ottenere dall'autorità di emissione informazioni mancanti o più specifiche in relazione a determinati atti di indagine richiesti. In particolare, alcuni OEI concernenti l'audizione dell'indagato o di un testimone non contenevano elementi sufficienti per consentire all'autorità di esecuzione di rintracciare tali persone oppure erano privi di indicazioni di primaria importanza, come il nome della persona da sentire. Altri OEI non specificavano neppure se una determinata persona dovesse essere esaminata in veste di indagato o di testimone, con evidenti ricadute sul piano delle garanzie e delle modalità di svolgimento dell'esame.

Ancora, con riferimento al sequestro (*seizure*) e alla perquisizione domiciliare (*house search*), sono stati ricevuti ordini contenenti errori o informazioni incomplete e generiche su vari aspetti, spazianti dal numero di conto corrente bancario da sottoporre a sequestro all'indirizzo dell'abitazione da perquisire.

Nell'ambito delle intercettazioni di telecomunicazioni, Eurojust ha richiamato all'attenzione dell'autorità emittente l'importanza di indicare esplicitamente la sussistenza di un collegamento tra il numero di telefono da intercettare e i fatti oggetto del procedimento, la necessità e la proporzionalità della misura richiesta, nonché l'indicazione della durata delle operazioni e di eventuali proroghe.

Talvolta, l'Agenzia europea si è dovuta confrontare con richieste che apparivano superflue, pretestuose e, come tali, non giustificate nel contesto della cooperazione basata sulla reciproca fiducia e sul mutuo riconoscimento. In un caso caratterizzato da urgenza, l'autorità di esecuzione chiedeva di poter esaminare l'intero fascicolo del procedimento instaurato nello Stato di emissione. L'autorità emittente inizialmente si opponeva a tale richiesta, sostenendone la contrarietà ai principi fondamentali

sottostanti alla direttiva OEI, ma, nel timore che altrimenti l'ordine sarebbe rimasto ineseguito, si dichiarava disponibile a consentirne l'accesso.

Tuttavia, grazie alla mediazione di Eurojust, l'autorità di esecuzione lasciava cadere le proprie pretese e dava esecuzione all'ordine, ancorché parzialmente. In casi analoghi, le autorità competenti degli Stati membri coinvolti, unitamente a Eurojust, hanno pianificato incontri allo scopo di elaborare soluzioni strutturali a fronte di richieste ritenute sproporzionate.

Un altro caso gestito da Eurojust, connesso al terrorismo di matrice islamica, ha mostrato come le insistenti richieste dell'autorità di esecuzione, finalizzate ad acquisire informazioni ulteriori rispetto a quelle già ricevute, siano apparse pretestuose, risolvendosi in un vero e proprio ostacolo alla cooperazione. Nello specifico, nonostante l'invio da parte dell'autorità emittente di informazioni dettagliate circa le prove esistenti a carico del sospettato e gli elementi da cui si desumeva la sua pericolosità sociale, l'autorità di esecuzione rifiutava il riconoscimento dell'ordine, sulla base della asserita insufficienza degli elementi di prova acquisiti. Ad avviso di Eurojust, si è trattato di un diniego sorretto da valutazioni meramente discrezionali, in contrasto con il principio del mutuo riconoscimento che anima la direttiva.

3.1. Le sezioni “L” e “J” dell'allegato “A”

Ulteriori difficoltà si sono presentate con riferimento alla compilazione delle sezioni “L” e “J” dell'allegato “A”, riservate, rispettivamente, all'indicazione dei dati dell'autorità giudiziaria convalidante l'OEI e ai mezzi di impugnazioni disponibili nello Stato di emissione, spesso lasciate entrambe in bianco.

Per ciò che attiene alla sezione “L”, qualora sia richiesta l'esecuzione di misure investigative “coercitive”, quali le perquisizioni domiciliari o le intercettazioni di telecomunicazioni, Eurojust suggerisce di allegare all'ordine la decisione dell'autorità nazionale che autorizza l'atto richiesto, sebbene l'art. 5 della direttiva non lo prescriva espressamente. In un caso relativo alle intercettazioni telefoniche, si constatava sia l'omessa compilazione della predetta sezione sia il mancato invio di una copia del provvedimento che autorizza le operazioni, che veniva trasmesso successivamente, dietro esplicita richiesta dell'autorità di esecuzione. Per il futuro, il *desk* nazionale dello

Stato membro di esecuzione – non nominato nel *report* – ha prospettato due soluzioni alternative: la compilazione della sezione “L”, con sottoscrizione dell’autorità che ha autorizzato l’intercettazione, ovvero l’allegazione del provvedimento di autorizzazione tradotto nella lingua del paese di destinazione.

Relativamente alla sezione “J”, i dubbi sorti attorno all’obbligo di indicare “se è già stato fatto ricorso a mezzi di impugnazione contro l’emissione di un OEI e, in caso informativo, di fornire ulteriori dettagli” sono stati recentemente sciolti da una pronuncia della Corte di giustizia, di cui si è già avuto modo di discorrere⁶⁷³. In questa sede, basti ricordare che i giudici di Lussemburgo hanno chiarito che l’art. 5 § 1 della direttiva debba essere interpretato nel senso che l’autorità giudiziaria di uno Stato membro, al momento dell’emissione di un OEI, non è tenuta a fornire, nella sezione “J”, una descrizione dei mezzi di impugnazione disponibili in quello Stato, essendo sufficiente la comunicazione dell’avvenuta impugnazione contro il provvedimento di riconoscimento o di esecuzione dell’ordine, conformemente a quanto stabilito dall’art. 14 § 7.

4. Le divergenze tra i sistemi processuali dei singoli Stati: la sezione “I”

Una terza questione sottoposta all’attenzione di Eurojust riguarda le problematiche derivanti dalle divergenze tra le singole normative nazionali in materia processuale penale e probatoria. Non va, infatti, dimenticato che il sistema dell’OEI, al pari di quello delle rogatorie, s’inserisce in un contesto caratterizzato dall’assenza di una preventiva armonizzazione delle regole processuali di ammissibilità e utilizzabilità delle prove.

Di conseguenza, benché la direttiva mira alla semplicità e alla speditezza della cooperazione, nella prassi spesso si ha a che fare con ordini dal contenuto minuzioso e complicato, proprio a causa delle differenze che contraddistinguono i sistemi processuali dei vari Stati membri.

All’interno di un siffatto contesto eterogeneo e frammentario, Eurojust si è attivato per consentire agli Stati di giungere a soluzioni di compromesso.

Il punto di partenza è l’art. 9 § 2 della direttiva, che fa riferimento alle formalità e alle procedure espressamente indicate dall’autorità di emissione cui l’autorità di

⁶⁷³ V. *supra*, cap. II, § 4.1.

esecuzione deve attenersi, salvo che contrastino con i principi fondamentali della *lex loci*. Si tratta di una norma di primaria importanza, che riflette la necessità di realizzare un ravvicinamento tra le normative dei singoli Stati membri dell'Unione europea, secondo quanto già auspicato dall'art. 82 § 2 TFUE, allo scopo di facilitare la cooperazione giudiziaria in materia penale. In vista di tale obiettivo, è evidente che una compilazione corretta ed esaustiva della sezione "I", riservata all'indicazione delle forme e delle procedure richieste per l'esecuzione dell'ordine, costituisca il presupposto per una valida collaborazione: soltanto il rispetto di tali formalità da parte dell'autorità di emissione, ove possibile, può infatti assicurare l'utilizzabilità del materiale probatorio raccolto *aliunde*.

Tuttavia, in molti casi, la sezione "I" è stata omessa, in tutto o in parte, e le informazioni necessarie sono state ottenute *in extremis* grazie a Eurojust.

In un caso relativo a un OEI avente ad oggetto l'audizione di un testimone, l'autorità emittente aveva omesso sia di indicare le modalità con le quali il soggetto da esaminare dovesse essere informato dei propri diritti sia di specificare quale fosse l'autorità competente a ricevere le dichiarazioni. Simili trascuratezze si sono peraltro verificate anche in relazione a diversi ordini relativi all'interrogatorio della persona sottoposta alle indagini. In tali ipotesi, è da considerarsi buona pratica la trasmissione, da parte dell'autorità richiedente, di un elenco delle domande da rivolgere alla persona da sottoporre all'audizione e dei diritti che le riconosce la *lex fori*.

Talvolta, le informazioni inerenti alla necessità o meno della presenza dell'autorità giudiziaria o di polizia, originariamente non inserite nell'ordine, sono state comunicate per mezzo di Eurojust in via urgente, poco prima che l'audizione avesse luogo nello Stato di esecuzione, così da poterne autorizzare la partecipazione. In un altro caso, si constatava che la presenza del difensore all'audizione della persona sottoposta ad indagini fosse obbligatoria soltanto nello Stato di emissione, e non anche in quello di esecuzione. Di conseguenza, le dichiarazioni rese davanti all'autorità di esecuzione in assenza del difensore sarebbero state inutilizzabili soltanto secondo la *lex fori*.

Spesso, inoltre, le differenze sussistenti tra le normative processuali nazionali e le diverse interpretazioni date ad alcune disposizioni della direttiva sono state invocate dai singoli Stati per giustificare l'impossibilità di eseguire specifiche misure investigative, quali l'intercettazione di telecomunicazioni, il trasferimento temporaneo di detenuti e le

osservazioni transfrontaliere. Si pensi, ad esempio, alla previsione di cui all'art. 31 § 3 della direttiva in tema di intercettazioni senza l'assistenza tecnica di un altro Stato membro, su cui si tornerà in seguito, in relazione alla quale non vi è unanimità di vedute circa il significato da attribuire all'espressione "qualora l'intercettazione non sia ammessa in un caso interno analogo". A tal proposito, si anticipa che gli orientamenti oscillano tra chi ritiene necessario un controllo esteso alla sussistenza delle condizioni di ammissibilità stabilite dalla *lex loci* e chi, invece, afferma che lo Stato notificato debba limitarsi a una valutazione di tipo formale, ossia circoscritta alla corrispondenza del titolo di reato per cui sono disposte le intercettazioni.

In tutti questi casi, sarebbe auspicabile la diffusione di un'interpretazione comune a livello sovranazionale dei concetti maggiormente ampi e generici – che avrebbe potuto realizzarsi attraverso l'inserimento nel testo della direttiva di definizioni più precise e univoche – per evitare di mettere a repentaglio l'utilizzabilità delle prove assunte all'estero.

4.1. Il principio di specialità

Un altro aspetto problematico concerne la mancata previsione del principio di specialità (*rule of speciality*) – se non nel ristretto ambito del trasferimento temporaneo di detenuti (art. 22 § 8) – che si ripercuote sull'utilizzabilità del materiale raccolto oltre i confini nazionali. In altre parole, ci si domanda se le prove assunte nello Stato di esecuzione possano essere utilizzate anche in procedimenti diversi da quello o da quelli in cui è stato emesso l'OEI.

Alcuni Stati ritengono che, in assenza di un esplicito richiamo a tale principio, il regime da seguire sia quello dettato dalla *lex fori*. Nondimeno, come sottolineato anche dall'ultima Relazione annuale del *desk* italiano⁶⁷⁴, il suggerimento che si ricava dalla prassi è di chiedere all'autorità di esecuzione l'autorizzazione ad utilizzare il materiale probatorio anche in un altro procedimento interno. Spesso, infatti, le autorità di emissione, con il supporto di Eurojust, hanno espressamente richiesto a quelle di esecuzione l'autorizzazione all'impiego delle prove già ottenute per scopi ulteriori e

⁶⁷⁴ Cfr. la Relazione del membro nazionale di Eurojust, cit., p. 43.

diversi da quelli originariamente indicati nell'OEI. Ad esempio, nell'ambito di un'indagine per frode su larga scala, riguardante l'investimento di fondi pensionistici, che coinvolgeva numerosi Stati, i reati per cui si procedeva avevano mutato la loro qualificazione nel corso delle investigazioni. In particolare, le indagini, che avevano dato vita a circa 50-60 tra rogatorie e OEI diretti a diversi Paesi, rivelavano che i fatti inizialmente qualificati come malversazione ai danni dello Stato integrassero, piuttosto, gli estremi della truffa. Inoltre, durante le indagini erano emersi ulteriori reati (tra cui riciclaggio e corruzione), alcune posizioni erano state archiviate ed erano stati iscritti a registro nuovi indagati.

A fronte del cambiamento dell'oggetto o dello scopo delle investigazioni in corso, Eurojust osserva che mentre alcuni Stati pretendevano di essere consultati per valutare se concedere o meno l'autorizzazione all'utilizzo delle prove in relazione a finalità o reati diversi da quelli che avevano sorretto la richiesta iniziale, altri non lo ritenevano necessario. Nel caso di specie, veniva accolta da tutti la richiesta dell'autorità emittente di estendere il raggio di utilizzabilità delle prove sino a quel momento raccolte.

5. I motivi di mancato riconoscimento: doppia incriminazione e *ne bis in idem*

Sul terreno motivi di rifiuto di un OEI (*grounds for non-recognition or for non-execution*), è interessante notare che, nei casi trattati da Eurojust, raramente sono emersi problemi.

In alcuni casi, le consultazioni tra le autorità sono state avviate prima di prendere qualsiasi decisione sull'eseguibilità dell'ordine. In altri casi, caratterizzati da un iniziale rigetto da parte dell'autorità di esecuzione, l'intervento dell'Agenzia europea ha permesso di emanare nuovi ordini, poi eseguiti con successo.

Dal *report* del 2020 si evince che le questioni correlate alla presunta violazione del principio della doppia incriminazione e del *ne bis in idem* sono state di gran lunga più frequenti rispetto a quelle connesse agli altri motivi di rifiuto contemplati dall'art. 11 della direttiva. A tal proposito, meritano di essere menzionate due specifiche problematiche che coinvolgono il principio della doppia incriminazione.

Quanto alla prima, in diverse occasioni le autorità di esecuzione hanno invocato il motivo di rifiuto basato sulla doppia incriminazione anche in relazione a quegli atti di indagine (*privileged measures*) per i quali, come si evince dal combinato disposto degli artt. 10 § 2 e 11 § 2 della direttiva OEI, esso non dovrebbe operare. Tra le misure investigative “che devono essere sempre disponibili” rientrano, a titolo esemplificativo, l’audizione di un testimone, di una persona sottoposta a indagini o di un imputato e gli atti di indagine “non coercitivi”, la cui individuazione, in assenza di una specifica definizione nel testo della direttiva, è rimessa alla discrezionalità dello Stato di esecuzione. In tali ipotesi, l’esecuzione dell’OEI ha richiesto l’intervento di Eurojust, affinché chiarisse che le misure indicate dall’art. 10 § 2 della direttiva devono ritenersi sempre disponibili nello Stato di esecuzione, anche qualora il fatto per cui si procede non costituisca reato in base alla *lex loci*. Pertanto, in taluni casi, si è proceduto al ritiro del rifiuto originariamente opposto e, di conseguenza, all’esecuzione dell’ordine.

Una seconda questione è stata posta con riferimento ai reati figuranti nella lista di cui all’allegato “D” della direttiva OEI (*list offences*) che, in considerazione della gravità che li connota, prescindono dal soddisfacimento della condizione della doppia incriminazione. La configurabilità di alcuni di essi implica, talvolta, la commissione di un reato presupposto (*predicate offence*). Si pensi, a titolo di esempio, al riciclaggio di proventi di denaro o alla partecipazione a un’organizzazione criminale. In alcuni casi, è accaduto che l’autorità di esecuzione rifiutasse il riconoscimento dell’OEI, adducendo che il reato presupposto non avesse superato il *test* della doppia incriminazione.

Un caso specifico trattato da Eurojust riguardava un OEI relativo allo svolgimento di una perquisizione domiciliare, nell’ambito di un procedimento per il delitto di associazione a delinquere dedita al traffico di sostanze steroidee. L’autorità di esecuzione rifiutava l’esecuzione dell’ordine, argomentando che il commercio di tali sostanze – che, nel caso di specie, configurava un reato presupposto – non integrasse reato secondo la *lex loci*. Siffatta conclusione non ha persuaso, atteso che, come si afferma nelle note conclusive del *report*, il parametro di riferimento dovrebbe essere la *lex fori*, e non la *lex loci*.

In altri casi, traduzioni poco accurate o informazioni scarse in merito al *modus operandi* o all’oggetto del procedimento hanno reso difficile l’esatta individuazione del tipo di reato per il quale l’OEI era stato emanato e, di conseguenza, la verifica del

rispetto della doppia incriminazione da parte dell'autorità di esecuzione, richiedendo l'intervento di Eurojust.

L'Agenzia europea ha poi prestato assistenza in casi connessi alla presunta violazione del principio del *ne bis in idem*. In un caso, una descrizione alquanto sommaria della vicenda non consentiva all'autorità di esecuzione di stabilire con certezza se i fatti oggetto di indagine fossero identici a quelli per i quali pendeva un procedimento in un altro Stato, ovvero se la connessione fra i due procedimenti fosse limitata all'identità fisica della persona. Dopo aver consultato Eurojust, l'autorità di esecuzione riteneva opportuno svolgere una riunione di coordinamento, che però non ha avuto luogo, stante il ritiro dell'OEI da parte dell'autorità di emissione.

Un altro caso interessante riguardava la trasmissione di un OEI finalizzato a ottenere documenti correlati a un procedimento già avviato nello Stato di esecuzione. In un primo momento, l'autorità di esecuzione non intendeva fornire la documentazione richiesta, nel timore che il suo utilizzo da parte dell'autorità di emissione avrebbe comportato la violazione del *ne bis in idem*. Tuttavia, attraverso Eurojust, è stato chiarito che tali documenti sarebbero stati serviti unicamente per archiviare il procedimento nello Stato di emissione. Pertanto, l'ordine era prontamente eseguito.

Per ciò che attiene al motivo di non riconoscimento relativo alla previsione di immunità o privilegi, anche di tipo professionale, sono sorte alcune difficoltà, illustrate nel *report* attraverso la sintetica esposizione di alcuni casi, spaziando dal segreto bancario alle immunità diplomatiche. Tra questi, particolare interesse suscita un procedimento riguardante la restituzione all'avente diritto di alcuni dipinti, sottratti durante la Seconda guerra mondiale, nell'ambito del quale l'autorità di emissione aveva richiesto, tramite OEI, la perquisizione negli uffici di un avvocato in veste di indagato.

L'autorità di esecuzione opponeva diversi motivi di rifiuto, tra cui quello basato sull'esistenza del segreto professionale. Nonostante i tentativi dell'autorità di emissione di superare le argomentazioni a sostegno del rifiuto, l'OEI veniva definitivamente ritirato e la restituzione della refurtiva era pianificata attraverso canali diplomatici.

Spesso le autorità nazionali si sono rivolte a Eurojust per vagliare l'opportunità di eseguire ordini emanati in relazione a reati di lieve entità (*petty offences*), mediante il compimento di un atto di indagine alternativo e meno invasivo di quello richiesto, secondo quanto consentito dall'art. 10 della direttiva (ad esempio, un ordine di

esibizione in luogo di una perquisizione). In un caso, veniva emesso un OEI al fine di svolgere intercettazioni, perquisizioni e acquisire documenti bancari per l'accertamento di una truffa del valore pari a 2.000 euro. L'autorità di esecuzione, ritenendo sproporzionate le richieste pervenute a fronte dell'esiguità dell'offesa recata al patrimonio, contattava Eurojust per discutere le opzioni praticabili. In tale sede, veniva scartata la possibilità, inizialmente considerata, di invocare il motivo di rifiuto di cui all'art. 11 § 1 lett. h) della direttiva OEI, riservato ai casi in cui il compimento dell'atto richiesto sia limitato dalla *lex loci* a una determinata categoria di reati o a reati punibili entro una certa soglia. Si osservava, infatti, che la punibilità della truffa nello Stato di esecuzione prescindeva dall'entità del profitto conseguito e, dunque, l'ordine veniva eseguito.

Per quanto attiene al bilanciamento tra le esigenze investigative o probatorie e le garanzie fondamentali, è curioso notare che, tra i casi confluiti nel *report*, non ve ne sia neppure uno che abbia destato sospetti di incompatibilità tra l'esecuzione dell'atto richiesto e gli obblighi gravanti sullo Stato di esecuzione, ai sensi dell'art. 6 TUE e della Carta fondamentale dei diritti dell'Unione europea.

Tuttavia, non può tacersi che le divergenze sussistenti tra le varie normative nazionali abbiano, in alcune occasioni, suscitato discussioni connesse all'esigenza di apprestare una tutela effettiva nei confronti dei diritti fondamentali. Ad esempio, in un caso relativo all'audizione di un testimone, l'autorità di esecuzione nutriva alcune riserve in merito al rispetto, da parte della *lex fori*, del diritto a un giusto processo e del privilegio contro l'autoincriminazione.

Ulteriori chiarimenti rilevavano, però, che l'ostacolo non era tanto riconducibile alla presunta incompatibilità con le garanzie previste a livello sovranazionale, quanto piuttosto alle diverse modalità con cui gli ordinamenti dei rispettivi Stati membri si approcciavano al tema dei diritti fondamentali, pur essendo entrambi conformi al dettato della Carta. Muovendo da questa prospettiva, l'ordine veniva eseguito, ma soltanto dopo aver fornito all'autorità di esecuzione una dettagliata descrizione delle garanzie processuali riconosciute dallo Stato di emissione.

6. Il ruolo di Eurojust nella velocizzazione delle procedure di cooperazione

L'accelerazione delle procedure di cooperazione occupa una parte significativa del lavoro di mediazione svolto da Eurojust, specialmente in relazione a quelle urgenti e agli ordini "dimenticati" (*forgotten EIOs*) dalle autorità di esecuzione.

In numerosi casi, l'intervento dell'Agenzia ha consentito un'esecuzione rapida degli ordini, fornendo alle autorità coinvolte alcuni chiarimenti relativi ad aspetti teorici o pratici. Spesso, le informazioni o le prove richieste dovevano essere ottenute entro qualche giorno o, addirittura, poche ore. Nella maggior parte di questi casi, Eurojust è riuscito a garantire l'esecuzione dell'OEI entro la scadenza prestabilita.

Con riguardo alle procedure urgenti, si è talvolta assistito a un utilizzo improprio, da parte delle autorità di emissione, della sezione "B" dell'allegato "A", ove si chiede di specificare i motivi per i quali si ritiene sussistente l'urgenza: spesso, infatti, l'apposito spazio è annerito anche se il compimento dell'atto di indagine non è davvero urgente ovvero lasciato in bianco quando, al contrario, sarebbe opportuna una rapida esecuzione dell'ordine. Eurojust è intervenuto per fornire delucidazioni in merito alla natura urgente di talune misure investigative, non chiaramente desumibile dal contenuto dell'OEI. A tal proposito, si raccomanda agli operatori, quale buona prassi, di motivare puntualmente le ragioni dell'urgenza dell'atto richiesto, ogniqualvolta sia spuntata la relativa casella (*urgency box*). Le ragioni che inducono a qualificare il compimento di un atto come urgente possono essere le più disparate: si pensi all'ipotesi in cui la persona indagata sia sottoposta all'esecuzione di misure cautelari detentive, oppure alla sussistenza di un imminente pericolo di distruzione della prova o, ancora, alla particolare gravità del reato per cui si procede nello Stato di emissione.

In assenza di giustificati motivi a sostegno dell'urgenza, la sezione "B" dovrebbe, invece, essere tralasciata.

7. I problemi di comunicazione tra le autorità coinvolte

Un'altra tematica affrontata dal *report* attiene alle difficoltà che di frequente si presentano a livello di comunicazione tra le autorità, riconducibili non solo a incomprensioni dovute a problemi linguistici, ma anche all'assenza di risposte da parte

dell'autorità di esecuzione e al mancato utilizzo del modulo di conferma di avvenuta ricezione dell'ordine (allegato "B").

Si tratta, a ben vedere, di problematiche strettamente correlate tra loro, che si ritiene opportuno esaminare congiuntamente. In situazioni di stallo, Eurojust è subentrato nel corso delle diverse fasi dell'OEI per promuovere il contatto diretto fra le autorità e facilitare lo scambio delle informazioni necessarie. In alcuni casi, ad esempio, non vi era alcuna traccia né del modulo di cui all'allegato "B", né di qualsiasi risposta alle e-mail o alle telefonate provenienti dall'autorità di emissione. In altri casi, a seguito della trasmissione del modulo di conferma, l'autorità di esecuzione non forniva alcuna ulteriore informazione circa gli sviluppi esecutivi oppure non rispondeva alle richieste dell'autorità di emissione.

Talvolta, i rapporti tra le autorità si sono incrinati a causa delle ripetute richieste di informazioni aggiuntive, delle barriere linguistiche o delle differenze intercorrenti tra i vari sistemi giuridici, che hanno finito per generare incomprensioni e confusione. Per uscire dall'impasse, Eurojust ha ricoperto un ruolo di mediatore, ora sollecitando l'invio dell'allegato "B" e incoraggiandone l'utilizzo in futuro, ora escogitando soluzioni che incontrassero il favore delle autorità coinvolte, specialmente in caso di disaccordo sulle modalità di esecuzione di un OEI.

In qualche occasione, è accaduto che l'autorità di esecuzione si limitasse a manifestare il proprio rifiuto, senza fornire alcuna giustificazione o risposta alle richieste di spiegazioni dell'autorità di emissione, talvolta opponendosi anche all'esecuzione di quegli specifici atti di indagine che, ai sensi dell'art. 10 § 2 della direttiva OEI, dovrebbero essere sempre disponibili. In questi casi, Eurojust è intervenuto, in primo luogo, per cercare di ristabilire i contatti tra le autorità coinvolte e, secondariamente, per comprendere le ragioni del rifiuto e verificare se ci fosse margine per superarle. L'intermediazione di Eurojust, di regola, ha condotto all'esecuzione o, al contrario, alla conferma del diniego. In ipotesi eccezionali, nonostante l'intervento dell'Agenzia, non è mai stata ricevuta alcuna spiegazione che giustificasse il rifiuto.

In altri casi caratterizzati da un'esecuzione parziale dell'ordine, le autorità hanno contattato Eurojust per identificare e superare gli ostacoli che ne impedivano la piena attuazione.

Una tematica strettamente connessa a quella relativa ai problemi di comunicazione e linguistici riguarda il ritiro degli ordini “difettosi”, ossia affetti da anomalie o errori formali e contenutistici. La casistica è ampia e spazia da semplici sviste, in fase di scansione o di inoltro, a errori sostanziali, non rettificabili neppure con l’intervento di Eurojust. In un caso, ad esempio, non vi era corrispondenza, a livello di contenuto, tra l’istanza avanzata da un difensore, il quale chiedeva che fosse un giudice a svolgere l’esame di un testimone, e il modulo di cui all’allegato “A”, che indicava la polizia giudiziaria quale organo competente al compimento dell’atto. In questi casi, talvolta, l’unica via d’uscita consiste nel ritiro dell’ordine difettoso e nella emanazione di uno nuovo.

Come anticipato, anche le differenze intercorrenti tra le legislazioni nazionali in ambito processuale e probatorio spesso si rivelano fonte di equivoci e rappresentano un freno alle procedure di cooperazione. In particolare, sono stati portati all’attenzione di Eurojust alcuni casi dai quali emergeva la previsione di presupposti diversi per consentire lo svolgimento delle operazioni d’intercettazione delle comunicazioni tra presenti all’interno dell’abitacolo di un’autovettura.

In un caso, si richiedeva sia l’osservazione transfrontaliera di narcotrafficienti, sia l’intercettazione delle loro conversazioni mediante l’installazione di una microspia all’interno dell’autovettura abitualmente utilizzata per il trasporto delle sostanze stupefacenti. Mentre la prima misura veniva attuata senza particolari difficoltà, per lo svolgimento della seconda la *lex loci* richiedeva soglie di punibilità ben più elevate rispetto a quelle previste dalla *lex fori*, al punto da trovare rara applicazione già nell’ordinamento domestico. Tuttavia, a seguito dell’intervento di Eurojust, che si è occupato della traduzione di documenti di cruciale importanza e della trasmissione di rilevanti informazioni aggiuntive, l’autorità competente dello Stato membro di esecuzione ha infine accolto anche la seconda richiesta, dando così attuazione integrale all’OEI.

7.1. Le difficoltà linguistiche e l’importanza di traduzioni accurate

Una buona traduzione è la chiave per evitare incomprensioni e ritardi ingiustificati.

Può sembrare un suggerimento scontato, ma l'esperienza rivela una realtà diversa: traduzioni incomprensibili, realizzate tramite traduttori automatici come *Google translate*, hanno intralciato l'esecuzione di numerosi ordini e causato notevoli ritardi. In un caso, ad esempio, a causa di una traduzione di scarsa qualità, l'autorità di esecuzione non era in grado di capire che l'atto di indagine richiestole fosse una perquisizione domiciliare.

Spesso, ordini tradotti in maniera superficiale e incompleta sono stati rispediti al mittente, attraverso Eurojust, con la richiesta di ulteriori chiarimenti o, più semplicemente, di una traduzione più accurata. In alcuni casi, i problemi sono stati direttamente risolti dai *desk* di Eurojust, avvalendosi della stretta collaborazione delle autorità nazionali.

Inoltre, in diverse occasioni i *desk* nazionali hanno provveduto con le proprie risorse alla tempestiva traduzione in inglese di OEI per i quali, in ragione dell'urgenza che li caratterizzava, non era possibile attendere la traduzione giurata. In tal modo, si è consentito all'autorità di esecuzione di iniziare a organizzarsi, nell'attesa dell'invio della versione dell'OEI nella lingua richiesta. Sul punto, si osserva che, mentre nei casi non urgenti le autorità di esecuzione tendono a insistere per ricevere la traduzione nella lingua ufficiale, prima di dare attuazione a un OEI, in quelli urgenti adottano un approccio più flessibile. È infatti emerso che la maggior parte degli Stati è disposta a iniziare l'esecuzione di ordini urgenti emessi in una lingua diversa dalla propria (per lo più in inglese), a condizione però che le traduzioni ufficiali giungano in un momento immediatamente successivo.

In varie occasioni, si è diffusa la prassi secondo cui l'autorità di emissione compila l'ordine direttamente nella lingua ufficiale dello Stato di destinazione, sottoscrivendo e trasmettendo unicamente la versione tradotta, rendendo così indisponibile l'OEI nella lingua originale dello Stato di provenienza. Eurojust ha chiarito che si tratta di una pratica sconsigliata, in considerazione dell'obbligatorietà dell'emissione e della sottoscrizione degli ordini (anche) nella lingua originale.

Con riferimento alla traduzione dei documenti aggiuntivi, inviati successivamente, Eurojust ha favorito la conclusione di accordi tra le autorità in merito a quali di essi dovessero essere tradotti e su chi incombessero i relativi costi.

8. L'individuazione dell'autorità di esecuzione competente e i canali di trasmissione

Nell'assolvimento delle sue funzioni operative volte a facilitare l'esecuzione di richieste e decisioni, Eurojust si è reso disponibile, in fase di trasmissione, a coadiuvare le autorità emittenti nella corretta identificazione di quelle competenti alla ricezione, specialmente a fronte di ordini relativi ad atti che richiedono il coinvolgimento di più autorità allo stesso tempo.

Le difficoltà principali sorgono in ragione del ricorso, da parte di ciascuno Stato, a criteri diversi per designare l'autorità responsabile dell'esecuzione. In particolare, nel contesto di un'indagine per il delitto di pornografia minorile commesso via *web*, veniva emesso un OEI allo scopo di identificare l'indirizzo IP in uso all'indagato ed effettuare perquisizioni all'interno dell'abitazione presso cui tale indirizzo era fisicamente localizzato. A seguito del tracciamento da parte di una prima autorità, l'OEI veniva inoltrato, mediante Eurojust, a una seconda autorità per lo svolgimento della perquisizione domiciliare.

In un altro caso, relativo all'audizione di otto persone offese situate in differenti giurisdizioni, l'assistenza prestata da Eurojust ha consentito la corretta identificazione delle autorità competenti ed il conseguente invio di un unico OEI a sei diverse Procure. In alcuni casi, il contestuale ricorso a più canali informativi (giudiziari e di polizia), in assenza di adeguato coordinamento, si è rivelato gravemente caotico. Pertanto, si raccomanda, quale buona pratica, l'utilizzo di un solo canale di trasmissione delle informazioni che, preferibilmente, nel caso degli OEI non dovrebbe essere "SIENA" (*Secure Information Exchange Network Application*), in quanto trattandosi di una piattaforma gestita da Europol, soddisfa unicamente le esigenze di comunicazione delle forze di polizia.

Eurojust ha altresì collaborato al tracciamento di ordini erroneamente inoltrati a un'autorità incompetente e alla successiva trasmissione all'autorità dotata di competenza. A tal proposito, si rammenta che, in forza dell'art. 7 § 6 della direttiva, l'autorità priva di competenza che ciononostante riceva un ordine è tenuta a trasmetterlo d'ufficio a quella ritenuta competente, dandone contestuale notizia all'autorità di emissione.

A livello formale, gli Stati di emissione hanno più volte domandato a Eurojust se fosse necessario trasmettere anche a mezzo posta una copia cartacea dell'ordine già inviato via mail. Sul punto, nel giugno 2017, il *desk* dell'Estonia ha sollevato una questione operativa sull'utilizzo degli strumenti digitali, che toccava anche l'aspetto relativo all'individuazione dei casi in cui era sufficiente la trasmissione di un OEI (o di una rogatoria) per via telematica (mail o fax) e di quelli che, invece, richiedevano anche la spedizione per posta di una copia cartacea. Le risposte al questionario hanno rivelato che la maggior parte degli Stati membri accetta la versione digitale di un OEI. Alcuni Stati, però, hanno precisato che, sebbene si possa iniziare l'esecuzione dell'OEI ricevuto tramite mail o fax, la successiva trasmissione per posta è comunque necessaria.

Un'altra discussione intavolata dalle autorità nazionali verteva sull'identificazione dello strumento più adeguato a inviare informazioni riservate o sensibili. Se in alcuni casi si è fatto ricorso alla posta raccomandata, in altri si è optato per la trasmissione digitale dell'ordine, ritenuta un canale più sicuro. Talvolta, i documenti contenenti siffatte informazioni sono stati consegnati personalmente alle autorità competenti da parte dei membri nazionali di Eurojust. L'iniziativa promossa da numerosi *desk* nazionali di istituire un canale sicuro per comunicare con le rispettive autorità nazionali è sicuramente una buona prassi, in quanto permetterebbe a queste ultime di servirsene per trasmettere in modo tempestivo gli OEI urgenti o dal contenuto sensibile e riservato.

8.1. Le questioni operative sollevate dal *desk* irlandese: la clausola di equivalenza di cui all'art. 6 § 1 lett. b) della direttiva europea

Le difficoltà incontrate al momento dell'individuazione dell'autorità competente si sono manifestate, oltre che a livello generale, anche con riferimento all'esecuzione di specifici atti di indagine.

Più nel dettaglio, il principale quesito era incentrato sulla corretta definizione della portata del principio di equivalenza, menzionato dall'art. 6 § 1 lett. b) della direttiva, ove si prevede, quale condizione di emissione dell'OEI, che l'atto o gli atti richiesti siano consentiti in un caso interno analogo. Alcune questioni che ruotano attorno alla suindicata disposizione sono state affrontate su iniziativa del *desk* irlandese il quale, nel

settembre 2018, ha rivolto alcune domande agli altri *desk* nazionali, sintetizzate nel *report* unitamente alle risposte ottenute. Nonostante la mancata adesione dell'Irlanda alla direttiva, è stata comunque avvertita la necessità di approfondire alcuni aspetti relativi alle condizioni di emissione di un OEI, che possono dar luogo a difficoltà operative. Anzitutto, veniva domandato se, sulla base dell'art. 6 § 1 lett. b) della direttiva, l'autorità giudiziaria di emissione dovesse o meno essere competente, secondo la *lex fori*, a eseguire l'atto di indagine richiesto all'autorità straniera. Le risposte a questa prima domanda hanno fatto emergere diversi approcci. In particolare, otto *desk* hanno specificato che, nei rispettivi Stati di appartenenza, la previsione contenuta nella direttiva è stata interpretata nel senso che l'autorità emittente debba necessariamente avere la competenza a disporre la misura investigativa anche a livello nazionale.

Quattro *desk* hanno riferito che la disposizione in oggetto era stata trasposta in modo letterale da parte del legislatore, senza fornire istruzioni per guidare l'attività dell'interprete, precisando però che, sul punto, non fosse ancora sorta alcuna questione.

Tra questi, vi è chi ha ritenuto che la previsione relativa alle condizioni di emissione di un OEI non incida sulla natura e sui poteri dell'autorità da cui promana l'emanazione o l'autorizzazione dell'ordine.

Un altro *desk* ha comunicato che, nell'ordinamento di provenienza, era stato riconosciuto un ordine avente ad oggetto atti di indagine coercitivi, emanato da un procuratore in assenza dell'autorizzazione a procedere del giudice, che sarebbe stata invece indispensabile se si fosse proceduto sul piano interno. Questa impostazione è stata successivamente abbandonata, sul presupposto che sarebbe contrario alla *ratio* della norma consentire all'autorità di emissione di ordinare l'esecuzione all'estero di un atto investigativo che ecceda i poteri conferiti dalla *lex fori*.

Infine, tre *desk* hanno risposto che, nei rispettivi ordinamenti, la disposizione di cui all'art. 6 § 1 lett. b) non è interpretata nel senso che l'autorità di emissione debba disporre della competenza necessaria per adottare la medesima misura secondo il diritto nazionale. In questi Stati, l'individuazione delle autorità competenti a tal fine prescinde, infatti, dalla sussistenza dei poteri per adottare i medesimi atti investigativi in un caso interno analogo, basandosi, piuttosto, sullo stadio procedimentale o processuale in cui ha luogo l'emissione dell'ordine.

È stato, poi, richiesto ai *desk* nazionali se le rispettive legislazioni attribuissero a determinate autorità la competenza all’emanazione di OEI relativi al compimento di uno o più specifici atti di indagine di cui all’elenco contenuto nella sezione “C” dell’allegato “A” e, in caso affermativo, se la scelta riflettesse o meno lo spettro dei poteri conferiti a livello nazionale. A tal riguardo, soltanto quattro *desk* hanno risposto affermativamente, precisando che i criteri più comunemente impiegati per identificare l’autorità competente a disporre l’adozione di uno specifico atto d’indagine consistono nella tipologia e nella natura della misura (in buona sostanza, se o meno coercitiva), nonché nella fase in cui si trova il procedimento penale. Non sempre, però, i suddetti criteri rispecchiano la suddivisione dei poteri prevista in ambito domestico.

L’ultima domanda posta del *desk* irlandese era finalizzata a indagare se, a seguito dell’avvento dell’OEI, si fosse assistito a un ridimensionamento del ruolo riconosciuto al Procuratore, rispetto a quanto avveniva nell’ambito delle richieste di mutua assistenza giudiziaria, sotto la vigenza delle Convenzioni del 1959 e del 2000. Mentre otto *desk* hanno riferito che la nuova direttiva non ha inciso particolarmente su questo aspetto, altri quattro hanno rilevato che, rispetto al previgente sistema rogatorio, si percepisce una significativa dilatazione dei poteri assegnati a tale organo.

9. La funzione di coordinamento di Eurojust nelle procedure complesse e multilaterali

Oltre all’agevolazione dell’esecuzione degli ordini investigativi in contesti bilaterali, Eurojust ha svolto un’importante funzione di coordinamento, assegnatagli dall’art. 2 § 1 del Regolamento 2018/1727/UE, nell’ambito di procedure di cooperazione transfrontaliere c.d. “multilaterali”, che coinvolgono più Stati membri, se non anche Paesi terzi.

Attraverso l’organizzazione di incontri e la creazione di centri di coordinamento, è stato possibile garantire la contestuale esecuzione di più ordini e di altri strumenti di cooperazione giudiziaria, anche a fronte della pendenza di procedimenti collegati o connessi in Stati differenti. In tali casi, la partecipazione attiva di Eurojust sin dalle fasi

embrionali delle procedure si è rivelata vantaggiosa sotto molteplici aspetti ed è, pertanto, altamente raccomandata.

L'esposizione di un caso concreto aiuta a comprendere il tipo di attività svolta da Eurojust e i ritmi incalzanti che la caratterizzano.

L'autorità di emissione invocava l'assistenza dell'Agenzia per entrare in contatto con l'autorità straniera, al fine di predisporre un'azione comune per il compimento di perquisizioni e sequestri in entrambi gli Stati coinvolti e consentire il contestuale svolgimento delle operazioni attraverso un centro di coordinamento istituito presso Eurojust. L'autorità di esecuzione palesava al proprio *desk* nazionale la necessità di ricevere ulteriori informazioni rispetto a quelle contenute nell'OEI, in modo da ottenere un mandato di perquisizione dal giudice nei termini. La risposta da parte dell'autorità emittente avrebbe dovuto pervenire entro le dodici del giorno successivo dalla richiesta, per consentire all'autorità di esecuzione di preparare la documentazione da sottoporre al giudice. Si specificava, inoltre, che sarebbero state accettate soltanto modifiche formali alla versione originaria dell'ordine, integrato con le informazioni richieste. L'autorità di emissione provvedeva a trasmettere la documentazione al *desk* di riferimento, il quale si occupava di tradurla in inglese la notte stessa. La versione definitiva dell'OEI, con la traduzione in allegato, era immediatamente inoltrata all'autorità di esecuzione, la quale ne confermava l'avvenuta ricezione cinque minuti prima della scadenza del termine. Nel corso della stessa giornata, perveniva un'ulteriore richiesta di chiarimento, che necessitava di una risposta entro un'ora. Il *desk* nazionale contattava immediatamente il procuratore titolare delle indagini, per poi comunicare le risposte di costui all'autorità di esecuzione. A distanza di breve tempo, veniva inoltrata un'altra istanza volta ad acquisire informazioni aggiuntive, a cui il *desk* rispondeva prontamente.

Grazie al supporto di Eurojust, il giudice finalmente autorizzava la perquisizione e l'operazione si rivelava un successo dal punto di vista investigativo: le autorità eseguivano la perquisizione domiciliare, il cui esito consentiva il sequestro di computer portatili, *ipad*, chiavette usb, telefoni cellulari, e riuscivano a ottenere informazioni concernenti conti correnti bancari e contratti commerciali.

Le riunioni di coordinamento organizzate da Eurojust hanno altresì rappresentato l'occasione per discutere varie questioni correlate alle diverse fasi dell'OEI, in parte già

illustrate. Meritano, in ogni caso, di essere approfonditi tre aspetti problematici che possono manifestarsi anche a seguito del buon esito dell'esecuzione di un ordine.

Il primo concerne l'ipotesi in cui la richiesta di acquisire una prova allocata in un determinato Stato provenga da più Stati. In un caso, due Stati trasmettevano, pressoché contestualmente, un OEI diretto all'assunzione della prova sita nel territorio di un altro Stato. Tramite Eurojust, è stato possibile il coordinamento della fase esecutiva e la "condivisione" della prova tra gli Stati richiedenti, senza alcun pregiudizio per le indagini. In quella sede, veniva concordato che, in vista delle future richieste, ciascuno Stato avrebbe dovuto specificamente indicare, ove a conoscenza, la relazione sussistente tra l'OEI e il procedimento in corso nell'altro Stato.

In un altro caso, si procedeva al sequestro probatorio di un'ingente quantità di dati informatici, poi trasmessa all'autorità di emissione. In seguito, le autorità di altri due Stati emettevano ordini investigativi per acquisire la documentazione informativa già sottoposta a sequestro. Su domanda dell'autorità di emissione che per prima aveva avanzato la richiesta di sequestro, l'autorità esecutiva, in possesso dei dati originali, divulgava agli altri Stati membri le copie del materiale ottenuto tramite il primo OEI.

Una seconda questione dibattuta nel corso degli incontri di coordinamento riguardava la possibilità di creare una squadra investigativa anche a seguito dell'esecuzione di un OEI o di una rogatoria, allo scopo di intensificare la cooperazione tra le autorità coinvolte. La costituzione di una squadra è stata ritenuta legittima, muovendo dalla constatazione che gli accordi istitutivi contengono talvolta una clausola in cui si specifica che le prove raccolte attraverso un OEI o una rogatoria rientrino nell'area applicativa dell'accordo stesso.

Il terzo e ultimo aspetto discusso atteneva all'esigenza di individuare l'autorità più idonea a perseguire nuovi e diversi reati che emergono successivamente all'esecuzione dell'ordine. In un primo caso, relativo a quattro omicidi commessi nel territorio di uno Stato membro, l'autorità di emissione trasmetteva diversi OEI all'indirizzo di più Stati.

Grazie alla cooperazione instauratasi tra le autorità coinvolte, si stabiliva la natura mafiosa di un altro omicidio, collegato ai quattro precedenti, e si optava per il trasferimento del relativo procedimento nello Stato di emissione.

In altri casi, all'esito degli incontri di coordinamento promossi da Eurojust, le autorità si sono accordate sull'individuazione di quella munita di giurisdizione,

effettuando poi il trasferimento dei procedimenti. Spesso, il tardivo coinvolgimento di Eurojust ha fatto sì che l'assenza di forme di coordinamento investigativo tra le autorità impedisse il raggiungimento, in tempi brevi, di un accordo sulle questioni di giurisdizione. Ad esempio, in un procedimento iscritto per i delitti di tratta di essere umani e prostituzione, il coordinamento tra le autorità giudiziarie aveva luogo soltanto a tre anni di distanza dall'avvio, in due diversi Stati delle indagini, iniziate parallelamente a seguito della presentazione della denuncia da parte della vittima. In fase di esecuzione, emergevano notevoli differenze tra i provvedimenti sino a quel momento adottati, specialmente sotto l'aspetto della ricostruzione dei fatti oggetto del procedimento.

In un caso del genere, il coinvolgimento di Eurojust sin dall'apertura delle indagini avrebbe consentito di rimediare ai difetti di coordinamento e ai problemi inerenti alla giurisdizione.

10. Le più rilevanti problematiche riscontrate nell'ambito degli specifici atti di indagine

Oltre all'esposizione delle principali problematiche emerse dall'analisi dei casi gestiti da Eurojust e delle soluzioni percorribili, il *report* riserva ampio spazio alla disamina di alcuni aspetti inerenti agli specifici atti di indagine disciplinati dal capo IV della direttiva, focalizzandosi su quelli che sono più frequentemente oggetto di OEI.

Si tratta, nello specifico, del trasferimento temporaneo di detenuti, delle operazioni sotto copertura, dell'audizione mediante videoconferenza e delle intercettazioni di telecomunicazioni.

10.1. Il trasferimento temporaneo di detenuti e la privazione della libertà personale nello Stato di emissione

In relazione al trasferimento temporaneo di detenuti, le questioni messe in luce riguardano l'individuazione dello strumento di cooperazione utilizzabile (in questo caso, il problema si pone in relazione all'OEI e al mandato d'arresto, di cui si è già detto⁶⁷⁵), e

⁶⁷⁵ V. *supra*, § 2, la distinzione tra *purpose of prosecution* e *purpose of evidence gathering*.

del fondamento normativo che legittima la privazione della libertà personale nello Stato di emissione. In relazione a questo secondo aspetto, diverse autorità penitenziarie si sono rifiutate di sottoporre una persona a misure restrittive in assenza di un mandato d'arresto.

Allo stesso modo, i giudici di merito hanno ritenuto che l'art. 22 § 6 della direttiva OEI⁶⁷⁶ non costituisca un fondamento normativo sufficiente a giustificare la privazione della libertà personale della persona provvisoriamente trasferita da uno Stato all'altro.

Sulla base di queste premesse, Eurojust ha suggerito che l'autorità di esecuzione debba chiedere esplicitamente a quella di emissione il mantenimento della detenzione durante la permanenza della persona trasferita nel territorio dello Stato di destinazione.

In ogni caso, il periodo trascorso in custodia nello Stato di emissione è detratto da quello che l'interessato deve o dovrà scontare nel territorio dello Stato di esecuzione, in forza di quanto stabilito dall'art. 22 § 7 della direttiva.

Alcuni problemi possono inoltre sorgere qualora la persona detenuta, che abbia inizialmente acconsentito al proprio trasferimento, revochi il consenso, quando ormai si trova nel territorio dello Stato in cui si deve compiere un atto d'indagine nei suoi confronti. La mancanza del consenso, anche sopravvenuta, legittima, infatti, il rifiuto dell'esecuzione, ai sensi dell'art. 22 § 2 lett. a) della direttiva.

10.2. Le operazioni sotto copertura tra cooperazione giudiziaria e di polizia

Sebbene non siano numerosi i casi che hanno richiesto l'intervento di Eurojust con riferimento alle operazioni sotto copertura, è stato comunque possibile cogliere le differenze sussistenti in materia nei vari Stati membri. In alcuni Paesi, tali operazioni rientrano infatti nell'ambito della cooperazione di polizia, mentre in altri il loro svolgimento richiede l'autorizzazione da parte dell'autorità giudiziaria competente.

Le risposte fornite dagli Stati membri al questionario elaborato dal *desk* della Repubblica Ceca nel luglio 2018 confermano tali divergenze. In particolare, alcuni Stati hanno riferito che il compimento delle operazioni di infiltrazione involge le autorità di

⁶⁷⁶ Tale disposizione prevede, nello specifico, che la persona trasferita debba rimanere in stato di detenzione nel territorio dello Stato di emissione e, se del caso, anche in quello dello Stato membro di transito, per fatti o condanne per i quali era in stato di detenzione nello Stato di esecuzione, salvo che quest'ultimo non ne richieda la liberazione.

polizia, esulando dalla sfera applicativa dell'OEI. All'opposto, gli Stati che hanno trasposto l'art. 29 della direttiva richiedono l'emissione di un OEI.

Esistono, poi, alcune eccezioni, riconducibili alla conclusione di accordi bilaterali, che esonerano dall'obbligo di ricorrere all'OEI ovvero lo richiedono espressamente quando, di regola, non sarebbe necessario. Infine, i *desk* di alcuni Stati membri hanno precisato che, sebbene le operazioni sotto copertura siano gestite a livello di cooperazione di polizia, è in ogni caso riservato al procuratore il potere di decidere se accettare o richiedere il contributo di un agente infiltrato.

11. L'audizione tramite videoconferenza: lo *status* della persona da esaminare, la partecipazione del difensore e la sede di svolgimento

In un considerevole numero di casi, l'assistenza di Eurojust è stata richiesta al fine di agevolare e coordinare l'esecuzione di audizioni mediante videoconferenza.

Le maggiori difficoltà incontrate in tale contesto hanno riguardato aspetti pratici e tecnici, per lo più relativi allo *status* della persona dalla quale assumere dichiarazioni e alla fase processuale da riservare allo svolgimento dell'audizione.

La trasmissione degli ordini attraverso il canale di Eurojust ha consentito di prevenire o chiarire incomprensioni – causate, ancora una volta, da informazioni insufficienti e traduzioni scorrette – in merito alle tempistiche e ai luoghi in cui svolgere la videoconferenza. In alcuni casi, ad esempio, le autorità di emissione non indicavano le domande da sottoporre al testimone oppure non chiarivano se fosse necessaria la partecipazione di un'autorità giudiziaria o di polizia. Spesso, l'intervento di Eurojust ha permesso, in tempi brevi, di calendarizzare nuovamente le date delle audizioni, a causa di impedimenti o irreperibilità dei testimoni.

L'individuazione del luogo più appropriato all'audizione si scontra con le diverse soluzioni adottate dai vari sistemi nazionali. Eurojust è dunque intervenuto per stabilire se la videoconferenza dovesse svolgersi presso un'aula di tribunale o nell'ufficio del procuratore, oppure in una stazione di polizia.

L'assistenza dell'Agenzia europea è stata poi richiesta a fronte di situazioni particolarmente complesse, che prevedevano l'audizione in videoconferenza di numerosi indagati o testimoni, da svolgersi anche in località appartenenti a diverse

giurisdizioni o caratterizzate dalla presenza di diversi fusi orari. In altri casi, occorre chiarire chi dovesse sopportare i costi della videoconferenza. Come già evidenziato, ai sensi dell'art. 21 della direttiva, tutti i costi connessi all'esecuzione dovrebbero essere sostenuti dallo Stato che riceve l'ordine. Qualora, però, l'autorità di esecuzione li ritenga eccezionalmente elevati può valutare, unitamente a quella di emissione, la ripartizione delle spese o la modifica del contenuto dell'OEI.

In un caso, l'autorità emittente aveva esplicitamente richiesto che l'audizione si svolgesse alla presenza di un interprete, che avrebbe comportato un significativo innalzamento dei costi di esecuzione. A seguito di un fitto scambio di mail tra le autorità coinvolte, e con la mediazione di Eurojust, l'autorità di emissione si rendeva disponibile a farsi carico del pagamento dei costi dell'interprete.

Spesso Eurojust ha dovuto chiarire lo *status* giuridico della persona da esaminare (indagato, imputato o testimone), non sempre agevolmente desumibile dal tenore dell'allegato "A". In alcuni casi, le autorità nazionali si sono trovate in disaccordo sulla veste da attribuire al soggetto da sottoporre all'audizione. Talvolta, le autorità di emissione si sono rifiutate di modificarne la qualifica, su richiesta dell'autorità di esecuzione, provocandone il rifiuto del riconoscimento, nonostante i tentativi di mediazione di Eurojust.

Un problema ricorrente nella prassi riguarda, inoltre, l'attribuzione, da parte di alcuni ordinamenti, di diritti processuali differenti a seconda che il presunto autore di reato ricopra la posizione di indagato o di imputato. In particolare, si è riscontrata l'esistenza di diverse interpretazioni circa il contenuto del diritto di rimanere in silenzio e del privilegio contro l'autoincriminazione. In un caso relativo all'audizione testimoniale finalizzata ad acquisire le coordinate bancarie di una società indagata per riciclaggio, il cui autore era ancora ignoto, l'autorità di esecuzione rilevava che il privilegio contro l'autoincriminazione, previsto dal diritto interno, avrebbe potuto impedire lo svolgimento dell'esame, considerato il rischio che la persona da esaminare si rivelasse un potenziale sospetto. Pertanto, l'autorità di emissione spiegava che la *lex fori* riconosce a chiunque il diritto di rimanere in silenzio, in presenza del concreto rischio di rendere dichiarazioni auto-indizianti, e prevede che chi viene sentito in qualità di testimone debba essere preventivamente informato della facoltà di non rispondere. La medesima autorità si preoccupava, inoltre, di trasmettere un elenco dei diritti

riconosciuti all'autorità di esecuzione, la quale, adeguatamente rassicurata, procedeva ad escutere il dichiarante.

Il caso qui esposto dimostra che, nonostante le differenze sussistenti tra i vari sistemi nazionali, il dialogo e lo scambio di reciproche informazioni tra le autorità consenta comunque di soddisfare le richieste di cooperazione e di garantire, al contempo, il rispetto dei diritti riconosciuti alle persone coinvolte nelle investigazioni.

Numerosi casi hanno poi riguardato la partecipazione del difensore all'esame testimoniale, anch'esso oggetto di diverse vedute negli Stati. In un caso, ad esempio, l'autorità di emissione chiedeva che l'esame del teste avesse luogo alla presenza del difensore, in linea con quanto previsto dalla *lex fori*. L'autorità di esecuzione comunicava, però, che la partecipazione di un avvocato era contraria ai principi dell'ordinamento e che, di conseguenza, non era possibile assecondare la richiesta.

Eurojust si è domandato in che modo la presenza di un difensore possa contrastare con i principi fondamentali di uno Stato, dubitando della validità delle ragioni poste alla base del rifiuto di procedere secondo le formalità indicate dall'autorità di emissione, e sottolineando come, in generale, tali comportamenti restii rischino di sgretolare le fondamenta della fiducia reciproca tra i Paesi dell'Unione.

11.1. La nota tematica elaborata dal *desk* italiano in tema di audizioni in videoconferenza

In considerazione delle ripetute richieste di chiarimenti inoltrate a Eurojust, il *desk* italiano, nel 2019, ha interpellato gli altri *desk* nazionali su vari aspetti correlati all'audizione tramite videoconferenza.

Una prima questione riguardava l'individuazione della sede processuale in cui svolgere l'audizione della persona alla quale è attribuito il fatto di reato. In dettaglio, si chiedeva di indicare se l'esame dell'indagato o imputato fosse consentito in ogni fase del procedimento (indagini, udienza preliminare, dibattimento di primo grado, giudizio di appello). La maggior parte dei *desk* ha risposto positivamente, affermando che le normative di recepimento della direttiva consentono di riconoscere ed eseguire un OEI relativo all'audizione in videoconferenza di tali soggetti a prescindere dallo stadio del procedimento.

Diversamente, due *desk* hanno riferito che i loro Stati di appartenenza subordinano l'accoglimento della richiesta alla condizione che l'audizione abbia luogo durante le indagini, non ammettendone l'esecuzione in fasi avanzate. Allo stesso modo ha risposto l'Irlanda la quale, pur non essendo vincolata alla direttiva, consente lo svolgimento dell'audizione tramite videoconferenza esclusivamente nel corso delle indagini.

La seconda questione verteva sull'eventualità in cui la persona, indagata o imputata, non prestasse il consenso a sottoporsi all'audizione. Si tratta di una circostanza che, ai sensi dell'art. 24 § 2 della direttiva, può legittimare il rifiuto dell'esecuzione. Soltanto uno Stato ha riferito della possibilità che l'audizione sia disposta d'ufficio dall'autorità, precisando che il relativo provvedimento possa essere impugnato soltanto per determinati motivi. In tutti gli altri Stati, invece, la mancanza del consenso integra un motivo di non esecuzione.

Con la terza questione s'intendeva verificare se, a livello nazionale, fosse previsto un regime peculiare nel caso in cui l'imputato versasse in stato di detenzione o che avesse esplicitamente richiesto di sottoporsi all'esame. A tal proposito, un solo Stato riferiva circa l'operatività di una regola speciale, che vieta la presenza fisica in udienza dell'imputato che sia *in vinculis* nel territorio dello Stato di esecuzione. Tutti gli altri, invece, negavano la presenza di deroghe alla disciplina generale sull'audizione mediante videoconferenza.

Tutti gli Stati hanno risposto in senso affermativo all'ultima domanda rivolta dal *desk* italiano, volta a indagare se le autorità nazionali fossero disposte a riconoscere un OEI relativo all'audizione in videoconferenza di un teste durante la fase strettamente processuale.

12. Le intercettazioni di telecomunicazioni con e senza l'assistenza tecnica di un altro Stato membro

Una cospicua parte del *report* si focalizza sulle problematiche relative alla disciplina delle intercettazioni, distinguendo tra le ipotesi in cui si rende necessaria la

collaborazione tecnica di un altro Stato membro e quelle, più frequenti, che, invece, non la richiedono⁶⁷⁷.

In relazione alle prime, la cui regolamentazione si rinviene nell'art. 30 della direttiva, i principali problemi riscontrati sono ricollegabili, ancora una volta, alle divergenze esistenti a livello nazionale (circa l'ambito applicativo delle intercettazioni, le finalità dell'utilizzo dei relativi risultati, la durata delle operazioni, lo *status* della persona sottoposta alle captazioni) e all'insufficienza delle informazioni fornite dall'autorità emittente. Numerosi casi hanno infatti richiesto l'intervento di Eurojust per colmare l'incompletezza del contenuto dell'OEI o rettificare traduzioni imprecise.

Per ciò che attiene all'ambito di applicazione, la questione più dibattuta concerne la possibilità di utilizzare l'art. 30 della direttiva come base giuridica per disporre un ordine d'intercettazione "ambientale", mediante l'installazione occulta di microspie nel luogo in cui si svolgono le comunicazioni tra presenti. Si tratta di una questione particolarmente delicata, che si ripropone, come si dirà a breve, anche nel contesto delle intercettazioni che prescindono dall'altrui assistenza tecnica.

Con riferimento allo *status* della persona da sottoporre alle intercettazioni, in un caso il problema riguardava la possibilità di captare le comunicazioni di un soggetto che, in quel procedimento, non ricopriva la qualifica di indagato. Secondo la *lex loci*, i presupposti per intercettare colui che riveste la qualità di persona informata sui fatti sono più stringenti rispetto a quelli contemplati dalla *lex fori* per la medesima ipotesi: nello Stato di esecuzione, l'intercettazione delle comunicazioni di un potenziale testimone è, in linea di principio, vietata, salvo che vi sia fondato motivo di ritenere che il soggetto possa entrare in contatto con l'indagato o trasmetta messaggi per conto di costui.

Nel caso di specie, accertata l'insussistenza di tali condizioni, lo Stato di esecuzione non procedeva all'intercettazione. Ai sensi dell'art. 30 § 5 della direttiva, l'esecuzione di un ordine d'intercettazione può infatti essere rifiutata qualora l'atto richiesto non sia ammesso in un caso interno analogo. Invocando l'applicazione del principio di equivalenza, in più occasioni le autorità di esecuzione hanno espressamente richiesto che l'utilizzo dei risultati delle captazioni, da parte delle autorità dello Stato di

⁶⁷⁷ V. *supra*, cap. III, § 6.

emissione, fosse limitato a scopi meramente investigativi (*intelligence purposes*)⁶⁷⁸, e non esteso ai fini di prova (*evidence purposes*).

12.1. L'interpretazione dell'art. 31 della direttiva e l'allegato "C"

Ostacoli operativi sono stati incontrati nell'ambito delle intercettazioni senza l'assistenza tecnica⁶⁷⁹, per le quali l'art. 31 della direttiva prevede un obbligo di notifica del compimento delle operazioni nei confronti dello Stato nel cui territorio è in uso l'indirizzo di comunicazione della persona interessata⁶⁸⁰, da effettuare mediante il modulo di cui all'allegato "C".

In numerosi casi, si è riscontrato il mancato utilizzo, da parte dell'autorità dello Stato d'intercettazione, del predetto modulo, oppure la mancata indicazione, al suo interno, di informazioni utili per lo Stato notificato, quali gli estremi del provvedimento di autorizzazione, la durata delle operazioni prevista dalla *lex fori* e il momento in cui si è avuta conoscenza dello spostamento all'estero del soggetto intercettato. Il problema principale discende, tuttavia, dalle diverse interpretazioni che ruotano attorno alla clausola di equivalenza ("qualora l'intercettazione non sia ammessa in un caso interno analogo")⁶⁸¹, di cui all'art. 31 § 3 della direttiva, il cui mancato rispetto può condurre al

⁶⁷⁸ L'espressione potrebbe tradursi nel senso che i risultati delle intercettazioni sono utilizzabili soltanto ai fini di consentire la prosecuzione delle indagini già in corso.

⁶⁷⁹ Nel *report* di Eurojust si afferma che tali intercettazioni non rientrano tanto nell'ambito applicativo generale della direttiva, non essendovi alcun "ordine" da eseguire, quanto piuttosto nello specifico contesto dell'art. 31, che disegna un sistema basato sulle notifiche da effettuare mediante l'allegato "C".

⁶⁸⁰ Sul punto, v. la *Relazione illustrativa*, cit., p. 13. Per «indirizzo di comunicazione» s'intende «un'identità tecnica di rete in grado di fruire dei servizi di comunicazione elettronica erogati dalla rete pubblica di comunicazioni o da risorse di connettività allocate [in ipotesi] in Italia». Il d.lgs. n. 108/2017 menziona, invece, il «dispositivo o sistema» controllato o da controllare. Secondo C. PARODI, *Il modello C: vecchie criticità e nuovi problemi in caso di intercettazioni all'estero*, in *Dir. pen. cont.*, 1 marzo 2019, p. 3, il riferimento al dispositivo o al sistema, anziché all'indirizzo di comunicazione, «non è differenza di poco conto, in quanto in teoria l'utenza intercettata potrebbe trovarsi nella disponibilità di soggetto diverso dall'abituale utilizzatore», aggiungendo che «non si può escludere che il «dispositivo o sistema da controllare» possa essere in uso a soggetto non compiutamente identificato (si pensi a utenze in contatto con altre di soggetti identificati in ambito di indagini su traffico di stupefacenti)».

⁶⁸¹ Il problema si pone in maggiore misura poiché, a differenza di quanto richiesto dall'art. 30 § 4 e, di riflesso, dalla sezione "H7" dell'allegato "A", nel caso delle intercettazioni senza l'assistenza tecnica la direttiva non impone all'autorità dello Stato d'intercettazione di indicare «i motivi per cui considera l'atto di indagine richiesto utile al procedimento penale interessato», limitandosi l'allegato "C" a prevedere l'indicazione generica di «tutte le informazioni necessarie» a consentire all'autorità dello Stato notificato di verificare il rispetto del principio di equivalenza.

divieto di iniziare le operazioni o all'interruzione di quelle già avviate⁶⁸². Sul punto, alcuni ritengono che all'autorità dello Stato notificato sia demandato un controllo di tipo formale, preordinato a verificare la corrispondenza dei presupposti penalistici contemplati dalla *lex loci* che, nel nostro caso, coincidono con quelli indicati negli artt. 266 e 266 *bis* c.p.p.⁶⁸³.

Al contrario, altri affermano che debba svolgersi un controllo più pregnante, di tipo sostanziale, esteso, cioè, alla verifica della sussistenza delle ulteriori condizioni di ammissibilità previste dal diritto dello Stato notificato, risultanti dall'art. 267 c.p.p. nell'ipotesi in cui la notifica sia diretta all'Italia. Negli ordinamenti che aderiscono a quest'ultima interpretazione, più rigorosa e garantista, è statisticamente più frequente, stando a quanto riportato da Eurojust, l'esercizio di poteri inibitori, che vietano la prosecuzione delle operazioni o l'utilizzo dei risultati eventualmente già ottenuti.

⁶⁸² Come osservato da M. DANIELE, *La sfera d'uso delle prove raccolte*, in M. Daniele - R. E. Kostoris (a cura di), *L'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 187, il divieto in parola "discende dall'inosservanza della *lex loci*, la quale proietta i suoi effetti anche nello Stato di emissione".

⁶⁸³ L'interpretazione "formale" è accolta dalla *Relazione illustrativa*, cit., p. 15, nella parte in cui afferma che "non è pensabile, a fronte del testo della direttiva che non contempla alcuna verifica in tema di "indizi" (né gravi, né sufficienti) imporre alle autorità straniere di avventurarsi in valutazioni calibrate sulle forme tipiche del sistema italiano e verosimilmente estranee alle abitudini ed alla cultura dello Stato richiedente" e che, sul versante attivo, "non fosse altro che per una questione di tempi, non è pensabile che l'a.g. italiana possa e debba esaminare integralmente e direttamente gli elementi in fatto posti a fondamento delle richieste". "Del resto si tratta pur sempre di dare esecuzione ad un provvedimento già emesso dalla competente autorità giudiziaria dello Stato richiedente. Il sistema della direttiva non può che fondarsi infatti su un atto di reciproca fiducia da parte degli Stati, il che consente al giudice italiano di fondare il proprio giudizio su di un quadro 'attestato' dall'autorità richiedente". In dottrina, in senso conforme, cfr. G. DE AMICIS, *Dalle rogatorie all'ordine europeo di indagine: verso un nuovo diritto della cooperazione giudiziaria penale*, in *Cass. pen.*, 2018, p. 44, il quale reputa tale interpretazione in linea con la logica del mutuo riconoscimento; nonché A. NOCERA, *Il sindacato giurisdizionale interno in tema di ordine europeo di intercettazione*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2018, n. 1, p. 149 ss., ove afferma che, dal lato passivo, "la verifica del g.i.p. ha ad oggetto l'attestazione della esistenza di «elementi evocativi» dei presupposti per l'intercettazione (grave quadro indiziario ed indispensabilità del ricorso all'intercettazione per la prosecuzione delle indagini), come rappresentati nel modulo di trasmissione ovvero nelle informazioni integrative, senza possibilità di sindacato sul merito delle valutazioni già svolte dall'autorità procedente". Al contrario, v. M. DANIELE, *La sfera d'uso delle prove raccolte*, cit., p. 188 ss., secondo il quale l'opposta lettura è supportata dal dato normativo, atteso che "l'art. 24, comma 2, non specifica che la regola speciale opera in deroga alla regola generale dell'art. 9, commi 1 e 3, che (...) richiede l'osservanza di tutti i requisiti di ammissibilità previsti dalla *lex loci*. Né esso precisa che, ai fini delle intercettazioni senza l'assistenza dell'Italia, siano necessari «solo» i presupposti penalistici richiesti dalle norme italiane", con la conseguenza che "al momento della comunicazione all'autorità italiana dello svolgimento delle intercettazioni, l'autorità straniera non potrebbe esimersi dall'allegare le ragioni fattuali che ne stanno alla base, così da consentire il riscontro degli indizi di reato e della indispensabilità delle operazioni ai sensi dell'art. 267 c.p.p.".

Per evitare la stasi della cooperazione e, al contempo, l'intrusione nel merito delle altrui decisioni, pare dunque che la soluzione risieda nell'adozione, da parte della autorità destinataria dell'ordine o della notifica, di un atteggiamento flessibile e collaborativo, che presuppone una dettagliata esposizione degli elementi che sorreggono la richiesta estera, anche mediante successive integrazioni.

Atteggiamento flessibile e collaborativo non significa, però, passiva acquiescenza alle pretese avanzate dell'autorità straniera, a scapito delle garanzie della persona assicurate dall'ordinamento interno. L'insindacabilità delle ragioni di merito non può, in altre parole, spingersi sino a legittimare forme di cooperazione basate su valutazioni superficiali e frettolose: una cosa è, infatti, la reciproca fiducia, che si nutre del rispetto dei diritti fondamentali da parte di ciascuno Stato; ben diversa è la fiducia "ad occhi chiusi", che rischia di rivelarsi un pretesto per evitare di addossare all'autorità il peso di controlli minuziosi e di compromettere i rapporti secondo la prospettiva utilitaristica *do ut des*.

12.2. Le questioni operative sollevate dal *desk* italiano in materia di intercettazioni

Nel luglio 2018, il *desk* italiano ha sollevato una tematica operativa incentrata sull'applicazione dell'art. 31 della direttiva e sull'utilizzo, ancora poco diffuso, del modulo di cui all'allegato "C".

Con la prima questione si chiedeva agli altri *desk* nazionali di illustrare le modalità con cui i rispettivi Stati avessero recepito la citata norma e i presupposti necessari per ottenere l'autorizzazione a proseguire l'intercettazione transfrontaliera. Alcune risposte si sono soffermate sui criteri che le autorità di esecuzione sono solite impiegare per valutare se l'intercettazione sia o meno consentita sul piano domestico. In via esemplificativa, sono stati menzionati i seguenti elementi: l'intensità del dolo, la gravità del reato per cui si procede (desunta non soltanto dal *quantum* di pena comminata in astratto, ma anche dalla sua natura e dall'eventuale connessione con altri reati della stessa indole), l'impossibilità di ottenere la prova attraverso altre modalità e

l'indispensabilità del mezzo di ricerca della prova ai fini della prosecuzione delle indagini.

Ulteriori criteri presi in considerazione attengono all'idoneità dell'intercettazione ad acquisire elementi di prova pertinenti al reato oggetto del procedimento e al grado di compressione dei diritti fondamentali dell'intercettato, che deve risultare necessaria e proporzionata alle esigenze investigative e probatorie del caso concreto.

Secondariamente, si domandava se fossero state diffuse linee guida sulle modalità con cui lo Stato notificato procede alla valutazione del contenuto dei moduli di cui all'allegato "C". Un solo *desk* ha reso nota l'esistenza di linee guida in materia, con la funzione di orientare l'autorità nel momento in cui verifica se il reato per cui si procede consenta o meno l'intercettazione in un caso interno analogo, tralasciando ogni altro aspetto, che si presume già valutato in fase di emissione secondo i parametri della *lex fori*. Diversamente, la maggior parte degli Stati membri dispone di linee guida meno dettagliate, relative, in generale, alle modalità di attuazione della direttiva nel suo complesso⁶⁸⁴.

La terza questione mirava a raccogliere informazioni in merito ai problemi sorti dalla casistica selezionata da Eurojust. Dalle risposte è emerso che si tratta, in buona sostanza, di problematiche legate allo scarso utilizzo del modulo di cui all'allegato "C", all'incompletezza del suo contenuto o alla pessima qualità delle traduzioni. Come si è anticipato, ulteriori difficoltà derivano dall'assenza di un'interpretazione univoca circa la portata del principio di equivalenza e di una specifica regolamentazione dell'intercettazione tra presenti, cui si ricollega l'ultima questione sollevata dal *desk* italiano. Tale questione verte, in particolare, sul significato da attribuire alla nozione di "telecomunicazioni", che sconta l'assenza di una definizione unitaria a livello europeo.

La domanda cruciale, tuttora priva di risposta univoca, è dunque se l'installazione occulta di dispositivi spie all'interno di un determinato luogo (stanza o abitacolo di un'autovettura), finalizzata a captare i colloqui che ivi si svolgono, rientri o meno nelle "intercettazioni di telecomunicazioni" di cui parla la direttiva

⁶⁸⁴ A livello nazionale, un esempio è fornito dalla Circolare del Ministero della Giustizia, del 26 ottobre 2017, più volte citata, nonché, a livello distrettuale, dalle *Linee guida della Procura di Torino in tema di ordine europeo di indagine "passivo"*, del 29 gennaio 2021, a firma del dott. Cesare Parodi, pubblicate in *Sist. pen.*, 8 febbraio 2021.

12.3. L'assenza di una definizione di “telecomunicazioni”: quale sorte per le intercettazioni tra presenti?

In via preliminare, si osserva che nel testo della direttiva non si rinviene alcuna definizione del concetto di “telecomunicazioni”: né nel suo preambolo, né agli artt. 30 e 31, e neppure all'art. 2, rubricato “definizioni”. Nessun rimando viene fatto alla legge dei singoli Stati membri, così escludendo la possibilità di scovarne il significato al loro interno.

Cionondimeno, un primo elemento utile alla ricostruzione del corretto significato del termine può essere fornito dall'indicazione contenuta nella risoluzione del Consiglio sull'intercettazione legale di telecomunicazioni del 17 gennaio 1995, che le definisce come “ogni trasferimento di segni, segnali, scritture, immagini, suoni, dati o informazioni di qualsiasi genere trasmessi totalmente o parzialmente con un sistema via cavo, via radio, elettromagnetico, fotoelettronico o fotottico”.

È poi doveroso considerare la relazione esplicativa della Convenzione di Bruxelles del 2000, atteso che gli artt. 30 e 31 della direttiva sono largamente ispirati agli artt. 17-20 della predetta. L'accento è posto sulla scelta del Consiglio dell'Unione di non ancorare le telecomunicazioni a una definizione codificata, e dunque statica, allo scopo di renderla un concetto dinamico e favorirne, così, interpretazioni al passo con l'evoluzione tecnologica.

Tuttavia, stando a un'interpretazione letterale, il termine in oggetto, a differenza di quello più generico di “comunicazioni”, sembra propendere per lo scarto delle intercettazioni “ambientali”, relative a conversazioni di due o più persone, fisicamente presenti in un medesimo luogo⁶⁸⁵. Va però osservato che la Corte di giustizia si mostra spesso refrattaria nei confronti di interpretazioni basate esclusivamente sul dato normativo, prediligendo, piuttosto, quelle di carattere sistematico, maggiormente in grado di realizzare gli obiettivi perseguiti dal diritto europeo, conformemente al principio dell'effetto utile. Pertanto, Eurojust si fa promotore di un'interpretazione estensiva, suggerendo di estendere lo sguardo al contesto che ha dato alla luce la direttiva OEI e alle finalità che la animano.

⁶⁸⁵ Cfr. C. MARINELLI, *Le intercettazioni di comunicazioni*, in M. Daniele - R. E. Kostoris (a cura di), *L'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 231.

Sottolinea poi l’Agenzia dell’Unione che, nonostante l’evidente differenza, in punto di oggetto e modalità attuative, tra intercettazione telefonica o telematica (*wiretapping - interception of communication by telephone or other telecommunication technology*) e intercettazione di conversazioni tra presenti (*bugging - installation of a small microphone in the place to be bugged and transmission to some nearby receiver*), è anche vero che l’effetto prodotto consiste pur sempre nella captazione occulta di comunicazioni o conversazioni, e che entrambe le tipologie di intercettazione interferiscono in ugual misura con il diritto alla riservatezza degli interlocutori.

Un altro elemento sembrerebbe deporre a favore dell’opportunità di sottoporre a una disciplina unitaria le intercettazioni di conversazioni telefoniche e quelle di comunicazioni tra presenti: dall’onnicomprendività che connota la direttiva OEI, la quale “dovrebbe applicarsi a tutti gli atti di indagine finalizzati all’acquisizione di prove”, è consentito dedurre che il legislatore europeo abbia inteso superare la distinzione fondata sulla loro natura.

Le argomentazioni fornite da Eurojust, volte ad ampliare il raggio applicativo della direttiva OEI alle intercettazioni tra presenti, tuttavia, non convincono pienamente.

La delicatezza della materia, l’assenza di interpretazioni univoche e di sicuri approdi giurisprudenziali, nonché le asimmetrie esistenti nei singoli Stati a livello di disciplina normativa, di cui risente la prassi applicativa, inducono a ritenere preferibile che la soluzione positiva poggi su un dato normativo certo e inequivocabile⁶⁸⁶.

A maggior ragione se si considera che, sul piano domestico, alcune recenti e travagliate riforme⁶⁸⁷ hanno portato all’attenzione degli studiosi la complessa tematica –

⁶⁸⁶ Nell’attesa dell’avvento di una normativa unitaria in materia, si ritiene che le difficoltà operative determinate da tali divergenze possano essere, parzialmente e provvisoriamente, superate mediante l’attivazione di procedure di consultazione tra le autorità, rivolgendosi al rispettivo membro nazionale presso Eurojust.

⁶⁸⁷ La disciplina delle intercettazioni tra presenti mediante l’inoculazione del captatore informatico in dispositivo elettronico portatile è attualmente compendiata negli artt. 266, commi 2 e 2 *bis*, e 267, commi 1 e 2 *bis*, c.p.p. Il primo intervento normativo in materia è costituito dal d.lgs. 29 dicembre 2017, n. 216, poi seguito dalla l. 9 gennaio 2019, n. 3 e, da ultimo, dal d.l. 30 dicembre 2019, n. 161, conv. in l. n. 28 febbraio 2020, n. 7, applicabile ai procedimenti iscritti dopo il 31 agosto 2020 (e a partire dall’1 settembre 2020 per ciò che riguarda la disciplina sulla pubblicità dell’ordinanza cautelare), che completa il percorso di equiparazione tra i delitti di criminalità organizzata e terrorismo, di cui agli artt. 51, commi 3 *bis* e 3 *quater*, c.p.p., e i reati contro la pubblica amministrazione puniti con la pena della reclusione non inferiore nel massimo a 5 anni, commessi non più soltanto dai pubblici ufficiali, ma anche dagli incaricati di pubblico servizio. In estrema sintesi, la peculiarità della disciplina risiede nella previsione di un “doppio binario”, che muove lungo la distinzione tra reati comuni, da un lato, e delitti di criminalità

resa tale anche a causa dell'intricata disciplina che la presiede – delle intercettazioni tra presenti da effettuarsi, anche all'interno dei luoghi domiciliari, mediante l'installazione del captatore informatico (c.d. *trojan horse*): uno strumento investigativo, invero già invalso da tempo nella prassi⁶⁸⁸, particolarmente sofisticato e altrettanto intrusivo, il cui impiego, ad oggi, non è ammesso in tutti i Paesi aderenti alla direttiva⁶⁸⁹.

organizzata e gli altri ad essi equiparati, dall'altro, cui si accompagnano significative differenze relativamente ai seguenti profili: i presupposti per consentire le intercettazioni nei luoghi di privata dimora con l'uso del captatore, sempre consentite se si rientra nella seconda categoria, e quelli per autorizzare il compimento delle operazioni (nel secondo caso, opera il regime speciale di cui all'art. 13 d.l. 152/1991, a prescindere dall'utilizzo del captatore); la possibilità di procedere d'urgenza con decreto motivato del pubblico ministero, riservata esclusivamente alla seconda ipotesi; il contenuto del provvedimento del giudice per le indagini preliminari, che richiede una motivazione rafforzata soltanto se si procede per un reato comune, dovendosi indicare, oltre alle ragioni che rendono necessario l'impiego di tale modalità, delle coordinate spazio-temporali in relazione alle quali è consentita l'attivazione del microfono da remoto. Con riferimento a quest'ultimo profilo, si segnala Cass., sez. V, 30 settembre 2020 (dep. 9 dicembre 2020), n. 35010, Rv. 280398, la quale ha affermato che “in tema di intercettazioni ambientali a mezzo di captatore informatico (*trojan*)”, il riferimento al luogo di svolgimento dell'intercettazione tra presenti non costituisce presupposto di autorizzabilità, necessario ai fini del rispetto dell'art. 8 CEDU secondo l'interpretazione della giurisprudenza della Corte EDU, essendo, in via alternativa, consentito far ricorso all'indicazione del destinatario di essa ed in considerazione altresì della natura dinamica e “itinerante” della captazione, che prescinde dal riferimento ai luoghi”. In relazione all'impiego dell'agente “intrusore” nei procedimenti per delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione, di recente, Cass., sez. VI, 1 dicembre 2020 (dep. 15 marzo 2021), n. 10080, Rv. 280719, ne ha confermato l'utilizzo anche nei confronti del privato corruttore, poiché “lo strumento è applicabile indipendentemente dalla qualifica soggettiva dell'indagato”. In dottrina, tra i molteplici contributi, v. M. GIALUZ, *L'emergenza nell'emergenza: il decreto-legge n. 28 del 2020, tra ennesima proroga delle intercettazioni, norme manifesto e “terzo tempo” parlamentare*, in *Sist. pen.*, 1 maggio 2020; M. MIRAGLIA, *La riforma delle intercettazioni e la redazione dei “brogliacci di ascolto”*, in M. Gialuz (a cura di), *Le nuove intercettazioni*, in *Diritto di internet*, 2020, n. 3 (suppl.), p. 8 ss.; L. GIORDANO, *Presupposti e limiti all'utilizzo del captatore informatico: le indicazioni della Suprema Corte*, in *Sist. pen. - Riv. trim.*, 2020, n. 4, p. 109 ss.; D. PRETTI, *La metamorfosi delle intercettazioni, ultimo atto? La legge n. 7/2020 di conversione del d.l. n. 161/2019*, in *Sist. pen.*, 2 marzo 2020; W. NOCERINO, *Prime riflessioni a margine del nuovo decreto legge in materia di intercettazioni*, in *Sist. pen. - Riv. trim.*, 2020, n. 1, p. 63 ss.; L. CAMALDO, *Le innovazioni previste dalla legge anticorruzione in tema di intercettazioni con captatore informatico*, in *Dir. pen. cont.*, 24 settembre 2019; M. BONTEPELLI, *Il captatore informatico in attesa della riforma*, in *Dir. pen. cont.*, 20 dicembre 2018.

⁶⁸⁸ Il primo punto fermo in tema di intercettazioni c.d. “ambientali” mediante captatore informatico è posto da Cass., sez. un., 28 aprile 2016 (dep. 1 luglio 2016), n. 26889, Rv. 266905, la quale ha affermato il seguente principio di diritto, tuttora applicabile ai procedimenti iscritti prima del 31 agosto 2020: “Limitatamente ai procedimenti per delitti di criminalità organizzata è consentita l'intercettazione di conversazioni o comunicazioni tra presenti mediante l'installazione di un captatore informatico in dispositivi elettronici portatili, anche nei luoghi di cui all'art. 614 c.p., pure non singolarmente individuati e anche se ivi non si stia svolgendo l'attività criminosa”, dove per «criminalità organizzata» si è accolta una nozione ampia, secondo un approccio teleologico, che include “non solo i delitti elencati nell'art. 51, commi 3 *bis* e 3 *quater*, c.p.p., ma anche quelli comunque facenti capo a un'associazione per delinquere *ex art.* 416 c.p., correlata alle attività criminose più diverse, con esclusione del mero concorso di persone nel reato, nel quale manca il requisito dell'organizzazione”.

13. L'OEI in tempo di pandemia

Per concludere il presente capitolo, di taglio prevalentemente pratico, si reputa interessante, in ragione dell'attualità della tematica, dare conto dell'impatto che l'emergenza sanitaria connessa alla pandemia da Covid-19 ha avuto sulla cooperazione giudiziaria penale nel contesto europeo.

L'analisi, qui circoscritta, per evidenti ragioni, alle ricadute sul terreno dell'OEI (talvolta considerato unitamente alle rogatorie) prende le mosse dalle risposte fornite dagli Stati⁶⁹⁰ che hanno partecipato al questionario predisposto sul tema da Eurojust e dalla Rete giudiziaria europea, su incarico del Consiglio dell'Unione. Si fa riferimento, in particolare, alla tabella riassuntiva del 12 maggio 2020⁶⁹¹ e al documento di sintesi, aggiornato al 12 febbraio 2021⁶⁹², entrambi consultabili sul sito della RGE, che riportano le informazioni raccolte, relativamente ai seguenti strumenti di cooperazione giudiziaria in materia penale⁶⁹³: mandato d'arresto europeo, estradizione, ordine europeo d'indagine, mutua assistenza legale (rogatorie), trasferimento dei condannati, provvedimenti di sequestro e confisca dei beni, squadre investigative comuni.

Limitando lo sguardo all'OEI, si espongono di seguito le considerazioni di carattere generale svolte nell'*executive summary*, riportando alcune risposte fornite dai vari Stati, che si è scelto di selezionare in base al livello di dettaglio o alla peculiarità del contenuto.

⁶⁸⁹ V. la *Relazione del membro nazionale di Eurojust*, cit., p. 44. È poi da considerare che, quantomeno nella prospettiva italiana, l'inclusione delle captazioni ambientali – eseguite mediante la tradizionale “cimice” o il *virus* “spia” – nel perimetro della direttiva sull'OEI ne comporterebbe la loro formale sottrazione alla prassi dell'istradamento, con la conseguenza che alle maggiori garanzie di riservatezza nei confronti dei soggetti le cui comunicazioni sono oggetto di ascolto si contrapporrebbero le difficoltà operative derivanti dal costante monitoraggio degli spostamenti del dispositivo itinerante, da comunicare tempestivamente all'autorità straniera. Cfr. altresì le *Linee guida della Procura di Torino in tema di ordine europeo di indagine “passivo”*, del 29 gennaio 2021, in cui si afferma che, nel silenzio della direttiva e del decreto attuativo, le richieste estere relative alle intercettazioni ambientali “potranno essere accolte per le ipotesi e nei limiti in cui le stesse sono ammissibili nel sistema nazionale”.

⁶⁹⁰ Si tratta di Austria, Belgio, Bulgaria, Croazia, Cipro, Repubblica Ceca, Danimarca, Estonia, Finlandia, Francia, Germania, Grecia, Irlanda, Italia, Islanda, Lettonia, Lituania, Lussemburgo, Malta, Norvegia, Paesi Bassi, Polonia, Romania, Slovacchia, Slovenia, Spagna, Svezia e Ungheria.

⁶⁹¹ Cfr. *COVID-19 summary table of measures. Overview of replies*.

⁶⁹² Cfr. *The impact of COVID-19 on judicial cooperation in criminal matters - Executive summary of information compiled by Eurojust and EJM*.

⁶⁹³ Per un'efficace sintesi v. M. BARGIS, *La cooperazione giudiziaria in materia penale alla prova dell'emergenza da covid-19*, in *Sist. pen.*, 24 giugno 2020, p. 1 ss.

Una precisazione è doverosa: come si desume dal documento di sintesi, le difficoltà maggiori – verificatesi soprattutto sul versante di esecuzione, più che su quello di emissione – sono state riscontrate durante i primi mesi della pandemia (marzo - aprile 2020), per poi attenuarsi nei successivi mesi di maggio e giugno. Inoltre, nonostante la nuova ondata di contagi risalente all'autunno 2020 e la correlata adozione di misure di prevenzione più stringenti, non vi sono state significative ripercussioni sull'attività di cooperazione giudiziaria, complessivamente considerata. Si può, dunque, affermare che la situazione, almeno da questo punto di vista, stia progressivamente tornando alla normalità, dovendosi però fare i conti con il carico di lavoro cumulatosi per effetto degli inevitabili ritardi e rinvii connessi all'emergenza sanitaria.

Ad ogni modo, per quanto riguarda l'attività di cooperazione in ambito probatorio, i quesiti indirizzati agli Stati sono così sintetizzabili: si è chiesto di indicare se, e in che modo, le procedure di emissione ed esecuzione di OEI e rogatorie abbiano risentito dell'adozione delle misure di contenimento della diffusione del contagio; se siano stati introdotti criteri, e in caso affermativo quali, per accordare priorità a determinate procedure piuttosto che ad altre; se l'esecuzione di tali strumenti sia stata o meno circoscritta ai casi caratterizzati da urgenza. Da ultimo, si è domandato se fosse preferibile inoltrare le richieste di cooperazione tramite posta ordinaria oppure via mail, e rivolgersi direttamente all'autorità competente ovvero a quella centrale.

Dalle informazioni ricevute è emerso, in linea generale, il ricorso, ove possibile, a modalità alternative che consentissero l'esecuzione dell'attività richiesta e garantissero, al contempo, l'osservanza delle misure di distanziamento sociale e lo svolgimento delle udienze, optando, ad esempio, per le audizioni tramite video o teleconferenza, in luogo dell'esame "in presenza".

In alcuni Stati si è assistito alla sospensione o al differimento dell'esecuzione di misure che implicano un contatto fisico, come la perquisizione personale e domiciliare.

Sotto quest'ultimo aspetto, il Lussemburgo, ad esempio, ha riferito della difficoltà di procedere alle perquisizioni domiciliari, a causa della chiusura della maggior parte di aziende e uffici presenti sul territorio, e della mancata assistenza di forze di polizia straniere.

Nei Paesi in cui, durante l'emergenza sanitaria, sono state adottate misure sospensive del decorso dei termini o dello svolgimento dell'attività giudiziaria⁶⁹⁴, l'esecuzione di OEI e rogatorie è stata talvolta circoscritta alle sole ipotesi urgenti (è il caso di Polonia e Portogallo), identificate procedendo a una valutazione caso per caso, oppure elaborando specifici criteri. La Bulgaria ha preannunciato possibili ritardi nell'esecuzione di tutti gli OEI, in ragione delle limitate risorse giudiziarie e di polizia, comunicando altresì il differimento degli OEI non urgenti sino al termine dello stato di emergenza dichiarato dalle autorità nazionali. Ha invece optato per un approccio caso per caso l'Estonia, che ha reso nota l'intenzione di accordare priorità all'esecuzione di misure non implicanti contatto fisico diretto.

La Lettonia ha fatto uso di un criterio ancorato alla fase del procedimento (*pre-trial or trial stage*), precisando che l'esecuzione di attività implicanti il contatto fisico avrebbe avuto luogo solo laddove ritenuta strettamente necessaria, in considerazione della gravità del reato, mantenendo la distanza di due metri e vietando la partecipazione delle autorità emittenti.

Una risposta completa è stata fornita dalla Germania. In particolare, gli Stati Federali hanno adottato alcuni criteri funzionali a stabilire una gerarchia delle procedure da eseguire in via prioritaria, quali la sussistenza di un particolare interesse pubblico o

⁶⁹⁴ Per quanto attiene alle misure di contrasto all'emergenza epidemiologica da Covid-19 in relazione allo svolgimento dell'attività giudiziaria adottate nell'ordinamento italiano, v. l'art. 83 d.l. 17 marzo 2020, n. 18, convertito con modifiche in l. 24 aprile 2020, n. 27 (c.d. decreto "cura Italia"). Con specifico riferimento al regime della prescrizione, la Corte costituzionale, pronunciata con sentenza 18 novembre 2020 (dep. 23 dicembre 2020), n. 278, in www.cortecostituzionale.it, ha ritenuto che il comma 4 della citata disposizione – che stabilisce la sospensione del decorso della prescrizione del reato, anche in relazione ai reati commessi prima della sua entrata in vigore – fosse compatibile con il principio di irretroattività in *malam partem*, in quanto “sul piano della ragionevolezza e proporzionalità, la misura è giustificata dalla finalità di tutela del bene della salute collettiva per contenere il rischio di contagio da Covid-19 in un eccezionale momento di emergenza sanitaria”. Sull'argomento, v. G.L. GATTA, *Emergenza Covid e sospensione della prescrizione del reato: la Consulta fa leva sull'art. 159 c.p. per escludere la violazione del principio di irretroattività ribadendo al contempo la natura sostanziale della prescrizione, coperta dalla garanzia dell' art. 25, comma 2, Cost.*, in *Sist. pen.*, 26 dicembre 2020; ID., *Le Sezioni Unite dopo la Consulta, sulla sospensione della prescrizione del reato: circoscritto l'ambito di applicabilità della disciplina*, in *Sist. pen.*, 11 febbraio 2021, nonché M. BONTEMPELLI, *Emergenza Covid-19 e ragionevole durata del processo penale*, in *Sist. pen.*, 13 gennaio 2021. Più di recente, la Consulta, con sentenza 25 maggio 2021 (dep. 6 luglio 2021), n. 140, in www.cortecostituzionale.it, è tornata a occuparsi dell'art. 83, questa volta in relazione al comma 9, nella parte in cui fa discendere l'effetto sospensivo del termine di prescrizione dall'adozione, da parte del capo dell'ufficio giudiziario, di un provvedimento di rinvio dell'udienza per motivi di organizzazione legati all'emergenza epidemiologica, dichiarando l'illegittimità costituzionale della norma censurata per violazione del principio di legalità, sotto il profilo della insufficiente determinatezza.

l'importanza del caso, lo stato di detenzione dell'indagato o imputato, il pericolo di dispersione delle prove, l'imminente prescrizione o la gravità del reato, il rischio di aggravamento delle indagini, l'urgenza e la tipologia della misura oggetto di richiesta.

L'esecuzione non è stata limitata ai soli casi urgenti, nonostante si siano verificati alcuni fisiologici ritardi e rinvii, talvolta dovuti anche a difficoltà di natura tecnica, specialmente nel caso dell'audizione da remoto. Anche la Germania, come la Lettonia, ha impedito sia la presenza sul territorio nazionale di agenti di polizia stranieri sia la partecipazione di funzionari tedeschi all'estero.

Analogamente, l'Ungheria, pur assicurando l'esecuzione di OEI e rogatorie indipendentemente dall'urgenza, ha raccomandato di non disporre la comparizione di persone dinanzi alle autorità, ritenendo preferibili modalità che consentissero l'esame a distanza. L'aumento di audizioni mediante videoconferenza durante il *lockdown* è stato registrato anche dalla Romania.

Interessante è anche quanto è stato riferito da Malta, che ha fatto dipendere l'esecuzione dal tipo di misura richiesta, dall'urgenza e dalla sussistenza di un interesse pubblico, a fronte della chiusura dei tribunali e della sospensione dei termini legali. È stato precisato che l'urgenza della procedura potesse stabilirsi anche in un secondo momento, a seguito di un'interlocuzione tra le autorità, e che le perquisizioni domiciliari continuassero a svolgersi adottando le necessarie precauzioni sanitarie.

La Svezia ha affermato di non aver ricevuto istruzioni in ordine all'opportunità di limitare l'esecuzione degli OEI, né di aver adottato criteri prioritari per la loro emissione. Italia, Francia e Spagna hanno asserito di non aver incontrato, in linea di principio, particolari ostacoli in sede di emissione e di esecuzione di OEI e rogatorie.

Nello specifico, la Spagna ha comunicato il regolare svolgimento dell'attività di cooperazione giudiziaria in ambito probatorio, dal lato sia attivo che passivo, senza necessità di emanare apposite linee guida. Sono state tuttavia riscontrate difficoltà nell'esecuzione di misure investigative implicanti il trasferimento di persone o altro tipo di contatto fisico. In relazione alle perquisizioni domiciliari, si è ritenuto opportuno procedere a una valutazione in concreto, al fine di evitare che i funzionari giudiziari si esponessero al rischio di contagio, in violazione delle restrizioni imposte a livello nazionale. La priorità è stata accordata agli OEI connotati da urgenza, desumibile da una chiara descrizione dei motivi da parte dell'autorità di emissione.

Con riferimento ai canali di trasmissione utilizzabili, la maggior parte degli Stati ha specificato di inoltrare, preferibilmente tramite posta elettronica, gli ordini e le richieste all'autorità competente servendosi degli indirizzi indicati nella risposta al questionario o già inclusi nella piattaforma "Atlas"⁶⁹⁵, senza necessità di coinvolgere l'autorità centrale.

In particolare, la Lettonia ha riferito di aver contattato via mail le autorità centrali soltanto nei casi urgenti, mentre la Slovacchia ha richiesto che, in tali casi, all'OEI e alle altre richieste inoltrate in formato digitale dovesse seguire l'invio per posta ordinaria della copia cartacea originale. È stata infine espressamente sollecitata (da parte di Italia, Finlandia, Portogallo, Repubblica Ceca e Slovenia) l'attivazione dei punti di contatto presso Eurojust e la RGE, che resta comunque rimessa alla discrezionalità dell'autorità giudiziaria procedente.

Da quanto sin qui esposto pare dunque che, in tempo di pandemia, gli Stati abbiano dimostrato, oltre a uno spirito collaborativo animato dal *favor cooperationis* e dal mutuo riconoscimento, di essersi lasciati guidare dal principio di proporzionalità, sorgente luminosa della direttiva OEI.

L'assunzione di decisioni calibrate sulle specificità del caso e la ricerca del giusto equilibrio tra il diritto alla salute e le esigenze investigative e probatorie, realizzate plasmando criteri suscettibili di tornare utili in ipotesi affini e instaurando un dialogo con le autorità estere, hanno rivelato la capacità degli Stati di muoversi con accortezza nel solco tracciato dal legislatore europeo: un atteggiamento che, si auspica, possa mantenersi al di fuori del contesto dell'emergenza sanitaria, quando a entrare in gioco è (soprattutto) il diritto di difesa.

⁶⁹⁵ L'Atlante giudiziario europeo della RGE agevola l'individuazione dell'autorità da contattare in base al tipo di cooperazione richiesta.

CAPITOLO V

L'ORDINE EUROPEO D'INDAGINE ALLA PROVA DEI FATTI: ALCUNI CASI PRATICI TRATTATI DALLE PROCURE DI MILANO E DI MONZA

SOMMARIO. 1. La casistica selezionata: una breve panoramica. – 2. Gli OEI “atterrati” in Procura a Milano. – 3. Gli OEI “in partenza” dalla Procura di Monza. – 4. Rilievi conclusivi: quale futuro per l’OEI?

1. La casistica selezionata: una breve panoramica

Grazie alla disponibilità di alcuni magistrati, sostituti procuratori presso le Procure della Repubblica di Milano e di Monza, la ricerca dottrinale e giurisprudenziale è stata affiancata dall’attività sul campo, consistita nella disamina di alcuni fascicoli relativi a procedimenti penali che hanno richiesto il riconoscimento o l’emanazione di ordini europei d’indagine.

Adottando un approccio pratico, l’intento è quello di fornire una visione “a trecentosessanta gradi” del nuovo strumento di cooperazione probatoria, mettendo in rilievo il divario che separa teoria e prassi applicativa. La casistica esaminata, comprensiva di ordini passivi e attivi, oltre a essere estremamente interessante per la varietà dei reati e delle tipologie di attività, investigative e probatorie, oggetto di cooperazione, consente infatti di testare la tenuta dell’OEI e di svolgere, nelle note conclusive, qualche considerazione sulle sue prospettive future.

2. Gli OEI “atterrati” in Procura a Milano

La ricerca condotta presso la Procura della Repubblica di Milano – dove nel 2014 è stato istituito l’Ufficio Affari Europei ed Internazionali – e, in particolare, l’incontro con il dott. Gaetano Ruta, recentemente nominato procuratore europeo, hanno permesso di avere una panoramica generale degli ordini passivi, trasmessi, sempre più numerosi, dall’estero. La maggior parte degli OEI, assegnati in via del tutto informale ai magistrati del dipartimento “Affari internazionali - reati economici transnazionali”, attiene a

procedimenti iscritti per reati contro il patrimonio, quali truffe (spesso *online*), frodi fiscali⁶⁹⁶ e riciclaggio, sottratti all'operatività del principio della doppia incriminazione.

Solitamente, il dott. Ruta riceve gli ordini provenienti da Austria e Germania, poiché conosce la lingua tedesca e, dunque, dà conferma della ricezione inoltrando una mail direttamente nella lingua dello Stato di emissione. Diversamente, la documentazione trasferita all'esito dell'esecuzione deve essere, di regola, disponibile nella doppia versione linguistica, italiana e tradotta, analogamente a quanto dovrebbe avvenire anche per l'allegato "A", come suggerito da Eurojust.

Quanto alle tempistiche di riconoscimento ed esecuzione, i magistrati milanesi interpretano i termini fissati *ex lege* come necessariamente ordinatori, in considerazione dell'elevato carico di lavoro e della complessità delle indagini che spesso richiede l'attuazione dell'ordine investigativo.

In relazione alle modalità di riconoscimento, la prassi è quella di dar conto, all'interno del decreto di riconoscimento, della provenienza dell'OEI, dei reati per i quali si procede all'estero e del tipo di attività investigativa o probatoria richiesta.

Inoltre, il provvedimento illustra sinteticamente le ragioni che consentono di dar seguito all'ordine, ossia l'assenza di motivi di rifiuto e l'osservanza del principio di proporzionalità. Il decreto di perquisizione e sequestro, contenuto in un documento distinto, richiama diffusamente quello di riconoscimento, che comunque si usa allegare, e ripercorre gli aspetti essenziali dell'ordine d'indagine.

Curioso è che, secondo quanto riferito dal dott. Ruta, la Germania talvolta avanzi richieste di cooperazione relative alle "micro-truffe" *online*, realizzate mediante bonifico transfrontaliero di basso importo. Si tratta di reati che, a livello interno, restano spesso non puniti in concreto, poiché nella maggior parte dei casi danno luogo a procedimenti che non sono neppure istruiti a causa dell'impossibilità di identificare l'autore del reato (e per questo motivo, sono iscritti a Mod. 44), oppure si concludono con un provvedimento di archiviazione per particolare tenuità del fatto *ex art. 131 bis c.p.*, in presenza dei requisiti, quantitativi e qualitativi, per l'applicazione del beneficio.

⁶⁹⁶ Frequente è il fenomeno delle c.d. "frodi carosello", che si estrinseca in acquisti senza l'addebito dell'Iva in capo all'acquirente, abusando della non imponibilità Iva nelle transazioni intracomunitarie, e che solitamente prevede il coinvolgimento di una (o più) *conduit company*, avente sede in uno Stato membro, di una società fittizia o "*missing trader*", di un *broker* o "interponente" ed, eventualmente, di un *buffer*, che assume un ruolo di "filtro" nelle operazioni fraudolente.

Cionondimeno, in questi casi si è sempre optato per la scelta di dar corso alla richiesta estera, evidentemente ritenuta proporzionata, senza mai neppure rivendicare la giurisdizione italiana, pur da considerarsi sussistente sulla base di alcuni recenti approdi giurisprudenziali⁶⁹⁷.

Peraltro, l'atteggiamento improntato al *favor cooperationis* ha in un caso prodotto significativi frutti dal punto di vista investigativo: dall'esecuzione di più ordini di matrice tedesca e austriaca relativi a diverse truffe di piccoli importi (circa 800-1.000 euro) è emerso come tali reati costituissero il reato-presupposto di un maxi riciclaggio, per il quale si è proceduto in Italia nei confronti di "Ing Bank", ai sensi dell'art. 8 d.lgs. 231/2001, in materia di responsabilità amministrativa degli enti derivante da reato. Si è accertato, infatti, che la succursale italiana dell'istituto olandese facente parte di "Ing Group", promotrice del "Conto Arancio", aveva ricavato dalle oltre trecento operazioni sospette un profitto pari a 7,11 milioni di euro, sotto forma di risparmio di spesa da investire nel personale tecnico-informatico e soprattutto nei presidi anti-riciclaggio. Il procedimento in oggetto si è recentemente concluso con la ratifica, da parte del giudice procedente, della richiesta di patteggiamento, con cui la società è stata condannata al pagamento di 30 milioni di euro (tra sanzione pecuniaria e confisca del profitto del reato).

Due casi specifici, l'uno proveniente dalla Procura di Dresda (Germania) e l'altro dalla Procura di Graz (Austria), sono apparsi interessanti, specialmente per la precisione e l'accuratezza con cui sono stati compilati i rispettivi moduli di emissione da parte delle autorità competente.

Nel primo caso, l'OEI, emesso nell'ambito di un procedimento per frode fiscale e associazione per delinquere, concerneva l'acquisizione di informazioni contenute in banche dati in uso alla polizia giudiziaria e l'audizione testimoniale. In sintesi, questi i fatti che hanno dato origine al procedimento in Germania: gli indagati erano soci e amministratori della società "T", dedita al commercio di prodotti nel settore

⁶⁹⁷ Cfr., *ex multis*, Cass., sez. II, 20 ottobre 2016 (dep. 14 aprile 2016), n. 48027, Rv. 268369, che, nell'ipotesi di truffa *online* in cui il pagamento della persona offesa avvenga mediante bonifico bancario con accredito su conto corrente, il luogo di consumazione del reato coincide con quello in cui "l'agente consegue l'ingiusto profitto tramite la riscossione della somma e non già quello in cui viene data la disposizione per il pagamento da parte della persona offesa; qualora, invece, non sia determinabile il luogo di riscossione, si applicano – per la determinazione della competenza territoriale – le regole suppletive previste dall'art. 9 c.p.p.". Sul tema, v. C. PECORELLA, *Truffe online: momento consumativo e competenza territoriale*, in *Dir. pen. cont.*, 10 maggio 2012.

interaziendale con sede a Dresda. Uno di loro operava come lavoratore *free lance* per la predetta società e, sin dalla fondazione della stessa, era in possesso di un'opzione ereditaria relativa all'acquisto di un terzo delle quote sociali, esercitabile fino al 31.12.2021. A seguito di una verifica fiscale, nel mese di gennaio 2015 si apriva un procedimento nei confronti dei predetti soggetti per sospettata evasione sull'Iva nel periodo compreso tra gennaio/marzo e novembre 2014. In particolare, si sospettava il loro coinvolgimento all'interno di un più ampio circuito di frode fiscale sull'Iva (c.d. "frode carosello"), relativamente a diverse tipologie di beni (*i-pad*, *console* di gioco, *hard disk*, *notebook*, fotocamere digitali), tutte acquistate per il tramite di due società prestanome in Germania.

Nel febbraio 2015 si procedeva al sequestro della documentazione commerciale cartacea della società e, in un secondo momento, di quella digitale. Dall'analisi della corrispondenza elettronica acquisita si accertava la riconducibilità della società "T" a un sistema di frode a livello europeo dal settembre 2013, specialmente in relazione al commercio di prodotti del marchio "Apple".

Per semplificare, lo schema fraudolento messo in atto era il seguente: le merci erano acquistate da società polacche o tedesche (*conduit companies*) e fatturate a società prestanome, aventi sede in Stati a bassa tassazione. La società "T" ricopriva il ruolo di *buffer* (o società "filtro"), interponendosi tra le società prestanome, dalle quali acquistava le merci, e un terzo soggetto acquirente, il *broker*, al quale le rivendeva immediatamente. L'intermediazione di "T" serviva, dunque, a ostacolare la connessione diretta tra la società cartiera e l'effettivo cessionario, occultando le operazioni illecite e rendendo complesso l'accertamento delle catene di approvvigionamento, allo scopo di consentire l'evasione dell'Iva a diverse imprese aventi sede nel territorio dell'Unione.

Le merci non venivano infatti trasportate nello Stato in cui l'intestatario della fattura aveva la sede sociale, ma in depositi presso società site in altri Stati europei (prevalentemente Polonia e Repubblica Ceca), per poi essere nuovamente immesse in "catene di fatturazione", avvalendosi di altre società fittizie. Tra le società che svolgevano il servizio di deposito figurava anche un'impresa italiana, avente sede nel distretto milanese.

In relazione all'esame dei potenziali testimoni (amministratori e collaboratori di società coinvolte nel trasporto e nel deposito delle merci), l'autorità emittente forniva un

dettagliato elenco delle domande da rivolgere, precisando che la mancata comparizione di tali soggetti avrebbe dato luogo, ove necessario, all'accompagnamento coattivo, nella misura in cui ciò non fosse contrario all'ordinamento dello Stato italiano. Si chiedeva, altresì, che i testimoni fornissero documenti cartacei o digitali, se in loro possesso, che attestassero lo svolgimento delle operazioni fraudolente. Era invece rimessa alla discrezionalità dell'autorità italiana la scelta in ordine al luogo deputato all'assunzione delle sommarie informazioni testimoniali (locali delle imprese interessate o uffici della polizia giudiziaria o del pubblico ministero).

L'ordine in esame si fa apprezzare in quanto l'autorità tedesca, compilando gli appositi spazi dell'allegato "A", non solo si è curata di riportare il testo delle norme del codice penale e tributario integranti la base giuridica che legittima l'avvio di un procedimento penale interno, ma ha anche indicato le formalità relative all'esame testimoniale⁶⁹⁸, cui l'autorità italiana avrebbe dovuto attenersi in fase di esecuzione, salva l'incompatibilità con i principi fondamentali della *lex loci*.

Quanto all'esito, il riconoscimento dell'OEI ha avuto luogo a distanza di cinque mesi dalla ricezione in Italia, che a sua volta è avvenuta dopo un mese dall'emissione.

Il secondo ordine che si è avuto modo di visionare riguardava l'interrogatorio di una persona sottoposta ad indagini per il reato di tentata truffa aggravata, ai sensi degli artt. 146 e 147 del codice penale austriaco. Dai controlli eseguiti dagli operatori bancari è stata accertata la falsità della sottoscrizione apposta su alcuni ordini di pagamento e la falsificazione di documentazione necessaria al trasferimento di somme di denaro sui

⁶⁹⁸ Nell'apposita sezione dell'euro-ordinanza veniva riportato in sintesi il contenuto di alcune disposizioni del codice di procedura penale tedesco e nello specifico: l'art. 52, relativo al diritto di non deporre riconosciuto in capo ai prossimi congiunti dell'imputato, in parte sovrapponibile al nostro art. 199 c.p.p., ancorché la nozione di "congiunti" sia più estesa rispetto a quella di cui all'art. 307 c.p., includendovi anche «il fidanzato dell'imputato oppure la persona alla quale l'imputato ha fatto una promessa di costituire un'unione solidale», al coniuge e al compagno dell'imputato, anche in caso di cessazione del matrimonio o dell'unione, nonché ai parenti fino al terzo grado e agli affini fino al secondo; l'art. 53, che delinea la facoltà di rifiutare di rispondere alle domande le cui risposte rischiano di esporre il testimone o i membri della sua famiglia «al pericolo di essere perseguiti per un reato oppure per una violazione dell'ordine pubblico», evocando il privilegio contro l'autoincriminazione codificato anche nel nostro art. 198, comma 2, c.p.p.; l'art. 57 che, al pari di quanto previsto dall'art. 198, comma 1, c.p.p., enuncia l'obbligo di verità cui è sottoposto il testimone, previo avvertimento delle conseguenze penali derivanti da una deposizione inesatta o incompleta. Diversamente dal nostro art. 497, comma 2, c.p.p., il codice di rito tedesco qualifica in termini di facoltà, e non di obbligatorietà, la prestazione del giuramento; infine, gli artt. 161 e 163 c.p.p. che disciplinano l'escussione testimoniale da parte, rispettivamente, del pubblico ministero e della polizia giudiziaria, evidenziando l'obbligo di comparire in capo al teste ritualmente citato dal primo soggetto.

conti correnti intestati all'indagato. Si trattava di un OEI collegato ad altri ordini precedenti, resosi necessario a causa delle difficoltà riscontrate nel reperire l'indagato.

In particolare, a seguito dell'esecuzione da parte della Francia di un OEI emesso dalla Procura di Graz, si individuava nella persona di E.M. l'intestatario del conto corrente sul quale si era tentato di far confluire il denaro, provento della truffa. Dalle informazioni acquisite vi era motivo di ritenere che il soggetto, cittadino tedesco, si trovasse a Berlino. Nell'agosto 2019 veniva emesso un OEI diretto alla Germania, con cui si richiedeva l'interrogatorio di E.M., in veste di indagato.

Le autorità tedesche comunicavano, però, l'impossibilità di darvi esecuzione, in quanto il soggetto, irreperibile, non era neppure iscritto all'anagrafe di Berlino. Da alcuni accertamenti risultava, peraltro, che l'ultimo indirizzo noto a lui riconducibile era sito in Italia. Sulla base di una segnalazione del SIS, ricevuta in Italia, del 28 giugno 2020 e di un'altra segnalazione, pervenuta in Svizzera, del 26 giugno 2020, emergeva che egli fosse domiciliato di fatto a Berlino e che fosse stato visto l'ultima volta in Italia, dove si presumeva che avesse anche vissuto per un considerevole periodo di tempo.

Sulla scorta delle informazioni acquisite, si provvedeva pertanto a inviare un OEI alla Procura di Milano, in cui si forniva anche il numero di telefono che l'indagato aveva in precedenza comunicato alle autorità svizzere. Nonostante il tempestivo riconoscimento, avvenuto a distanza di pochi giorni dalla ricezione dell'ordine, non è stato possibile procedere all'interrogatorio, in quanto l'indagato risultava irreperibile nel territorio dello Stato.

In casi simili, tutt'altro che infrequenti, si usa procedere a ricerche il più possibile approfondite, effettuando controlli nei luoghi indicati dalle autorità di emissione e servendosi dell'ausilio delle banche dati. Nel caso di specie, la difficoltà principale era dovuta al fatto che l'indagato fosse cittadino straniero, privo di residenza e di qualsiasi collegamento con l'Italia.

Come anticipato, il problema si presenta analogo nei casi di truffe *online*, che statisticamente risultano in gran parte commesse da cittadini extracomunitari o da persone senza fissa dimora. Al cospetto di queste situazioni, di regola, si comunica all'autorità estera l'impossibilità di rintracciare l'indagato (o il potenziale indagato, quando le generalità non sono note neppure all'autorità emittente), allegando copia del

verbale di vane ricerche e, se richiesto, del decreto con cui si dichiara lo stato di irreperibilità.

Nel caso poc'anzi illustrato, così come nel precedente, si rileva la corretta compilazione della sezione "I" dell'allegato "A", in cui si è chiesto all'autorità milanese di procedere all'interrogatorio conformemente alle disposizioni della *lex fori* applicabili al caso di specie, precisando che l'indagato dovesse essere posto nelle condizioni di prendere posizione sui fatti a lui addebitati⁶⁹⁹. Inoltre, l'autorità austriaca si è preoccupata di fornire una indicazione puntale delle domande da rivolgere all'interessato in sede di interrogatorio.

Per ciò che concerne il lato attivo, il dott. Ruta ha riferito di aver, sino ad ora, emesso pochi ordini investigativi, diretti per lo più ad acquisire all'estero documentazione bancaria ed estratti di conti correnti intestati a presunti autori di reato.

Ad eccezione di un paio di casi in cui non è stata ottenuta alcuna risposta, nello specifico da parte di Malta e Bulgaria, risultando vano anche l'intervento di Eurojust, le altre richieste sono state accolte, persino dall'Irlanda che, lo si ricorda, si mostra disponibile ad accettare gli OEI, pur non essendo vincolata dalla direttiva europea.

3. Gli OEI "in partenza" dalla Procura di Monza

Anche il confronto con il dott. Marco Santini e con la dr.ssa Stefania Di Tullio, sostituti procuratori presso la Procura della Repubblica di Monza, si è rivelato proficuo

⁶⁹⁹ In particolare, a seguito dell'elencazione dei diritti che l'art. 49 del codice di procedura penale austriaco riconosce in via generale alla persona indagata, sono state riportate le disposizioni (artt. 50 e 164) più specificamente dedicate all'interrogatorio e alle modalità di svolgimento dello stesso. Salva la facoltà di non rispondere, espressamente contemplata, non vi è traccia degli altri avvisi che, ai sensi dell'art. 64, comma 3, lett. a) e c) c.p.p., l'indagato deve ricevere a pena di inutilizzabilità delle dichiarazioni eventualmente rese. In relazione all'assistenza difensiva, sono previste due ipotesi sconosciute dall'ordinamento italiano, in cui è possibile prescindere dalla presenza fisica del difensore dell'indagato all'interrogatorio, che è in ogni caso meramente facoltativa: da un lato, nel caso di indagato o imputato in *vinculis*, qualora la sua assenza, più volte reiterata, comporti un irragionevole prolungamento della detenzione; dall'altro, qualora la partecipazione del difensore rischi di ostacolare lo svolgimento delle indagini o l'acquisizione delle prove, assicurando la registrazione audio-video dell'atto. In quest'ultimo caso, all'indagato o imputato deve essere notificata immediatamente, e comunque entro le ventiquattro ore, un'ordinanza della Procura o una dichiarazione scritta del Dipartimento di Investigazione Criminale che giustifichi la restrizione della garanzia difensiva.

e ha consentito di selezionare alcuni casi relativi agli ordini esclusivamente attivi⁷⁰⁰. La Procura di Monza, che, nonostante la vicinanza territoriale, incarna una realtà molto diversa da quella milanese, sta muovendo i primi passi sul terreno dell'ordine d'indagine, ancora poco diffuso, e questa fase di sperimentazione iniziale ha reso ancora più stimolante l'incontro con i pubblici ministeri che hanno assunto le vesti di autorità emittenti.

Un caso in particolare costituisce un perfetto esempio del ruolo di intermediazione ricoperto da Eurojust e, nella prospettiva italiana, dal *desk* nazionale presieduto dal dott. Filippo Spiezia, con il quale l'autorità emittente ha intrattenuto un fitto scambio di comunicazioni via mail. In dettaglio, l'OEI, diretto alla Romania, è stato emesso al fine di ottenere la riesumazione e il trasporto della salma di un cittadino rumeno per svolgere in Italia gli esami autoptici e indagare la causa del decesso. Il soggetto, deceduto in Italia, presumibilmente a causa di un arresto cardiaco⁷⁰¹, e prontamente trasferito in Romania da suoi concittadini per il seppellimento, era ritenuto un testimone chiave del pubblico ministero nel contesto di un procedimento penale già in corso a Monza nei confronti, tra gli altri, di alcuni cittadini rumeni, per reati concernenti lo sfruttamento di lavoratori, anche minorenni. Pertanto, l'emissione dell'ordine era motivata dal nutrito sospetto che tale soggetto non fosse deceduto per cause naturali, come risultava dal referto, bensì che fosse stato vittima di omicidio per avvelenamento *ex artt. 575-576 n. 2) c.p.* L'urgenza che connotava l'attività richiesta era invece dovuta all'evidente pericolo di distruzione della prova conseguente allo stato di decomposizione del corpo del defunto.

La decisione di ricorrere all'OEI è stata peraltro maturata all'esito di un controllo eseguito dall'Interpol che, avvalendosi della collaborazione delle forze dell'ordine rumene, accertava l'avvenuto seppellimento in un cimitero locale.

Nella fase embrionale dell'ordine, il contatto tra le autorità è avvenuto per il tramite del *desk* italiano presso Eurojust, che si è sempre occupato di tradurre in inglese le mail inoltrate dagli uffici della Procura di Monza. Specularmente, l'autorità di esecuzione si è rivolta al proprio *desk* di riferimento, al fine di velocizzare l'attività di

⁷⁰⁰ Si rammenta, infatti, che l'autorità competente a ricevere gli ordini "passivi" è esclusivamente la Procura della Repubblica c.d. distrettuale.

⁷⁰¹ Il personale medico non aveva avvisato l'autorità giudiziaria poiché, trattandosi di paziente positivo al Covid-19 e deceduto in casa, non era stato ritenuto necessario eseguire gli esami tossicologici e il decesso era stato ricondotto a cause naturali.

traduzione e lo scambio di informazioni. Successivamente, il *desk* italiano ha suggerito un dialogo diretto tra le autorità, che sarebbe proseguito mettendo comunque in copia i rispettivi membri di Eurojust. Il coinvolgimento tempestivo dell’Agenzia europea da parte dell’autorità italiana ha sicuramente agevolato il coordinamento delle operazioni e favorito la rapida esecuzione di quanto richiesto nell’ordine.

Per altro verso, la mediazione dell’Agenzia europea ha consentito di chiarire alcuni aspetti che, in assenza di un costante dialogo tra le autorità coinvolte, avrebbero potuto determinare il rifiuto del riconoscimento. Il pubblico ministero, per esemplificare, aveva infatti manifestato nell’ordine l’intento di procedere al “sequestro” della salma.

L’autorità di esecuzione rendeva però noto che l’atto, così descritto, non era disponibile in un caso interno analogo. In risposta a tale obiezione, l’autorità di emissione spiegava che il termine tecnico impiegato (“sequestro”) stava soltanto a significare la messa a disposizione della salma da parte dell’autorità giudiziaria.

Il caso qui descritto offre altresì lo spunto per qualche breve riflessione in ordine al (mancato) rispetto del canone di proporzionalità, sotto il profilo delle spese dell’attività di esecuzione. In effetti, l’autorità rumena faceva notare che il medesimo risultato cui mirava l’autorità italiana si sarebbe potuto realizzare mediante una perizia medico-legale da eseguirsi direttamente in Romania, da ritenersi una modalità meno intrusiva, che avrebbe evitato il trasporto della salma da uno Stato all’altro. La decisione di effettuare l’autopsia in Italia, anziché in Romania, è stata tuttavia motivata dall’autorità emittente facendo leva sulle difficoltà che si sarebbero incontrate in relazione alle notifiche *ex art. 360 c.p.p.*, in caso di accertamenti svolti all’estero. L’autorità rumena replicava che avrebbe acconsentito a quanto richiesto, a condizione che l’intero costo delle operazioni (riesumazione, trasporto della salma in Italia e successivo rientro in Romania per la nuova sepoltura) fosse sostenuto dall’Italia. Il procuratore di Monza rassicurava sul punto, affermando che il costo complessivo sarebbe stato rimborsato dall’Italia come spese del procedimento.

È dunque evidente come le autorità, a seguito di diverse consultazioni mediate da Eurojust, siano giunte a una soluzione di compromesso, non propriamente rispettosa della direttiva sovranazionale: la decisione di far eseguire in patria gli esami autoptici, percepita dall’autorità rumena come sintomatica di una scarsa fiducia nei suoi confronti, è stata in effetti “sanzionata” dal sostenimento integrale delle spese che, ai sensi dell’art.

21 della direttiva, dovrebbero porsi a carico dello Stato di esecuzione, ad eccezione di quelle ritenute straordinariamente elevate. Se è vero che il trasferimento della salma, evitabile eseguendo in alternativa l'autopsia all'estero, implica un costo eccessivo, che è giusto sopporti l'autorità che lo ha voluto, è altrettanto vero che la Romania avrebbe potuto provvedere al pagamento, quantomeno, delle spese connesse alla riesumazione del cadavere, peraltro attuata da personale dipendente di una società locale.

Un altro aspetto, oggetto di nuova consultazione tra le autorità, ha riguardato la richiesta avanzata dalla Romania di autorizzare la partecipazione di alcuni familiari al disseppellimento della presunta vittima di omicidio. Prima di acconsentirvi, l'autorità emittente ha avuto cura di verificare l'identità di tali soggetti, per evitare che le indagini in corso subissero un pregiudizio. La comunicazione relativa alla riesumazione della salma ai parenti indicati dall'autorità rumena ha richiesto, infine, l'emissione di un ulteriore OEI ad integrazione del precedente.

Altri due casi meritano di essere illustrati a testimonianza, da un lato, dell'ampio ventaglio di situazioni in cui può rendersi necessario un ordine d'indagine e, dall'altro, delle accortezze spesso lasciate sullo sfondo a causa dell'efficientismo investigativo.

Si tratta, in particolare, di ordini indirizzati alla Polonia e alla Germania, emessi nell'ambito di procedimenti penali iscritti, rispettivamente, per i delitti di sostituzione di persona e truffa aggravata e per i reati di furto e contraffazione di opere d'arte di cui all'art. 178 d.lgs. 42/2004.

Nel primo caso, la vicenda trae origine dalla querela sporta in data 31/10/2018 da Tizio, amministratore delegato della società Alfa, nei confronti di ignoti, denunciando che la predetta società era stata vittima di una truffa avente ad oggetto la somma di 789.000 euro. Il querelante dichiarava di aver ricevuto il giorno precedente una comunicazione via mail dall'indirizzo di posta elettronica "x", che egli credeva provenisse dal suo superiore, Caio, direttore generale della sede centrale della società, sita in Germania. Nella mail gli veniva richiesto di occuparsi dell'acquisto di un ramo d'azienda estero, specificando di trattare la pratica esclusivamente con l'avvocato Sempronio, che in tale operazione avrebbe rappresentato la società di intermediazione "Beta". In realtà, l'autore di quella che si è poi rivelata essere una truffa si era sostituito alla persona del direttore generale di "Alfa", creando un *account* di posta elettronica falso apparentemente riconducibile a Caio e mettendo Tizio in contatto con il sedicente

avvocato⁷⁰². A seguito della sottoscrizione dell'accordo di riservatezza, le parti concordavano le modalità di pagamento e Sempronio forniva le coordinate bancarie del conto corrente estero sul quale Tizio avrebbe disposto il bonifico, effettuato il giorno immediatamente successivo, per un importo pari a 789.000 euro. In seguito, avendo maturato sospetti circa la genuinità della trattativa appena conclusa, Tizio contattava telefonicamente Caio, scoprendo così di essere stato vittima di truffa.

Ogni tentativo di tracciamento e blocco dell'operazione aveva esito negativo. Da alcuni accertamenti effettuati presso la banca polacca emergeva, infatti, che il denaro risultasse effettivamente transitato sul conto del beneficiario, ma che la somma non fosse più disponibile alla restituzione. Il referente dell'istituto di credito sito a Varsavia rifiutava, tuttavia, di fornire ulteriori informazioni in merito all'identità del beneficiario e alla destinazione finale della somma di denaro.

Il ricorso all'ordine europeo d'indagine, nell'ambito di un procedimento inizialmente a carico di ignoti, si è dunque reso necessario a fronte dell'impossibilità di entrare in possesso della documentazione bancaria e di svolgere attività investigativa informatica. La richiesta di cooperazione veniva qualificata come urgente, compilando l'apposita sezione "B", stante l'elevato rischio che il denaro potesse essere deviato su altri conti (come poi avvenuto), con la conseguenza di precludere definitivamente il recupero della somma, e che, con il trascorrere del tempo, l'identificazione dell'autore del reato divenisse sempre più difficoltosa.

Attraverso l'OEI, il pubblico ministero chiedeva all'autorità polacca di acquisire e trasmettere la documentazione relativa al bonifico bancario in entrata sul conto corrente "xy" aperto presso la banca *omissis* con sede a Varsavia, disposto in data 30/10/2018, di importo pari a 790.000 euro, avente codice iban "xx-yy", intestato a *omissis*; di comunicare le generalità complete degli intestatari del predetto conto e, in caso di persona giuridica, del legale rappresentante e di eventuali altri soggetti delegati a operare sul conto; di fornire le informazioni relative alla movimentazione del denaro

⁷⁰² Dalla nota investigativa redatta dalla polizia giudiziaria si evince che la truffa sia stata realizzata per mezzo dell'inoltro di una mail *spoofing*: si tratta di una tecnica di attacco informatico, che consiste nella creazione di e-mail con indirizzo del mittente contraffatto e che utilizza e-mail *spam* e *phishing* al fine di ingannare il destinatario circa l'origine del messaggio di posta elettronica. Dalla verifica dell'IP ricavato dall'*header* della mail si è potuto accertare che la mail in oggetto provenisse da *server* allocati in Spagna.

ricevuto con il predetto bonifico ed eventuali numeri di conti bancari locali o esteri sui quali fosse stato versato il denaro.

La risposta dell'autorità polacca non tardava a pervenire, senza tuttavia essere formalmente contenuta nell'allegato "B", che nel caso di specie risultava omesso. Ad ogni modo, l'autorità di esecuzione trasmetteva direttamente la documentazione richiesta e ricevuta dalla banca, che consentiva di risalire all'identità dell'intestatario del conto nella persona di "Bruto" e apprendere che il saldo del conto ammontasse a soli 1.497 euro. Si accertava, infatti, che lo stesso giorno in cui era stato ricevuto il bonifico venivano effettuati 16 bonifici indirizzati ad altri conti, ciascuno di importo pari a circa 50.000, con l'obiettivo di prosciugare pressoché interamente il conto corrente.

Dall'attività investigativa svolta dalla polizia giudiziaria italiana emergeva, inoltre, che parte del denaro risultava versato a una società di capitali estera, di cui l'autorità polacca forniva esclusivamente la denominazione sociale, priva di traccia sul *web*.

Concluse le indagini preliminari, il pubblico ministero, che nel frattempo aveva mutato l'iscrizione del procedimento da Mod. 44 a Mod. 21, notificava l'avviso *ex art. 415 bis c.p.p.* secondo le modalità previste dall'art. 169, comma 1, c.p.p. per l'ipotesi di imputato residente o dimorante all'estero. Nonostante la ricezione della raccomandata, "Bruto" non ha mai dichiarato né eletto domicilio e, di conseguenza, le successive notificazioni sono state effettuate presso il difensore designato d'ufficio in Italia.

In questo caso, forse, si sarebbe potuto fare di più, svolgendo indagini maggiormente approfondite e assumendo, quale punto di partenza, il buon esito dell'ordine d'indagine, che ha permesso l'identificazione dell'intestatario del conto corrente sul quale era confluita la somma di denaro oggetto di truffa. Una strada investigativa percorribile avrebbe potuto condurre alla tempestiva emanazione di un altro OEI, collegato al precedente, con cui richiedere all'autorità di Varsavia di sottoporre l'indagato, ormai compiutamente identificato, a interrogatorio, anche al fine di sollecitare la dichiarazione o l'elezione del domicilio per le notifiche relative al procedimento pendente in Italia.

Come si anticipava, il secondo caso selezionato riguardava la commissione dei reati di furto e contraffazione di opere d'arte, quest'ultimo figurante nell'allegato "D" sotto il *nomen* di "traffico illecito di beni culturali, compresi gli oggetti d'antiquariato e opere d'arte", come tale sottratto all'operatività del principio di doppia incriminazione.

Anche tale procedimento prendeva le mosse dalla querela sporta contro ignoti da R.L., curatrice delle opere del defunto artista U.L. e unica titolare del diritto esclusivo di autenticazione delle medesime. In quella sede, la querelante consegnava alle forze dell'ordine due dipinti che recavano la firma apocrifa del pittore, unitamente a una relazione tecnica contenente una dettagliata indicazione dei particolari dai quali era desumibile la falsità delle opere in questione. La donna dichiarava, inoltre, che il dipinto raffigurante tre barche su un prato, le era stato consegnato da tale G.G. proprio al fine di verificare l'autenticità dello stesso. Dopo aver sequestrato le opere contraffatte, la polizia giudiziaria procedeva all'escussione a sommarie informazioni testimoniali di G.G. il quale, richiesto di fornire dettagli circa la provenienza del dipinto, riferiva di esserselo aggiudicato un anno prima partecipando all'asta telematica organizzata dalla casa d'aste tedesca "Delta", esibendo contestualmente copia della fattura di acquisto.

Pertanto, il procuratore di Monza decideva di emettere un ordine d'indagine, diretto alla competente autorità tedesca, allo scopo di acquisire dalla casa d'aste il mandato a vendere relativo al dipinto, di ottenere informazioni in merito a eventuali cessioni da parte del mandatario di altre opere riconducibili all'artista U.L. e di identificarne gli acquirenti. Inoltre, si chiedeva di escutere a sommarie informazioni testimoniali il venditore e rappresentante della casa d'aste sita in Germania, le cui generalità erano già note, al fine di pervenire a una corretta ricostruzione della vicenda di cui il dipinto era protagonista.

A seguito dell'audizione della persona informata sui fatti, eseguita all'estero dall'autorità tedesca, si risaliva alla catena di acquisti dell'opera e all'identificazione dei soggetti resisi responsabili dei reati contestati in Italia.

Gli atti del procedimento venivano poi trasferiti per competenza territoriale alla Procura della Repubblica di Ancona. In ragione dell'impossibilità materiale di accedere agli atti contenuti nel fascicolo trasferito ad altra sede, ad eccezione dell'OEI di cui era stata conservata copia in formato digitale, non si è potuto visionare il verbale contenente le dichiarazioni testimoniali rese all'estero dinnanzi all'autorità di esecuzione.

Il dato certo, e poco rassicurante, è che l'autorità emittente, oltre a non fornire un elenco specifico delle domande da rivolgere al potenziale teste, ha completamente lasciato in bianco la sezione "P" dell'allegato "A", senza pretendere l'osservanza di alcuna garanzia di cui la *lex fori* presidia l'audizione testimoniale (anche) in fase di

indagini preliminari: si fa riferimento, in particolare, agli artt. 63, 197, 197 *bis*, 198 e 199 c.p.p., nonché alle norme relative al segreto (artt. 200 e ss.), puntualmente richiamate dagli artt. 351 e 362 c.p.p. che, si ritiene, avrebbero dovuto essere, se non riportate nel loro testo integrale, sintetizzate nel loro contenuto essenziale, in modo da renderne edotta l'autorità estera.

Come evidenziato da Eurojust nel *report* sull'OEI del 2020, la totale omissione della sezione "I" è da considerarsi una cattiva prassi, essendo contraria allo spirito della direttiva europea, che sposta l'attenzione dalla *lex loci* alla *lex fori*, con importanti ricadute sul piano dell'utilizzabilità in processo delle prove così ottenute.

In definitiva, la mancata indicazione delle «formalità e procedure» di cui pretendere il rispetto da parte dell'autorità di esecuzione non sembra invero rivelare un atteggiamento orientato alla fiducia incondizionata nell'ordinamento processuale altrui, di cui si conosce poco o nulla. Al contrario, pare piuttosto espressione della superficialità con cui spesso le incalzanti esigenze connesse all'accertamento dei fatti di reato costringono ad approcciarsi alla compilazione dell'ordine investigativo, facendo dimenticare il vizio di inutilizzabilità cui va incontro la prova illegittima, anche se acquisita oltre i confini nazionali.

4. Rilievi conclusivi: quale futuro per l'OEI?

La casistica selezionata, unitamente alla relazione di Eurojust e agli approdi giurisprudenziali esaminati nei precedenti capitoli, consente di formulare conclusioni di ampio respiro sulla tenuta dell'ordine europeo d'indagine.

La prassi applicativa e giurisprudenziale ha infatti rivelato le difficoltà a muoversi in un contesto – quello specifico della circolazione della prova nello spazio euro-unitario – caratterizzato dall'assenza di una normativa comune a tutti gli Stati membri.

La direttiva sull'OEI, lo si è detto più volte, assume proprio come punto di partenza il *deficit* di armonizzazione in astratto, tentando di compensarlo attraverso la creazione di alcuni meccanismi sofisticati, capaci di favorire l'avvicinamento in concreto delle legislazioni processuali nazionali.

Guidata da tale intento, la normativa sovranazionale punta tutto sui principi generali che, grazie alla loro elasticità, si calano nella fattispecie concreta adattandosi

alle peculiarità del caso: principi che, grazie alla loro flessibilità, si prestano a essere maneggiati e riutilizzati in casi tra loro affini, favorendo il formarsi di un precedente sul panorama europeo, complice l'opera unificatrice della Corte di Giustizia.

Avvalendosi, in particolare, del canone di proporzionalità e degli altri strumenti ad esso connessi, offerti dalla direttiva del 2014, le autorità giudiziarie di ogni Stato membro e, ancor prima, il giudice dell'Unione, dovrebbero essere in grado di pervenire a decisioni calibrate sulle specificità del caso concreto, che siano il frutto di un bilanciamento ragionevole, accompagnato da un supporto motivazionale adeguato, tra esigenze *lato sensu* investigative e garanzie fondamentali della persona.

Se, dunque, si fanno apprezzare gli sforzi compiuti dalla direttiva e, di riflesso, dal decreto attuativo nella direzione di colmare il varco aperto dalla mancanza di una normativa europea unitaria in tema di prove e di considerare, per la prima volta, i diritti delle persone coinvolte nelle procedure di cooperazione, pare tuttavia che la realtà operativa dell'ordine d'indagine non li abbia pienamente colti.

È forse ancora troppo presto per tirare le somme, ma i risultati sin qui ottenuti non sono dei più confortanti. A cominciare dalla prima pronuncia resa dalla Corte di Lussemburgo, dalla quale sembra emergere che «il fine» di accertamento dei fatti e di esercizio dell'azione penale, necessitante della raccolta della prova allocata all'estero e dunque dell'altrui cooperazione giudiziaria, «giustifici i mezzi», ossia la violazione dei diritti fondamentali della persona, *in primis* quello di difesa. Una conclusione che, lo si ricorda, si colloca agli antipodi di quanto prospettato dall'Avvocato Generale il quale, nel caso in esame che coinvolgeva la Bulgaria, aveva proposto l'estromissione dello Stato dal circuito della cooperazione giudiziaria probatoria, proprio a causa della carente protezione dei diritti fondamentali offerta dalla normativa nazionale di riferimento.

Sull'orizzonte italiano non sono del resto meno deludenti gli scivoloni presi da pubblici ministeri e giudici di merito che, volutamente o per incuranza, si sono mostrati poco attenti nei confronti delle accortezze predisposte, in modo chiaro, dalla disciplina sull'ordine d'indagine, con gravi ripercussioni sul terreno dei diritti della difesa. Se, in un primo momento, tali distorsioni sono state puntualmente corrette dalla giurisprudenza di legittimità, incontrando l'entusiasmo degli studiosi della materia, così non è stato per la più recente pronuncia resa sul tema che, poggiando su argomentazioni

fallaci e giungendo a conclusioni arbitrarie, pare riconducibile a una logica puramente efficientista.

Che cosa si può ricavare, invece, dal *report* di Eurojust e dai casi poc'anzi illustrati? Sicuramente vi sono ancora tante incertezze da parte delle autorità che hanno iniziato a muovere i primi passi nel solco tracciato dalla direttiva, specialmente in tema di intercettazioni, a causa della complessità tecnica della materia e, ancora una volta, delle significative divergenze normative. Emerge, poi, un elemento contraddittorio: a comportamenti di eccessiva premura e persino di chiusura, sintomatici di una scarsa fiducia nei confronti dell'interlocutore estero e delle regole probatorie dettate dal sistema processuale di appartenenza, si alternano atteggiamenti lascivi, interessati esclusivamente a ottenere il risultato avuto di mira, senza troppo curarsi delle modalità impiegate per conseguirlo. I primi, tendenti a imporre la *lex fori* o addirittura a ostacolare la cooperazione, contrastano con la logica del mutuo riconoscimento, che si erge sulla reciproca fiducia tra gli Stati appartenenti all'Unione. I secondi, al contrario, sono espressione del principio del mutuo riconoscimento portato all'estremo della sua essenza che, sollecitato dalla "fretta" investigativa, si affida totalmente alla *lex loci*.

Questi ultimi sarebbero giustificati, e probabilmente incentivati, in un contesto che dia spazio all'unificazione delle normative interne in materia probatoria, governato, cioè, dal mutuo riconoscimento inteso in senso "pieno". Diversamente, nella cornice in cui si è inserito l'OEI possono diventare controproducenti: l'efficienza che spinge ad accettare, senza compromessi, il *quomodo* impiegato all'estero può infatti risultare frustrata dall'impossibilità di utilizzare nel processo la prova raccolta attraverso modalità non rispettose del nucleo essenziale delle garanzie proprie della *lex fori*. Ed è questo il motivo principale per cui la disciplina sull'OEI dà attuazione al mutuo riconoscimento "temperato", non pieno, allo scopo di favorire l'incontro delle volontà delle autorità provenienti da sistemi processuali che presentano profili di divergenza in astratto insuperabili e, conseguentemente, consentire loro l'acquisizione di materiale probatorio effettivamente spendibile nel processo instaurato in patria.

Ecco che, allora, sarebbe più confacente allo spirito della direttiva un atteggiamento che si collochi a metà strada. Un atteggiamento che deve però essere comune a tutte le autorità coinvolte in una procedura di emissione e di esecuzione dell'ordine investigativo: nello specifico, l'autorità di emissione dovrebbe sempre

pretendere l'osservanza quantomeno delle garanzie procedurali la cui violazione è presidiata da apposita sanzione nell'ordinamento nazionale, compilando accuratamente l'ordine d'indagine da inoltrare all'estero. Spetterebbe poi all'autorità destinataria, guidata dal principio di proporzionalità, valutare se sia possibile attenersi alle indicazioni ricevute, tenendo bene a mente che la sostituzione della *lex fori* con la *lex loci*, così come il rifiuto di riconoscere o eseguire l'ordine, si giustifica soltanto alla luce della comprovata esigenza di salvaguardare i principi fondamentali del diritto dello Stato di esecuzione.

Occorre poi considerare anche la situazione inversa: al cospetto dell'accertata inosservanza della proporzionalità o dei diritti fondamentali da parte dell'autorità di emissione, non vi è altra via se non quella di impedire il riconoscimento o l'esecuzione dell'ordine. In casi simili, l'autorità ricevente non dovrebbe esitare a opporre il proprio diniego, superando il timore di alterare l'equilibrio dei rapporti con lo Stato estero di emissione e di andare incontro, a sua volta, al rigetto di un'eventuale e futura richiesta di collaborazione a parti "invertite". In altri termini, occorre arginare quelle prassi rispondenti alla logica utilitaristica del *do ut des*, pronte ad assecondare le altrui pretese, restando insensibili ai risvolti negativi che possono derivarne sul piano delle garanzie difensive.

Sulla base di tali osservazioni, e a fronte dell'inevitabile intensificazione della cooperazione giudiziaria penale tra gli Stati dell'Unione conseguente all'espansione territoriale e alla digitalizzazione del crimine, le autorità nazionali devono impegnarsi affinché l'attività di ricerca e acquisizione della prova oltre i confini nazionali non appaia unicamente scandita dai ritmi dell'efficienza investigativa, ma sia altresì cullata dall'osservanza dei diritti fondamentali inerenti alle persona, primo fra tutti quello di difesa. Un simile sforzo presuppone la valorizzazione e il giusto dosaggio degli ingredienti di cui si nutre la direttiva sull'OEI: la verifica sull'effettivo rispetto della proporzionalità, condotta in prima battuta dall'autorità di emissione e successivamente da quella di esecuzione; il dialogo, diretto e costante, tra le autorità, eventualmente mediato dall'intervento di Eurojust, che può condurre al compimento di un atto diverso e meno intrusivo di quello originariamente richiesto, in ossequio al principio di proporzionalità; il ricorso al motivo di rifiuto relativo alla violazione dei diritti fondamentali, da considerarsi quale ultima risorsa, nel caso in cui le consultazioni non

abbiano avuto esito positivo. Tutti accorgimenti che, se impiegati consapevolmente, consentono di rimediare all'assenza di armonizzazione astratta, coniugando in concreto efficienza e garanzie.

In conclusione, il cammino dell'ordine d'indagine penale, strumento neonato, ma già penetrato a fondo del tessuto della cooperazione giudiziaria europea e ritenuto ormai imprescindibile, si prospetta in salita. L'auspicio è che la prassi giurisprudenziale e applicativa faccia buon uso degli strumenti offerti dal legislatore sovranazionale, al fine di conferire alle garanzie della difesa lo stesso peso dei risultati delle indagini.

Il primo grande passo da compiere è dunque la diffusione, nel terreno fertile della cultura giuridica e del diritto vivente, dell'idea, ben radicata, che i diritti fondamentali non possano essere ingiustamente sacrificati sull'altare dell'efficientismo investigativo e che «efficienza e garanzie» formano, in definitiva, un connubio inseparabile⁷⁰³: l'una non può esistere senza l'altra⁷⁰⁴.

Soltanto così l'ordine europeo d'indagine può superare il banco di prova.

⁷⁰³ «L'efficienza è nulla, senza garanzie». Così E. LORENZETTO, *L'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 1313.

⁷⁰⁴ È peraltro su questa linea che si muove la riforma del processo penale e del sistema sanzionatorio contenuta nella l. 27 settembre 2021, n. 134, in *G.U.*, 4 ottobre 2021, n. 237, ponendo in stretto rapporto l'obiettivo intermedio di aumentare e migliorare l'efficienza del processo con quello finale di garantire la durata ragionevole dello stesso. Per ciò che attiene, in particolare, alle modifiche che interessano la fase delle indagini preliminari, si segnalano due interventi che mettono bene in evidenza tale rapporto di interdipendenza: l'introduzione di un controllo giurisdizionale sulla legittimità del decreto di perquisizione, non seguita da sequestro, sollecitabile mediante opposizione da proporre al giudice per le indagini preliminari, e l'elaborazione di una più rigida regola di giudizio che deve presiedere la richiesta di archiviazione, fondata sull'assenza di una ragionevole previsione di condanna sulla base degli elementi sino a quel momento acquisiti. Per una sintesi delle novità apportate dalla riforma in oggetto v. G. L. GATTA, *Riforma della giustizia penale: contesto, obiettivi e linee di fondo della 'legge Cartabia'*, in *Sist. pen.*, 15 ottobre 2021.

BIBLIOGRAFIA

AA. VV., *Investigazioni e prove transazionali*, Atti del XXX Convegno Nazionale dell'Associazione tra gli studiosi del processo penale, Roma, 20-21 ottobre 2016, Milano, Giuffrè, 2017

ADAM R. - TIZZANO A., *Manuale di diritto dell'Unione europea*, Torino, Giappichelli, 2020

ADAM R. - TIZZANO A., *Lineamenti di diritto dell'Unione europea*, Torino, Giappichelli, 2019

ALBANESE D., *La Cassazione ritorna sui limiti all'utilizzabilità degli esiti delle intercettazioni nell'ambito del "medesimo procedimento": una parola definitiva, ma non per il futuro*, in *Sist. pen.*, 27 gennaio 2021

ALBANESE D., *Sull'utilizzabilità dei risultati delle intercettazioni nell'ambito del "medesimo procedimento": il Tribunale di Milano prende le distanze dalle Sezioni unite "Cavallo"*, in *Sist. pen.*, 1° dicembre 2020

ALBANO F., *Sui limiti territoriali delle indagini difensive: note a margine di una discutibile pronuncia*, in *Cass. pen.*, 2008, n. 12, p. 4708 ss.

ALLEGREZZA S., *Critical remarks on the Green Paper on obtaining evidence in criminal matters from one member state to another and securing its admissibility*, in *ZIS online*, 2010, n. 9, p. 569 ss.

ALLEGREZZA S., *L'armonizzazione della prova penale alla luce del Trattato di Lisbona*, in *Cass. pen.*, 2008, n. 10, p. 3882 ss.

AMALFITANO C. - CONDINANZI M., *Unione europea: fonti, adattamento e rapporti fra ordinamenti*, Torino, Giappichelli, 2015

AMALFITANO C., *Sub art. 82 TFUE*, in A. Tizzano (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, Torino, Giappichelli, 2014, p. 866 ss.

AMALFITANO C., *Mandato d'arresto europeo: reciproco riconoscimento vs diritti fondamentali?*, in *Dir. pen. cont.*, 4 luglio 2013

AMODIO E., *Diritto di difesa e diritto alla prova nello spazio giuridico europeo*, in *Foro ambrosiano*, 2001, n. 4, p. 549 ss.

ANGELONI C., *L'inammissibilità delle investigazioni difensive all'estero: una ricostruzione plausibile?*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2008, n. 3, p. 1384 ss.

APRILE E. - SPIEZIA F., *Cooperazione giudiziaria nell'Unione europea prima e dopo il Tratto di Lisbona*, Milano, Ipsoa, 2009

BALSAMO A., *Intercettazioni ambientali mobili e cooperazione giudiziaria internazionale: le indicazioni desumibili dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in *Cass. pen.*, 2016, n. 11, p. 4236 ss.

BALSAMO A., *Verso un modello di prova dichiarativa europea: il nesso tra acquisizione e impiego della prova*, in M. R. Marchetti (a cura di), *I nuovi orizzonti della giustizia penale europea*, Milano, Giuffrè, 2015.

BARGIS M., *Nel caso di mandato di arresto emesso dall'autorità giudiziaria del Regno Unito, la Corte di cassazione applica l'Accordo sugli scambi commerciali e la cooperazione tra l'Unione europea e il Regno Unito, integrato da talune disposizioni della l. 22 aprile 2005, n. 69, in quanto compatibili*, in *Sist. pen.*, 5 ottobre 2021

BARGIS M., *Meglio tardi che mai. Il nuovo volto del recepimento della decisione quadro relativa al m.a.e. nel d.lgs. 2 febbraio 2020, n. 10: una prima lettura*, in *Sist. pen.*, 16 marzo 2021

BARGIS M., *La cooperazione giudiziaria in materia penale alla prova dell'emergenza da Covid-19*, in *Sist. pen.*, 24 giugno 2020

BARGIS M., *Mandato di arresto europeo e diritti fondamentali: recenti itinerari "virtuosi" della Corte di giustizia tra compromessi e nodi irrisolti*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2017, n. 2, p. 178 ss.

BARGIS M., *Il diritto alla "dual defence" nel procedimento di esecuzione del mandato di arresto europeo: dalla direttiva 2013/48/UE alla direttiva 2016/1919/UE*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2016, n. 3, p. 42 ss.

BARGIS M., *La cooperazione giudiziaria nell'Unione europea tra mutuo riconoscimento e armonizzazione: analisi e prospettive*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2012, n. 4, p. 914 ss.

BARGIS M. - SELVAGGI E. (a cura di), *Mandato d'arresto europeo. Dall'estradizione alle procedure di consegna*, Torino, Giappichelli, 2005

BARROCU G., *La procura europea. Dalla legislazione sovranazionale al coordinamento interno*, Padova, Cedam, 2021

BARROCU G., *Le speciali tecniche di investigazione nel contesto europeo*, in *Cass. pen.*, 2020, n. 3, p. 1325 ss.

BARROCU G., *Sub art. 696 c.p.p.*, in G. Illuminati - L. Giuliani (a cura di), *Commentario breve al codice di procedura penale*, Wolters Kluwer Cedam, III ed., 2020

BARROCU G., *La cooperazione investigativa in ambito europeo. Da Eurojust all'ordine di indagine*, Padova, Wolters Kluwer Cedam, 2017

BARTOLE S., *La Corte Europea di Giustizia fra Taricco e Aranyosi*, in *Giur. cost.*, 2016, n. 4, p. 1562 ss.

BELFIORE R., *Immediatezza e prova transnazionale*, in *Cass. pen.*, 2021, n. 6, p. 2186 ss.

BELFIORE R., *L'adeguamento della normativa nazionale al Regolamento sulla Procura europea: il punto della situazione*, in *Sist. pen.*, 30 luglio 2020

BELFIORE R., *Su alcuni aspetti del decreto di attuazione dell'ordine europeo di indagine di indagine penale*, in *Cass. pen.*, 2018, n. 1, p. 400 ss.

BELFIORE R., *Riflessioni a margine della direttiva sull'ordine europeo di indagine penale*, in *Cass. pen.*, 2015, n. 9, p. 3282 ss.

BELFIORE R., *The European Investigation Order in criminal matters: developments in evidence gathering across the EU*, in *European Criminal Law Review*, 2015, p. 312 ss.

BELFIORE R., *La prova penale "raccolta" all'estero*, Roma, Aracne, 2014

BELFIORE R., *Il mandato europeo di ricerca delle prove e l'assistenza giudiziaria nell'Unione europea*, in *Cass. pen.*, 2008, n. 10, p. 3894 ss.

BELLUTA H., *Eppur si muove: la tutela delle vittime particolarmente vulnerabili nel processo penale italiano*, in L. Luparia (a cura di), *Lo statuto europeo delle vittime di reato*, Padova, Cedam, 2015, p. 257 ss.

BELLUTA H., *Le Sezioni Unite impongono rigore per la lettura in dibattimento di dichiarazioni rese da persone residenti all'estero*, in *Dir. pen. cont.*, 20 luglio 2011.

BELLUTA H., *Corte europea e diritto di difesa: un "caso italiano" e un (mai troppo tardivo) invito al ripensamento sull'acquisizione di prove assunte all'estero*, in *Leg. pen.*, 2000, p. 617 ss.

BENE T. - LUPARIA L. - MARAFIOTI L. (a cura di), *L'ordine europeo di indagine penale. Criticità e prospettive*, Torino, Giappichelli, 2016

BERNARDI A., *Note telegrafiche su genesi, evoluzione e prospettive future della procura europea*, in *Sist. pen. - Riv. trim.*, 2021, n. 11, p. 23 ss.

BOLOGNARI M., *Ordine europeo di indagine penale ed esame a distanza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, n. 4/5, p. 1100 ss.

BONTEMPELLI M., *Emergenza Covid-19 e ragionevole durata del processo penale*, in *Sist. pen.*, 13 gennaio 2021

BONTEMPELLI M., *Il captatore informatico in attesa della riforma*, in *Dir. pen. cont.*, 20 dicembre 2018

BONTEMPELLI M., *Le garanzie processuali e il diritto dell'Unione Europea, fra legge e giudice*, in *Proc. pen. giust.*, 2014, n. 3, p. 82 ss.

BORGIA G., *Mandato d'arresto europeo e ordine europeo di indagine penale a confronto: così simili (?), eppure così diversi*, in *Arch. pen.*, 2021, n. 1, p. 1 ss.

BORGIA G., *La prima volta dell'ordine europeo di indagine penale dinanzi alla Corte di giustizia UE: strumento nuovo, approccio di sempre*, in *Arch. pen.*, 2020, n. 1, p. 1 ss.

BORGIA G., *Riconoscimento dell'ordine di sequestro probatorio e prerogative difensive*, in *Giur. it.*, 2019, n. 11, p. 2532 ss.

BUZZELLI S., *Rapporti giurisdizionali con autorità straniera*, in G. Ubertis (a cura di), *Sistema di procedura penale*, Milano, Giuffrè, 2020, p. 907 ss.

CAIANIELLO M., *L'attuazione della direttiva sull'ordine europeo di indagine penale e le sue ricadute nel campo del diritto probatorio*, in *Cass. pen.*, 2018, n. 1, p. 2197 ss.

CAIANIELLO M., *Dal terzo pilastro ai nuovi strumenti: diritti fondamentali, "Road Map" e l'impatto delle nuove direttive*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2015, n. 4, p. 70 ss.

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, n. 3, p. 6 ss.

CAIANIELLO M., *Il principio di proporzionalità nel procedimento penale*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2014, n. 3/4, p. 143 ss.

CAIANIELLO M., *To sanction (or not to sanction) procedural Flaws at EU level? A step forward in the creation of an EU criminal process*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2014, p. 317 ss.

CALAVITA O., *Ordine europeo di indagine e rimedi interni: riflessioni sulle prime applicazioni giurisprudenziali*, in *LP online*, 30 settembre 2021

CAMALDO L., *Le innovazioni previste dalla legge anticorruzione in tema di intercettazioni con captatore informatico*, in *Dir. pen. cont.*, 24 settembre 2019

CAMALDO L., *La metamorfosi di Eurojust in Agenzia dell'Unione europea per la cooperazione giudiziaria penale*, in *Cass. pen.*, 2019, n. 7, p. 2708 ss.

CAMALDO L. (a cura di), *Mandato d'arresto europeo e investigazioni difensive all'estero*, Milano, Giuffrè, 2018

CAMALDO L., *L'ordine di protezione europeo e la tutela delle vittime di reato oltre i confini nazionali*, in F. Ruggieri (a cura di), *Processo penale e regole europee: atti, diritti, soggetti e decisioni*, vol. I, Torino, Giappichelli, 2017, p. 69 ss.

CAMALDO L., *La normativa di attuazione dell'ordine europeo di indagine: le modalità operative del nuovo strumento di acquisizione della prova all'estero*, in *Cass. pen.*, 2017, n. 11, p. 4196 ss.

CAMALDO L., *L'attuazione della convenzione di Bruxelles del 2000: l'assistenza giudiziaria in materia penale assume una configurazione "a geografia variabile"*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2017, n. 7/8, p. 202 ss.

CAMALDO L., *Presunzione di innocenza e diritto di partecipare al giudizio: due garanzie fondamentali del giusto processo in un'unica Direttiva dell'Unione europea*, in *Dir. pen. cont.*, 23 marzo 2016

CAMALDO L. - MANFREDINI F., *La cooperazione giudiziaria nell'era delle minacce globali e la riforma del libro XI del codice di procedura penale*, in *Cass. pen.* 2016, n. 7/8, p. 3043 ss.

CAMALDO L., *La nuova fisionomia della Procura europea all'esito del semestre di presidenza italiana del Consiglio europeo*, in *Cass. pen.*, 2015, n. 2, p. 804 ss.

CAMALDO L. (a cura di), *L'istituzione della Procura europea e la tutela penale degli interessi finanziari dell'Unione europea*, Torino, Giappichelli, 2014

CAMALDO L. - CERQUA F., *La direttiva sull'ordine europeo di indagine penale: le nuove prospettive per la libera circolazione delle prove*, in *Cass. pen.*, 2014, n. 10, p. 3511 ss.

CAMALDO L., *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

CAMALDO L., *The European Investigation Order*, in F. Ruggieri (a cura di), *Criminal Proceedings, Languages and the European Union: Linguistic and Legal Issues*, Berlin, Springer, 2013, p. 203 ss.

CAMALDO L., *Il pubblico ministero europeo dal Corpus iuris al trattato di Lisbona: un "fantasma" si aggira nell'Unione europea*, in P. Corso - E. Zanetti (a cura di), *Studi in onore di Mario Pisani*, vol. II, Piacenza, La Tribuna, 2010, p. 69 ss.

CAMPILONGO V., *La circolazione della prova nel contesto europeo, tra mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie ed armonizzazione normativa*, in *Cass. pen.*, 2014, n. 2, p. 707 ss.

CANCELLARO F., *La Corte di Giustizia si pronuncia sul rapporto tra mandato d'arresto europeo e condizioni di detenzione nello Stato emittente*, in *Dir. pen. cont.*, 18 aprile 2016

CENTAMORE G., *Il diritto al difensore nei procedimenti di esecuzione del mandato di arresto europeo nella direttiva 2013/48/UE: osservazioni generali e aspetti problematici*, in *Dir. pen. cont.*, 14 gennaio 2016

CERESA GASTALDO M., LONATI S. (a cura di), *Profili di procedura penale europea*, Milano, Giuffrè, 2021

CHIAVARIO M. (a cura di), *Diritto processuale penale*, Wolters Kluwer Utet, 2019

CHIAVARIO M., *Manuale dell'extradizione e del mandato d'arresto europeo*, Torino, Utet, 2013

CHIAVARIO M. (diretto da), *Il mandato di arresto europeo: commento alla legge 22 aprile 2005 n. 69*, Torino, Utet, 2006

CIAMPI A., *L'assunzione di prove all'estero in materia penale*, Padova, Cedam, 2003

CISTERNA A., *Un passo importante per omologare le investigazioni Ue*, in *Guida dir.*, 2017, n. 40, p. 37 ss.

CISTERNA A., *Una serie di regole che perfeziona gli atti di indagine*, in *Guida dir.*, 2017, n. 40, p. 37 ss.

CIVELLO CONIGLIARO S. - LO FORTE S., *Cooperazione giudiziaria in materia penale e tutela dei diritti fondamentali nell'Unione Europea*, in *Dir. pen. cont.*, 3 giugno 2013

CONDINANZI M., *Fonti del «Terzo Pilastro» dell'Unione europea e ruolo della Corte costituzionale*, in *Dir. Un. Eur.*, 2007, n. 3, p. 513 ss.

COTTU E., *Il Consiglio europeo adotta i nuovi orientamenti strategici per lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia per il quinquennio 2015-2020*, in *Dir. pen. cont.*, 22 luglio 2014

CUPELLI C., *La Corte costituzionale chiude il caso Taricco e apre a un diritto penale europeo 'certo'*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2018, n. 6, p. 227 ss.

CURTOTTI NAPPI D., *I nuovi orizzonti investigativi del difensore: le informazioni assunte all'estero*, in *Giur. it.*, 2008, n. 4, p. 990 ss

DANIELE M., *Opposizione al riconoscimento dell'ordine europeo di sequestro e decisione de plano: una nullità assoluta*, in *Sist. pen.*, 18 febbraio 2020

DANIELE M., *Il riconoscimento "di fatto" dell'ordine europeo di indagine: un'altra censura della Cassazione*, in *Dir. pen. cont.*, 16 aprile 2019

DANIELE M., *Ordine europeo di indagine e ritardata comunicazione alla difesa del decreto di riconoscimento: una censura della Cassazione*, in *Dir. pen. cont.*, 11 marzo 2019

DANIELE M. - KOSTORIS R. E. (a cura di), *L'ordine europeo di indagine penale. Il nuovo volto della raccolta transnazionale delle prove nel d.lgs. n. 108 del 2017*, Torino, Giappichelli, 2018

DANIELE M., *L'ordine europeo di indagine penale entra a pieno regime. Prime riflessioni sul d.lgs. n. 108 del 2017*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2017, n. 7/8, p. 208 ss.

DANIELE M., *La triangolazione delle garanzie processuali fra diritto dell'Unione europea, Cedu e sistemi nazionali*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2016, n. 4., p. 1 ss.

DANIELE M., *L'impatto dell'ordine europeo di indagine penale sulle regole probatorie nazionali*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2016, n. 3, p. 63 ss.

DANIELE M., *La metamorfosi del diritto delle prove nella direttiva sull'ordine europeo di indagine penale*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2015, n. 4, p. 86 ss.

DANIELE M., *Testimony through a live link in the perspective of the right to confront witnesses*, in *Criminal Law Review*, 2014, p. 189 ss.

DARAIIO G., *La circolazione della prova nello spazio giudiziario europeo*, in L. Kalb (a cura di), *"Spazio europeo di giustizia" e procedimento penale italiano*, Torino, Giappichelli, 2012, p. 503 ss.

DE AMICIS G., *Stato di diritto, garanzie europee di indipendenza della magistratura e cooperazione giudiziaria penale: quadri di un'esposizione in fieri*, in *Sist. pen.*, 13 dicembre 2021, p. 1 ss.

DE AMICIS G., *Lineamenti della riforma del libro XI del codice di procedura penale*, in *Dir. pen. cont.*, 19 aprile 2019

DE AMICIS G., *Dalle rogatorie all'ordine europeo di indagine: verso un nuovo diritto della cooperazione giudiziaria penale*, in *Cass. pen.*, 2018, n. 1, p. 22 ss.

DE AMICIS G., *All'incrocio tra diritti fondamentali, mandato d'arresto europeo e decisioni contumaciali: la Corte di Giustizia e il "caso Melloni"*, in *Dir. pen. cont.*, 7 giugno 2013

DE AMICIS G., *Limiti e prospettive del mandato europeo di ricerca della prova*, in G. Grasso - L. Picotti - R. Sicurella (a cura di), *L'evoluzione del diritto penale nei settori di interesse europeo alla luce del Tratto di Lisbona*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 10 ss.

DE AMICIS G., *L'ordine europeo di indagine penale*, in www.europeanrights.eu, 15 luglio 2010, p. 1 ss.

DE AMICIS G., *Il "rafforzamento" di Eurojust nella prospettiva del pubblico ministero europeo: finis an transitus?*, in P. Corso - E. Zanetti (a cura di) *Studi in onore di Mario Pisani*, vol. II, Piacenza, La Tribuna, 2010, p. 111 ss.

DE AMICIS G., *Il mandato europeo di ricerca della prova: un'introduzione*, in *Cass. pen.*, 2008, n. 7/8, p. 3033 ss.

DE AMICIS G. - IUZZOLINO G., *Guida al mandato d'arresto Europeo*, Milano, Giuffrè, 2008

DE AMICIS G., *L'attuazione di Eurojust nell'ordinamento italiano*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 1439 ss.

DE AMICIS G., *Problemi e prospettive della cooperazione giudiziaria penale in ambito europeo: forme e modelli di collaborazione alla luce del Titolo VI del Trattato di Amsterdam*, in *Giur. mer.*, 2002, p. 290 ss.

DE AMICIS G., *Eurojust: tempi rapidi e accordo sicuro su obiettivi e competenze*, in *Dir. e giust.*, 2001 n. 37, p. 58 ss.

DE AMICIS G., *Eurojust: le indicazioni del ministero per rendere effettivo il coordinamento*, in *Dir. e giust.*, 2001 n. 24, p. 54 ss.

DE AMICIS G., *La costruzione di Eurojust nell'ambito del "terzo pilastro" dell'Unione europea*, in *Cass. pen.*, 2001, n. 6, p. 1964 ss.

DE AMICIS G. - CALVANESE E., *Appunti sulla nuova convenzione di assistenza giudiziaria penale tra gli Stati membri dell'Unione europea*, in *Giur. mer.*, 2000, n. 32, p. 1052 ss.

DE LEO F., *Da eurojust al pubblico ministero europeo*, in *Cass. pen.*, 2003, n. 4, p. 1432 ss.

DE LEO F., *Quale legge per Eurojust?*, in *Quest. giust.*, 2003, n. 1, p. 197 ss.

DE LUCA C., *La prima pronuncia della Corte di giustizia sull'ordine europeo di indagine penale: un approccio formale diretto a favorire l'efficacia della cooperazione giudiziaria*, in *Cass. pen.*, 2020, n. 10, p. 3854 ss.

DE LUCA C., *Il restyling della cooperazione giudiziaria penale: nuovi istituti e vecchi problemi*, in *Cass. pen.*, 2019, n. 11, p. 4110 ss.

DEL COCO R., *Ordine europeo di indagine e poteri sanzionatori del giudice*, in *Dir. pen. cont.*, 21 dicembre 2015

DEL VECCHIO F., *La nuova fisionomia della vittima del reato dopo l'adeguamento dell'Italia alla direttiva 2012/29/UE*, in *Dir. pen. cont.*, 11 aprile 2016

DELLA MONICA G., *Il mandato di arresto europeo*, Torino, Giappichelli, 2012

DI DOMENICO A., *La Cassazione sulle intercettazioni mediante trojan disposte dal pubblico ministero: la convalida preclude ogni discussione sul requisito dell'urgenza*, in *Sist. pen.*, 18 marzo 2021

DI PAOLO G., *La riforma della disciplina codicistica delle rogatorie internazionali*, in *Cass. pen.*, 2018, n. 10, p. 3425 ss.

DI PAOLO G., *Lo spazio di libertà, Sicurezza e Giustizia dell'UE: recenti novità sul fronte domestico a livello europeo*, in *Cass. pen.*, 2016, n. 7/8, p. 3018 ss.

DI PIETRO A. - CAIANIELLO M. (a cura di), *Indagini penali e amministrative in materia di frodi IVA e di imposte doganali. L'impatto dell'European Investigation Order sulla cooperazione transnazionale*, Bari, Cacucci, 2016

DIDDI A., *Il regime delle intercettazioni telefoniche per "instradamento"*, in *Giust. pen.*, 2001, n. 2, p. 120 ss.

DIOTALLEVI G., *Sub art. 696 c.p.p.*, in P. Bronzo (coordinato da), *Codice di procedura penale, Volume IX. Esecuzione, Rapporti giurisdizionali con autorità straniere*, Milano, Giuffrè, 2017, p. 472;

ERMANNANO C., *Il valore di precedente delle sentenze della Corte di giustizia*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2009, vol. I, p. 4 ss.

FABBRICATORE A., *Effetti della ritardata comunicazione del decreto di riconoscimento dell'OIE*, in *Giur. it.*, 2021, n. 6, p. 1474 ss.

FABBRICATORE A., *L'opposizione al riconoscimento dell'ordine europeo di sequestro probatorio*, in *Dir. pen. e proc.*, 2020, n. 6, p. 798 ss.

FALATO F. (a cura di), *Appunti di cooperazione giudiziaria penale*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2019

FALATO F., *La proporzione innova il tradizionale approccio al tema della prova: luci e ombre della nuova cultura probatoria promossa dall'ordine europeo di indagine penale*, in *Arch. pen.*, 2018, n. 1, p. 1 ss.

FERRANDO G., *La Cassazione torna sulle garanzie difensive a seguito di decreto di riconoscimento di un ordine europeo d'indagine*, in *Ilpenalista.it*, 24 febbraio 2020

FIORELLI G., *Dimensione transfrontaliera della giustizia penale: l'ordine investigativo europeo*, in R. Del Coco - E. Pistoia (a cura di), *Stranieri e giustizia penale*, Bari, Cacucci, 2014, p. 87 ss.

FIORELLI G., *Nuovi orizzonti investigativi: l'ordine europeo di indagine penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, n. 6, p. 705 ss.

FOTI A., *La tardiva comunicazione al difensore del decreto di riconoscimento da parte del PM integra una violazione del diritto di difesa?*, *Dir. giust.*, 2019, n. 39, p. 10 ss.

GAITO A. (a cura di), *I principi europei del processo penale*, Roma, Dike, 2016

GALANTINI N., *Alla ricerca della 'inutilizzabilità derivata'*, in *Sist. pen. - Riv. trim.*, 2021, n. 3, p. 151 ss.

GALANTINI N., *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, Padova, Cedam, 1992

GATTA G. L., *Riforma della giustizia penale: contesto, obiettivi e linee di fondo della 'legge Cartabia'*, in *Sist. pen.*, 15 ottobre 2021

GATTA G. L., *Le Sezioni Unite dopo la Consulta, sulla sospensione della prescrizione del reato: circoscritto l'ambito di applicabilità della disciplina*, in *Sist. pen.*, 11 febbraio 2021

GATTA G. L., *Emergenza Covid e sospensione della prescrizione del reato: la Consulta fa leva sull'art. 159 c.p. per escludere la violazione del principio di irretroattività ribadendo al contempo la natura sostanziale della prescrizione, coperta dalla garanzia dell'art. 25, comma 2, Cost.*, in *Sist. pen.*, 26 dicembre 2020

GATTO C. E., *Il principio di proporzionalità nell'ordine europeo di indagine penale*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2019, n. 2, p. 69 ss.

GAUDIERI A., *Opposizione al decreto di riconoscimento dell'ordine europeo di sequestro: scenari*, in *Giur. it.*, 2020, n. 8/9, p. 2024 ss.

GENTILE S., *Il PM ha l'obbligo di notificare il decreto motivato di riconoscimento dell'O.I.E. al primo atto di indagine*, in *Dir. giust.*, 2019, n. 63, p. 9 ss.

GERACI R. M., *Il mutuo riconoscimento nella cooperazione processuale: genesi, sviluppi, morfologie*, Bari, Cacucci, 2020

GERACI R. M., *Ordine europeo di indagine ricevuto dall'estero e rimedi impugnatori praticabili*, in *Cass. pen.*, 2019, n. 9, p. 3184 ss.

GERACI R. M., *Primi disorientamenti interpretativi in tema di OEI: la Cassazione interviene sulle corrette modalità del giudizio di riconoscimento*, in *Proc. pen. giust.*, 2019, n. 5, p. 1157 ss.

GIALUZ M., *L'emergenza nell'emergenza: il decreto-legge n. 28 del 2020, tra ennesima proroga delle intercettazioni, norme manifesto e "terzo tempo" parlamentare*, in *Sist. pen.* 1 maggio 2020

GIORDANO L., *Captatore informatico: utilizzabili anche le conversazioni registrate all'estero*, in *Ilpenalista.it*, 26 novembre 2020

GIORDANO L., *Presupposti e limiti all'utilizzo del captatore informatico: le indicazioni della Suprema Corte*, in *Sist. pen. - Riv. trim.*, 2020, n. 4, p. 109 ss.

GIORDANO L. - NOCERA A., *Intercettazioni di flussi comunicativi con l'estero. I limiti operativi della procedura di istradamento*, in *Ilpenalista.it*, 15 maggio 2018

GIORDANO L., *Il recepimento della direttiva OEI e la disciplina delle intercettazioni transfrontaliere*: è alla fine la stagione dell'istradamento?, in *La Magistratura*, 2017, n. 3, p. 93 ss.

GRIFANTINI F. M., *Ordine europeo di indagine penale e investigazioni difensive*, in *Proc. pen. giust.*, 2016, n. 6, p. 1 ss.

ILLUMINATI G. (a cura di), *Prova penale e Unione europea*, Bononia University Press, Bologna, 2009

KALB L., *Procedimenti "paralleli" e giurisdizione "concordata": il nuovo quadro normativo sul trasferimento dei procedimenti penali (nello spazio europeo e in quello internazionale)*, in *Arch. pen. (web), Speciale riforme*, 7 maggio 2018, p. 799 ss.

KALB L. (a cura di), *Studi in materia di cooperazione giudiziaria penale*, Torino, Giappichelli, 2013

KALB L. (a cura di), *Mandato d'arresto europeo e procedure di consegna. Commento alla legge 22 aprile 2005, n. 69*, Milano, Giuffrè, 2005

KOSTORIS R. E. (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, Milano, Giuffrè, 2019

KOSTORIS R. E., *L'attuazione italiana dell'ordine investigativo europeo*, in A. Giarda - F. Giunta - G. Varraso (a cura di), *Dai decreti attuativi della legge "Orlando" alle novelle di fine legislatura*, Wolters Kluwer - Cedam, 2018, p. 491 ss.

KOSTORIS R. E., *Ordine di investigazione europeo e tutela dei diritti fondamentali*, in *Cass. pen.*, 2018, n. 5, p. 1437 ss.

KOSTORIS R. E., *Processo penale, diritto europeo e nuovi paradigmi del pluralismo postmoderno*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, n. 3, p. 1177 ss.

KOSTORIS R. E., *Pubblico ministero europeo e indagini “nazionalizzate”*, in *Cass. pen.*, 2013, n. 12, p. 4738 ss.

LA GRECA G. - MARCHETTI M. R. (a cura di), *Rogatorie penali e cooperazione giudiziaria internazionale*, Torino, Giappichelli, 2003

LA ROCCA E. N., *La legge di ratifica ed esecuzione della Convenzione di assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri UE*, in *Arch. pen.*, 2016, n. 3, p. 1 ss.

LANOTTE M., *Il requisito dell’indipendenza del pubblico ministero nell’emissione di un ordine europeo di indagine*, in *Cass. pen.*, 2021, n. 3, p. 1060 ss.

LANZI A. - RUGGIERI F. - CAMALDO L. (a cura di), *Il difensore e il pubblico ministero europeo*, Padova, Cedam, 2002

LASZLOCZKY P., *Pubblico ministero europeo e azione penale europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1999, vol. 1, p. 29 ss.

LOMBARDO L., *L’istituzione del Procuratore europeo: problemi e prospettive*, in *Cass. pen.*, 2003, n. 2, p. 690 ss.

LORENZETTO E., *Ancora sulla comunicazione del decreto di riconoscimento dell’ordine europeo di indagine: verso una resa dei conti*, in *Cass. pen.*, 2021, n. 10, p. 3224 ss.

LORENZETTO E., *Continua la saga dei vizi capitali: contraddittorio violato nell’opposizione al riconoscimento dell’ordine europeo di sequestro probatorio*, in *Cass. pen.*, 2020, n. 11, p. 4093 ss.

LORENZETTO E., *L’ordine europeo di indagine penale: efficienza a garanzie per le acquisizioni probatorie in ambito euro-unitario*, in *Cass. pen.*, 2020, n. 3, p. 1302 ss.

LORENZETTO E., *Il diritto di difendersi indagando nel sistema processuale penale*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2013

LUPARIA L., *La maschera e il volto della preclusione nei delicati equilibri del rito penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, n. 1, p. 135 ss.

MANDELLI M. L., *Il concetto di «autorità giudiziaria emittente» nella disciplina del mandato d'arresto europeo alla luce di una recente pronuncia della corte di giustizia*, in *Cass. pen.*, 2019, n. 12, p. 4512 ss.

MANES V., *Dalla “fattispecie” al “precedente”*: appunti di “deontologia ermeneutica”, in *Dir. pen. cont.*, 17 gennaio 2018, p. 25 ss.

MANFREDINI F., *L’acquisizione probatoria in ambito europeo: i rapporti tra l’attività investigativa della Procura europea e l’ordine europeo di indagine penale*, in *Cass. pen.*, 2015, n. 11, p. 4211 ss.

MANGIARACINA A., *L’acquisizione “europea” della prova cambia volto: l’Italia attua la Direttiva relativa all’ordine europeo di indagine di indagine penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, n. 2, p. 158 ss.

MANGIARACINA A., *A new and controversial scenario in the gathering of evidence at the European level: the proposal for a Directive on the European Investigation Order*, *Utrecht Law Review*, 2014, n. 1, p. 113 ss.

MANGIARACINA A., *Ancora zone d’ombra in tema di ammissibilità della revisione e indagini difensive svolte all’estero*, in *Giur. it.*, 2009, n. 6, p. 1245 ss.

MARCHETTI M. R. - SELVAGGI E. (a cura di), *La nuova cooperazione giudiziaria penale. Dalle modifiche al codice di procedura penale all’ordine europeo d’indagine*, Padova, Wolters Kluwer Cedam, 2019

MARCHETTI M. R., *Ricerca e acquisizione probatoria all’estero: l’ordine europeo di indagine penale*, in *Arch. pen. (web)*, *Speciale riforme*, 2018, n. 5, p. 827 ss.

MARCHETTI M. R., *Sub art. 724 c.p.p.*, in A. Giarda - G. Spangher (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, Milano, Ipsoa, 2017, p. 543 ss.

MARCHETTI M. R., *Cooperazione giudiziaria: innovazioni apportate e occasioni perdute*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, n. 12, p. 1545 ss.

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 T. Rafaraci (a cura di), *La cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale nell’Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, Milano, Giuffré, 2011, p. 135 ss.

MARCHETTI M. R., *Il mandato europeo di ricerca delle prove*, in P. Corso - E. Zanetti (a cura di) *Studi in onore di Mario Pisani*, vol. II, Piacenza, La Tribuna, 2010, p. 369 ss.

MARCHETTI M. R., *L'assistenza giudiziaria internazionale*, Milano, Giuffrè, 2005

MARCHETTI M. R., *L'evoluzione normativa della cooperazione giudiziaria internazionale: le innovazioni alla disciplina interna*, in A. Giarda - F. Giunta - G. Varraso (a cura di), *Dai decreti attuativi della legge "Orlando" alle novelle di fine legislatura*, Wolters Kluwer Cedam, 2018, p. 468 ss.

MARCOLINI S. – MILITELLO E. – RUGGIERI F., *Il caso Taricco e l'affermazione del principio di legalità processuale*, in A. Bernardi - C. Cupelli (a cura di), *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, Napoli, Jovene, 2017, p. 223 ss.

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

MAZZA G., *Ordine europeo di indagine: la forma soccombe davanti alla sostanziale assenza di pregiudizio*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, n. 10, p. 1374 ss.

MAZZA O., *Presunzione d'innocenza e diritto di difesa*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, p. 1401 ss.

MAZZA O., *Investigazioni prove e cooperazione giudiziaria in scala europea*, in *Proc. pen. giust. eur.*, *Omaggio a Giovanni Conso*, Milano, Giuffrè, 2010, p. 155 ss.

MAZZA O., *Il principio del mutuo riconoscimento nella giustizia penale, la mancata armonizzazione e il mito taumaturgico della giurisprudenza europea*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, n. 3/4, p. 393 ss.

MELILLO G., *Il mutuo riconoscimento e la circolazione della prova*, in *Cass. pen.*, 2006, n. 1, p. 272 ss.

MILIZIA G., *Per l'ordine europeo d'indagine non occorre l'indipendenza dell'autorità emittente dal potere esecutivo*, in *Dir. giust.*, 2020, n. 235, p. 2 ss.

MIRAGLIA M., *La riforma delle intercettazioni e la redazione dei "brogliacci di ascolto"*, in M. Gialuz (a cura di), *Le nuove intercettazioni*, in *Diritto di internet*, 2020, n. 3 (suppl.), p. 8 ss.

MIRAGLIA M., *Diritto di difesa e giustizia penale internazionale*, Torino, Giappichelli, 2011.

MONICI S., *Emanate le norme di attuazione della Convenzione di assistenza giudiziaria in materia penale del 29 maggio 2000: quali margini operativi in vista dell'(imminente) trasposizione della direttiva sull'ordine europeo di indagine penale?*, in *Eurojus*, 3 maggio 2017

MONICI S., *La direttiva 2014/41/UE relativa all'ordine europeo di indagine penale*, in *Eurojus*, 29 giugno 2014.

MONTALDO S., *A caccia di ... prove. L'ordine europeo di indagine penale tra complesse stratificazioni normative e recepimento nell'ordinamento italiano*, in *Giur. pen. web*, 2017, n. 11.

MONTALDO S., *La scadenza del termine di recepimento della direttiva 2014/41/UE sull'ordine europeo di indagine penale e la sostituzione delle "disposizioni corrispondenti" della convenzione di assistenza giudiziaria tra gli Stati membri del 2000: spunti per la ricostruzione di un quadro normativo complesso*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2017, n. 2, p. 13 ss.

MONTALDO S., *L'integrazione differenziata e la cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale nell'UE: il caso degli opt - out di Regno Unito, Irlanda e Danimarca*, in www.lalegislazionepenale.eu, 4 febbraio 2016

MONTALDO S., *Scadenza del regime transitorio per gli atti del terzo pilastro: il block opt - out del Regno Unito ed il successivo opt - in per 35 misure*, in *Eurojus*, 1 dicembre 2014.

MONTERO R. G., *L'ordine europeo di indagine e il rispetto dei diritti fondamentali nelle indagini penali*, in *Eucrim*, 2017, n. 1, p. 45 ss.

MOSCARINI P., *Eurojust e il PM europeo: dal coordinamento investigativo alle investigazioni coordinate*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, n. 5, p. 635 ss.

NOCERA A., *Il sindacato giurisdizionale interno in tema di ordine europeo di intercettazione*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2018, n. 1, p. 149 ss.

NOCERA A., *Norme di attuazione della direttiva 2014/41/UE sull'ordine europeo di indagine penale*, in Ilpenalista.it, 14 luglio 2017

NOCERINO W., *Il captatore informatico nelle indagini penali interne e transfrontaliere*, Padova, Cedam, 2021

NOCERINO W., *Prime riflessioni a margine del nuovo decreto legge in materia di intercettazioni*, in *Sist. pen. - Riv. trim.*, 2020, n. 1, p. 63 ss.

PALMIERI L., *La riforma di Eurojust e i nuovi scenari in materia di cooperazione giudiziaria*, Padova, Cedam, 2019

PARISI N. - RINOLDI D. (a cura di), *Giustizia e affari interni nell'Unione Europea: il terzo pilastro del Trattato di Maastricht*, Torino, Giappichelli, 1998

PARISI N., *Il mandato europeo di ricerca delle prove nel sistema della cooperazione giudiziaria penale fra gli Stati membri dell'Unione*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2009, n. 2, p. 327 ss.

PARISI N., *La Procura europea: un tassello per lo spazio di giustizia penale*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2013, n. 1, p. 47 ss.

PARODI C., *Ordine di indagine europeo: la disciplina delle intercettazioni*, in *Cass. pen.*, 2020, n. 3, p. 1314 ss.

PARODI C., *Ordine europeo di indagine e diritti della difesa*, in *Ilpenalista.it*, 2019, n. 7

PARODI C., *Il modello C: vecchie criticità e nuovi problemi in caso di intercettazioni all'estero*, in *Dir. pen. cont.*, 1 marzo 2019

PECORELLA C., *Truffe online: momento consumativo e competenza territoriale*, in *Dir. pen. cont.*, 10 maggio 2012

PEDRAZZI M. (a cura di), *Mandato d'arresto europeo e garanzie della persona*, Milano, Giuffrè, 2004

PICARO G., *Il virus nel processo penale. Tutela della salute, garanzie processuali ed efficienza dell'attività giudiziaria nei d.l. n. 18 e n. 23 del 2020*, in *Sist. pen.*, 14 aprile 2020

PICOTTI L., *Riflessioni sul caso Taricco. Dalla "virtuosa indignazione" al rilancio del diritto penale europeo*, in *Dir. pen. cont.*, 24 ottobre 2016

PINO G., *Diritti fondamentali e principio di proporzionalità*, in *Ragion pratica*, 2014, n. 2, p. 541 ss.

PISANI M. M., *Problemi di prova in materia penale. La proposta di direttiva sull'Ordine europeo di indagine*, in *Arch. pen.*, 2011, n. 3, p. 925 ss.

PISANI M., *La decisione quadro sul mandato europeo di ricerca delle prove*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2009, p. 479 ss.

PONTI C., *Riforma dell'assistenza giudiziaria penale e tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento italiano: dalla legge n. 149 del 2016 al recepimento della direttiva 2014/41/UE*, in www.legislazionepenale.eu, 2 ottobre 2017.

PRESSACCO L., *La relazione annuale del membro nazionale italiano presso Eurojust (2020)*, in *Cass. pen.*, 2021, n. 6, p. 2199 ss.

PRESUTTI A., *Legge sulle rogatorie internazionali e inutilizzabilità della prova*, in *Riv. it. dir. pen. e proc.*, 2003, n. 4, p. 1164 ss.

PRETTI D., *La metamorfosi delle intercettazioni, ultimo atto? La legge n. 7/2020 di conversione del d.l. n. 161/2019*, in *Sist. pen.*, 2 marzo 2020

PULITANÒ D., *La posta in gioco nella decisione della Corte costituzionale sulla sentenza Taricco*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2016, n. 1, p. 228 ss.

QUATTROCOLO S., *Nozioni autonome o variabili? La Corte di giustizia e la definizione di «autorità giudiziaria» e «autorità emittente» nel sistema della cooperazione giudiziaria infraeuropea. Riflessioni a margine di due recenti pronunce*, in *Cass. pen.*, 2021, n. 5, p. 1784 ss.

RAFARACI T., *Diritti fondamentali, giusto processo e primato del diritto UE*, in *Proc. pen. giust.*, 2014, n. 3, p. 1 ss.

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

ROCCI E., *E.I.O.: necessità di motivazione e comunicazione del decreto di riconoscimento dell'ordine di investigazione europeo*, in Ilpenalista.it, 31 maggio 2019

ROMBIN., *L'intercettazione di comunicazioni all'estero*, in Ilpenalista.it, 4 marzo 2016

RUGGIERI F. (a cura di), *Processo penale e regole europee: atti, diritti, soggetti e decisioni*, Torino, Giappichelli, 2018

RUGGIERI F., *Il libro XI del codice di rito. Guida minima*, in *Cass. pen.*, 2018, n. 5, p. 1766 ss.

RUGGIERI F., *Le nuove frontiere dell'assistenza penale internazionale: l'ordine europeo di indagine penale*, in *Proc. pen. giust.*, 2018, n. 1, p. 131 ss.

RUGGIERI F., *Diritti della difesa e tutela della vittima nello spazio giudiziario europeo*, in *Cass. pen.*, 2007, n. 11, p. 4329 ss.

RUGGIERI F., *La legge delega in tema di cooperazione penale internazionale. La montagna ha partorito un topolino?*, in *Proc. pen. giust.*, 2017, n. 2, p. 310 ss.

RUGGIERI F., *Ordine di protezione europeo e legislazione italiana di attuazione: un'analisi e qualche perplessità*, in *Proc. pen. giust.*, 2015, n. 5, p. 99 ss.

RUGGIERI S., *Procedimento penale, diritto di difesa e garanzie partecipative nel diritto dell'Unione europea*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2015, n. 4, p. 1 ss.

RUGGIERI F., *Eurojust tra diritto interno e Unione europea*, in *La Rivista del Consiglio*, 2003, n. 3, p. 85 ss.

RUGGIERI F., *Le intercettazioni "per istradamento" sul canale internazionale: un mezzo di ricerca della prova illegittimo*, in *Cass. pen.*, 2000, p. 1062 ss.

SALAZAR L., *L'adeguamento interno da parte italiana al regolamento EPPO alla vigilia dell'avvio delle prime indagini*, in *Sist. pen.*, 6 aprile 2021.

SALAZAR L., *La cooperazione penale con il Regno Unito dopo la Brexit*, in *Cass. pen.*, 2021, n. 4, p. 1376 ss.

SALAZAR L., *La riforma di Eurojust e i suoi riflessi sull'ordinamento italiano*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2019, n. 1, p. 43 ss.

SALAZAR L., *La Procura europea è finalmente realtà: what's next ...?*, in *Eurojus*, 20 novembre 2017

SALAZAR L., *Definitivamente approvato il regolamento istitutivo della Procura europea*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, n. 10, p. 328 ss.

SALAZAR L., *Habemus EPPO! La lunga marcia della Procura europea*, in *Arch. pen.*, 2017, n. 3, p. 1 ss.

SALAZAR L., *Eurojust, passo provvisorio ma decisivo contro il grande crimine transnazionale*, in *Dir. e giust.*, 2001, n. 5, p. 8 ss.

SALAZAR L., *La nuova Convenzione sull'assistenza giudiziaria in materia penale (II)*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, n. 12, p. 1664 ss.

SALAZAR L., *La nuova Convenzione sull'assistenza giudiziaria in materia penale (I)*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, n. 11, p. 1534 ss.

SALAZAR L., *Eurojust: una prima realizzazione della decisione del Consiglio europeo di Tampere*, in *Doc. giust.*, 2000, n. 6, p. 1340 ss.

SALAZAR L., *La costruzione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia dopo il consiglio europeo di Tampere*, in *Cass. Pen.*, 2000, n. 4, p. 1114 ss.

SANDULLI A., *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, Cedam, 1998

SCALFATI A. - MOSCARINI P. - FILIPPI L. - GUALTIERI P. (a cura di), *La circolazione investigativa nello spazio giuridico europeo: strumenti, soggetti, risultati*, Padova, Cedam, 2010

SCALFATI A. (a cura di), *Le indagini atipiche*, Torino, Giappichelli, 2014

SCELLA A., *Inutilizzabilità delle prove raccolte all'estero mediante rogatoria*, in G. La Greca - M. R. Marchetti (a cura di), *Rogatorie penali e cooperazione internazionale*, Torino, Giappichelli, 2003, p. 357 ss.

SCOLLO L., *La Corte di Giustizia UE si pronuncia sulla legittimità del procedimento di emissione del M.A.E. da parte del P.M. francese*, in *Sist. pen.*, 22 gennaio 2020

SECCHI Z., *Le novità introdotte dalla Convenzione 29 maggio 2000 in tema di assistenza giudiziaria penale fra gli Stati membri dell'Unione europea*, in *Doc. giust.*, 2000, n. 6, p. 1108 ss.

SELVAGGI E., *L'ordine europeo di indagine – EIO, come funziona?*, in *Cass. pen.*, 2018, n. 1, p. 44 ss.

SELVAGGI E., *La circolare del Ministero della giustizia sul c.d. ordine europeo di indagine*, in *Dir. pen. cont.*, 7 novembre 2017, p. 287 ss.

SELVAGGI E., *Procedimenti paralleli, la giustizia concordata si fa strada nel sistema*, in *Guida dir.*, 2017, n. 45, p. 76 ss.

SELVAGGI E., *Quel “restyling” che facilita la ricerca latitante*, in *Guida dir.*, 2017, n. 45, p. 66 ss.

SELVAGGI E., *Va in “soffitta” l’atto di exequatur della Corte di Appello*, in *Guida dir.*, 2017, n. 45, p. 73 ss.

SELVAGGI E., *Noi e gli altri: appunti in tema di atti processuali all’estero*, in *Cass. pen.*, 2009, n. 5, p. 2035 ss.

SELVAGGI E., *La nuova legge sulle rogatorie*, in *Cass. pen.*, 2001, n. 11, p. 3250 ss.

SIMONATO M., *Reciproco riconoscimento in materia penale e vie di ricorso: la prima sentenza della CGUE sull’ordine europeo di indagine*, in www.europeanlawblog.eu, 1 aprile 2020

SIRACUSANO F., *The European Investigation Order for Evidence Gathering Abroad*, in T. Rafaraci - R. Belfiore (a cura di), *EU Criminal Justice. Fundamental Rights, Transnational Proceedings and the European Public Prosecutor’s Office*, Berlin, Springer, 2019, p. 85 ss.

SIRACUSANO F. - ZAPPALÀ E., *I rapporti giurisdizionali con autorità straniera*, in G. Di Chiara - V. Patanè - F. Siracusano (a cura di), *Diritto processuale penale*, Milano, Giuffrè, 2018, p. 961 ss.

SIRACUSANO F., *Tra semplificazione e ibridismo: insidie e aporie dell’ordine europeo di indagine penale*, in *Arch. pen.*, 2017, n. 2, p. 675 ss.

SIRACUSANO F., *La prova informatica transnazionale: un difficile “connubio” fra innovazione e tradizione*, in *Proc. pen. giust.*, 2017, n. 1, p. 178 ss.

SIRACUSANO F., *Il diritto all’assistenza del difensore nel procedimento di esecuzione del mandato d’arresto europeo*, D. Negri - P. Renon (a cura di), in *La difesa tecnica nel processo penale*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 207 ss.

SIRACUSANO F., *Procedure di cooperazione giudiziaria e garanzie difensive: lungo la strada, a piccoli passi*, in *Arch. pen.*, 2016, n. 3, p. 1 ss.

SIRACUSANO F., *Una lenta progressione verso la costruzione di uno statuto europeo delle garanzie difensive*, in F. Ruggieri - T. Rafaraci - G. Di Paolo - S. Marcolini - R. Belfiore (a cura di), *Processo penale, lingua e Unione europea*, Padova, Cedam, 2013, p. 77 ss.

SIRACUSANO F., *Tra mutuo riconoscimento e armonizzazione preventiva: quali prospettive per la circolazione della prova dichiarativa nell'ambito dell'Unione europea*, in *Arch. pen.*, 2012, n. 1, p. 201 ss.

SPAGNOLO P., *La nuova cooperazione giudiziaria penale: mutuo riconoscimento e tutela dei diritti fondamentali*, in *Cass. pen.*, 2020, n. 3, p. 1290 ss.

SPENCER J., *The Green Paper on obtaining evidence from one Member to another and securing its admissibility*, in *ZIS online*, 2010, n. 9, p. 602 ss.

SPIEZIA F., *Il pubblico ministero europeo e i suoi rapporti con Eurojust*, in *Dir. pen. cont.*, 28 maggio 2018, p. 1 ss.

SPIEZIA F., *L'ordine di indagine europeo: cosa è utile sapere? Domande e risposte a cura del Desk Italiano di Eurojust*, in *Dir. pen. cont.*, 28 settembre 2017

SPIEZIA F., *La proposta di regolamento del 17 luglio 2013 per la creazione dell'agenzia dell'Unione europea per la cooperazione giudiziaria penale. Lo stato dei negoziati e le prospettive per il futuro di Eurojust*, in *Cass. pen.*, 2015, n. 4, p. 1614 ss.

SPIEZIA F., *Il coordinamento giudiziario sovranazionale: problemi e prospettive alla luce della nuova decisione 2009/426/GAI che rafforza i poteri di Eurojust*, in *Cass. pen.*, 2010, n. 5, p. 1990 ss.

TINOCO PASTRANA A., *L'ordine europeo di indagine penale*, in *Proc. pen. giust.*, 2017, n. 2, p. 346 ss.

TONINI P. - CONTI C., *Il diritto delle prove penali*, Milano, Giuffrè, 2014

TRIA L., *L'interpretazione delle pronunce della Corte di giustizia UE e della Corte EDU*, in *Quest. giust.*, 11 ottobre 2019

TRIGGIANI N., *In divenire la disciplina dei rapporti giurisdizionali con autorità straniera: appunti sulla l. 21 luglio 2016, n. 149*, in *Dir. pen. cont.*, 5 ottobre 2016

TROGU M., *Intercettazioni all'estero mediante captatore informatico: nuovi strumenti, vecchi problemi*, in *Proc. pen. giust.*, 2021, n. 3, p. 590 ss.

TROGU M., *Sub. art. 31 d.lgs. n. 108/2017*, in A. Marandola (a cura di), *Cooperazione giudiziaria penale*, Milano, Giuffrè, 2018, p. 1004 ss.

UBERTIS G., *Equità e proporzionalità versus legalità processuale: eterogenesi dei fini?*, in *Arch. pen.*, 2017, n. 2, p. 389 ss.

UBERTIS G., *Considerazioni generali su investigazioni e prove transnazionali*, in *Cass. pen.*, 2017, n. 1, p. 49 ss.

UBERTIS G., *La prova acquisita all'estero e la sua utilizzabilità in Italia*, in *Cass. pen.*, 2014, n. 2, p. 696 ss.

VALENTINI C., *L'acquisizione della prova tra limiti territoriali e cooperazione con autorità straniere*, Padova, Cedam, 1998

VIGANÒ F., *Il caso Taricco davanti alla Corte costituzionale: qualche riflessione sul merito delle questioni, e sulla reale posta in gioco*, in *Dir. pen. cont.*, 9 maggio 2016

WAHL T., *First CJEU Judgment on European Investigation Order*, in *Eucrim*, 12 gennaio 2020

ZANETTI E., *Il consiglio dell'Unione europea definisce le sfide attuali e le prospettive future del mandato di arresto europeo e delle procedure di consegna*, in *Proc. pen. giust.*, 2021, n. 2, p. 321 ss.

ZANETTI E., *Il mandato di arresto europeo e la giurisprudenza italiana*, Milano, Giuffrè, 2009

RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI

Corte europea dei diritti dell'uomo

Corte EDU, Seconda Sezione, 31 dicembre 2019, *Parmak e Bakir c. Turchia*, in *Sist. pen.*, 19 febbraio 2020

Corte EDU, Prima Sezione, 23 febbraio 2016, *Capriotti c. Italia*, in *HUDOC database*

Corte EDU, Quarta Sezione, 14 aprile 2015, *Contrada c. Italia*, in *Dir. pen. cont.*, 4 maggio 2015

Corte EDU, Grande Camera, 21 ottobre 2013, *Del Rio Prada c. Spagna*, in *Dir. pen. cont.*, 30 ottobre 2013

Corte EDU, Quinta Sezione, 3 marzo 2011, *Zhukovskiy c. Ucraina*, in *HUDOC database*

Corte di giustizia dell'Unione europea

C. giust., Grande Sezione, 17 dicembre 2020, *L e P*, C-354/20 e C-412/20

C. giust., Grande Sezione, 8 dicembre 2020, *A. e altri*, C-584/19

C. giust., Prima sezione, 12 dicembre 2019, *JR e YC*, C-566/18 e C-626/19

C. giust., Prima sezione, 24 ottobre 2019, *Gavanozov*, C-324/17

C. giust., Grande Sezione, 27 maggio 2019, *OG e PI*, C-508/18 e C-82/19

C. giust., Grande Sezione, 5 aprile 2016, *Aranyosi e Căldăraru*, C-404/15 e C-659/15

C. giust., Grande Sezione, 8 settembre 2015, *Taricco*, C.105/14

C. giust., Grande Sezione, 26 febbraio 2013, *Melloni*, C-399/11

C. giust., Grande Sezione, 29 gennaio 2013, *Radu*, C-396/11

C. giust., Terza Sezione, 12 agosto 2008, *Goicoechea*, C-296/08

C. giust., Grande Sezione, 16 maggio 2005, *Pupino*, C-105/03

Corte Costituzionale

C. cost., 25 maggio 2021, n. 140, in *www.cortecostituzionale.it*

C. cost., 18 novembre 2020, n. 278, in *www.cortecostituzionale.it*

C. cost., 9 aprile 2013, n. 85, in *G.U.*, 15 aprile 2013, n. 20

C. cost., 21 giugno 2010, n. 227, in *www.cortecostituzionale.it*

Corte di Cassazione

Cass., sez. V, 20 gennaio 2021 (dep. 8 febbraio 2021), n. 4945, Rv. 280669

Cass., sez. VI, 1° dicembre 2020 (dep. 15 marzo 2021), n. 10080, Rv. 280719

Cass., sez. V, 30 settembre 2020 (dep. 9 dicembre 2020), n. 35010, Rv. 280398

Cass., sez. VI, 24 settembre 2020 (dep. 5 novembre 2020), n. 30885, Rv. 279885

Cass., sez. II, 22 febbraio 2020 (dep. 22 ottobre 2020), n. 29362, Rv. 279815

Cass., sez. VI, 22 gennaio 2020 (dep. 28 gennaio 2020), n. 3520, Rv. 277628

Cass., sez. II, 25 ottobre 2019 (dep. 31 gennaio 2020), n. 4152, Rv. 278003

Cass., sez. IV, 15 ottobre 2019 (dep. 10 dicembre 2019), n. 49896, Rv. 27794

Cass., sez. III, 26 settembre 2019 (dep. 22 novembre 2019), n. 47557, Rv. 277990

Cass., sez. III, 10 maggio 2019 (dep. 13 settembre 2019), n. 38009, Rv. 278166

Cass., sez. II, 4 aprile 2019 (dep. 27 maggio 2019), n. 23172, Rv. 276966

Cass., sez. VI, 14 febbraio 2019 (dep. 14 marzo 2019), n. 11491, Rv. 275291

Cass., sez. VI, 7 febbraio 2019 (dep. 2 aprile 2019), n. 14413, Rv. 275535

Cass., sez. VI, 31 gennaio 2019 (dep. 25 febbraio 2019), n. 8320, Rv. 275732

Cass., sez. III, 29 novembre 2018, n. 4244, *non massimata*

Cass., sez. III, 11 ottobre 2018 (dep. 7 febbraio 2019), n. 5940, Rv. 274855

Cass., sez. VI, 16 gennaio 2018 (dep. 18 gennaio 2018), n. 2059, Rv. 272137

Cass., sez. V, 18 gennaio 2017 (dep. 20 marzo 2017), n. 13522, Rv. 269398

Cass., sez. VI, 3 maggio 2017 (dep. 8 maggio 2017), n. 22249, Rv. 269918

Cass., sez. II, 22 dicembre 2016 (dep. 17 gennaio 2017), n. 2173, Rv. 269000

Cass., sez. VI, 6 dicembre 2016 (dep. 23 gennaio 2018), n. 3079, Rv. 272144

Cass., sez. VI, 4 novembre 2016 (dep. 12 dicembre 2016), n. 52595, Rv. 268936

Cass., sez. II, 4 novembre 2016 (dep. 30 novembre 2016), n. 51034, Rv. 268514
Cass., sez. II, 20 ottobre 2016 (dep. 14 aprile 2016), n. 48027, Rv. 268369
Cass., sez. un., 28 aprile 2016 (dep. 1 luglio 2016), n. 26889, Rv. 266905
Cass., sez. III, 29 gennaio 2016 (dep. 15 marzo 2016), n. 10788, Rv. 266490
Cass., sez. IV, 29 gennaio 2015 (dep. 2 marzo 2015), n. 9161, Rv. 262441
Cass., sez. I, 14 novembre 2014 (dep. 12 dicembre 2014), n. 51839, Rv. 261585
Cass., sez. I, 20 febbraio 2014 (dep. 8 settembre 2014), n. 37250, Rv. 260588
Cass., sez. VI, 28 marzo 2013 (dep. 5 aprile 2013), n. 15927, Rv. 254818
Cass., sez. II, 18 settembre 2013 (dep. 19 dicembre 2013), n. 51410, Rv. 257975
Cass., sez. VI, 24 aprile 2012 (dep. 9 novembre 2012), n. 43534, Rv. 253797
Cass., sez. III, 14 dicembre 2011 (dep. 17 gennaio 2012), n. 1399, Rv. 251645
Cass., sez. III, 9 febbraio 2011 (dep. 15 luglio 2011), n. 28063, Rv. 250594
Cass., sez. un., 25 novembre 2010 (dep. 14 luglio 2011), n. 27918, Rv. 250197
Cass., sez. un., 25 febbraio 2010 (dep. 21 aprile 2010), n. 15208, Rv. 246587
Cass., sez. III, 27 maggio 2009 (dep. 15 giugno 2009), n. 24653, Rv. 244087
Cass., sez. II, 20 febbraio 2009 (dep. 13 marzo 2009), n. 11116, Rv. 243429
Cass., sez. I, 20 aprile 2008 (dep. 22 maggio 2008), n. 20629, Rv. 239989
Cass., sez. IV, 28 febbraio 2008 (dep. 28 marzo 2008), n. 13206, Rv. 239288
Cass., sez. IV, 6 novembre 2007 (dep. 27 febbraio 2008), n. 8588, Rv. 238951
Cass., sez. III, 4 ottobre 2007 (dep. 21 novembre 2007), n. 42969, Rv. 238100
Cass., sez. I, 29 maggio 2007 (dep. 19 giugno 2007), n. 23967, Rv. 236594
Cass., sez. II, 23 novembre 2006 (dep. 6 dicembre 2006), n. 40232, Rv. 235594
Cass., sez. VI, 2 novembre 2004 (dep. 24 febbraio 2005), n. 7258, Rv. 231467
Cass., sez. VI, 19 agosto 2003 (dep. 14 ottobre 2003), n. 38954, Rv. 22667
Cass., sez. I, 16 ottobre 2002 (dep. 8 novembre 2002), n. 37774, Rv. 222406
Cass., sez. III, 9 aprile 2002 (dep. 23 maggio 2002), n. 20130, Rv. 221973
Cass., sez. un., 11 luglio 2001 (dep. 24 settembre 2001), n. 34536, Rv. 219598
Cass., sez. VI, 3 giugno 1998 (dep. 7 luglio 1998), n. 2072, Rv. 212220

DOCUMENTI

The impact of COVID-19 on judicial cooperation in criminal matters - Executive summary of information compiled by Eurojust and EJN, February 2021, in www.eurojust.europa.eu.

COVID-19 summary table of measures. Overview of replies by Eurojust and EJN, February 2021, in www.eurojust.europa.eu.

*Linee guida della Procura di Torino in tema di ordine europeo di indagine “passivo”, del 29 gennaio 2021, dott. Cesare Parodi, in *Sist. pen.*, 8 febbraio 2021*

Relazione del membro nazionale di Eurojust, dott. Spiezia, relativa all’anno operativo 2020

Report on Eurojust’s casework in the field of the European Investigation order, November 2020, in www.eurojust.europa.eu

Nota congiunta di Eurojust e della Rete giudiziaria europea sull’applicazione pratica dell’ordine europeo d’indagine, giugno 2019

Circolare in tema di attuazione della direttiva 2014/41/UE relativa all’ordine europeo di indagine penale – Manuale operativo, Ministero della giustizia, 26 ottobre 2017

Note on the meaning of “corresponding provisions” and the applicable legal regime in case of delayed transposition of the EIO Directive, May 2017, in www.ejn-crimjust.europa.eu