UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PAVIA

Dottorato di ricerca in diritto pubblico,
giustizia penale e internazionale
XXXII ciclo
Curriculum di procedura penale

LA PROVA PENALE IN EUROPA

Tutor: Chiar.ma Prof.ssa Livia Giuliani

Candidata: dott.ssa Annalisa Gasparre

Anno accademico 2019-2020

LA PROVA PENALE IN EUROPA

INDICE

Indice ……... p. 3
Introduzione …… p. 7

PARTE I – RAPPORTI GIURISDIZIONALI TRA AUTORITÀ STRANIERE E PROVA PENALE

Capitolo primo

L'ASSUNZIONE DELLA PROVA IN TERRITORIO STRANIERO: DALLE ROGATORIE AGLI SVILUPPI PIÙ RECENTI

1. Dalle prime forme di cooperazione giudiziaria con l'estero alla "necessità" di individuare forme più efficaci di contrasto al crimine …… p. 15
2. La «dimensione» transnazionale del crimine …… p. 19
3. L'assistenza giudiziaria per l'assunzione di prove e il "sistema" delle rogatorie internazionali …… p. 35
4. (*Segue*) Il modello codicistico di rogatoria e le altre forme di cooperazione …….. p. 41
5. (*Segue*) Il fenomeno delle trasferte: oltre il dogma della c.d. territorialità della giurisdizione …… p. 45
6. (*Segue*) Le rogatorie attive dal codice del 1988 alla riforma del 2017 …….. p. 47
7. L'utilizzabilità delle prove acquisite all'estero …….. p. 54
8. L'acquisizione di "documenti" formati dall'autorità straniera *motu proprio* ……. p. 62
9. Gli strumenti extrarogatoriali previsti dalla riforma del 2017 p. 65
10. Le prove e le tecnologie moderne ……. p. 68

Capitolo secondo

LA COOPERAZIONE GIUDIZIARIA NELL'UNIONE EUROPEA

1. Il progressivo investimento per la cooperazione in materia penale: dalle origini al Trattato di Amsterdam ……... p. 75
2. (*Segue*) Dalla Costituzione europea al Trattato di Lisbona … p. 84
3. La genesi e il radicamento del principio di reciproco riconoscimento passando per la (non) armonizzazione …….. p. 91
4. Il reciproco riconoscimento e la prova: dal fallimento del m.e.r. alla direttiva 2014/41/UE ……. p. 101
5. Il microcosmo delle squadre investigative comuni …… p. 108
6. L'avvento della Procura europea nello scenario della prova nell'Unione europea …… p. 112

PARTE II – L'ORDINE DI INDAGINE EUROPEO

Capitolo terzo

LA DIRETTIVA SULL'ORDINE DI INDAGINE EUROPEO

1. La direttiva 2014/41/UE: fondamento, obiettivi e struttura … p. 119
2. L'ordine di indagine europeo: ambito oggettivo e soggettivo di operatività ……... p. 124
3. Le note di fondo dell'ordine di indagine europeo ……. p. 129
4. Il procedimento: l'emissione e la trasmissione dell'ordine di indagine ……... p. 133
5. (*Segue*) L'attività dell'autorità di esecuzione ……. p. 136
6. (*Segue*) I motivi di rifiuto previsti dalla direttiva ……... p. 143

Capitolo quarto

L'IMPATTO DELL'ORDINE D'INDAGINE EUROPEO NELL'ORDINAMENTO INTERNO: ASPETTI GENERALI

1. L'attuazione della direttiva e i confini applicativi …….. p. 149
2. Il decreto: disposizioni di principio e definitorie …… p. 153
3. I principi: da ispirazione e guida a sostituti dei precetti ……. p. 156
4. Il principio di proporzionalità e il necessario dialogo tra le autorità giudiziarie …….. p. 158
5. La trasposizione interna dei motivi di non riconoscimento … p. 166

Capitolo quinto

IL PROCEDIMENTO "ORDINARIO" DI EMISSIONE DELL'OEI E I DIRITTI DIFENSIVI

1. L'emissione dell'ordine di indagine: legittimazione e partecipazione ……. p. 169
2. Il contenuto dell'ordine di indagine e la sua trasmissione …. p. 175
3. L'esecuzione dell'ordine di indagine e le spese ……. p. 178
4. I diritti della difesa previsti dal decreto attuativo: una panoramica ricognitiva …… p. 181
5. (*Segue*) Il diritto di difendersi indagando: solo un ruolo propulsivo per gli atti da compiersi all'estero ……. p. 185
6. (*Segue*) Le indagini difensive all'estero restano precluse ….. p. 193
7. L'impugnazione nella procedura attiva …….. p. 202
8. Le differenze e le persistenti analogie tra le rogatorie attive e l'ordine di indagine emesso dall'autorità giudiziaria italiana …. p. 206

Capitolo sesto

LA PROCEDURA PER PARTICOLARI ATTI DI INDAGINE

1. I "primi passi" per una tendenziale armonizzazione delle regole probatorie: la disciplina dei particolari atti di indagine… p. 211
2. La prova dichiarativa resta centrale: il trasferimento temporaneo di persone detenute …….. p. 214
3. (*Segue*) L'audizione mediante videoconferenza o altra trasmissione audiovisiva ……. p. 220
4. Le informazioni relative a conti e operazioni bancarie e finanziarie …… p. 230
5. Le operazioni sotto copertura …….. p. 236
6. Le intercettazioni di comunicazioni …… p. 242

Capitolo settimo

L'UTILIZZABILITÀ DELLE PROVE RACCOLTE TRAMITE OEI

1. Un problema antico quanto la cooperazione internazionale .. p. 263
2. L'abdicazione del legislatore europeo sulle regole di ammissibilità e utilizzabilità delle indagini e delle prove raccolte tramite ordine di indagine …….. p. 265
3. La soluzione adottata dal decreto attuativo della direttiva sull'ordine di indagine europeo ……... p. 269
4. (*Segue*) Le regole di esclusione …….. p. 272

Conclusioni ……. p. 279
Bibliografia ……. p. 285

INTRODUZIONE

L'oggetto di studio consta dei rapporti di cooperazione penale all'interno dell'Unione europea sotto il profilo della prova che lo Stato italiano intenda assumere all'estero mediante l'intervento di altro Stato membro.

Ad attribuire attualità al tema è la direttiva 2014/41/UE relativa all'ordine di indagine europeo e il suo recepimento interno per mezzo del d.lgs. 21 giugno 2017, n. 108, recante "*Norme di attuazione della direttiva 2014/41/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 4 aprile 2014, relativa all'ordine europeo di indagine penale*". L'intervento legislativo però non è solitario: coeva al risveglio di un settore – quello della cooperazione giudiziaria in materia penale – sostanzialmente dormiente è la riforma del Libro XI del codice di procedura penale per opera del d.lgs. 3 ottobre 2017, n. 149 e, appena precedente, la legge 21 luglio 2016, n. 149, contenente la "*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*".

L'interesse per la materia non è certo spontaneo ma reso necessario a causa delle forme di criminalità transnazionale, sempre più aggressive, subdole e sfuggenti alle autorità giudiziarie nazionali deputate ad applicare la legge penale.

Causa il salto evolutivo fatto dalla normativa più recente, è doveroso indagare il tema, *in primis*, secondo la prospettiva oggi almeno in parte superata. Tradizionalmente, infatti, l'assunzione della prova in altro Stato sovrano seguiva le forme della rogatoria internazionale, con le sue varianti. Dall'analisi di questo panorama sono emersi più modi di intendere la cooperazione: prescindendo dalla "mera cortesia", vi è il modello della mutua assistenza, quello del reciproco riconoscimento e, infine, l'armonizzazione. Tali modelli, lungi dall'esprimere

meri moduli procedimentali, sono espressione di una differente apertura agli altri Stati sovrani.

Prima della riforma, in Italia questo modello riproponeva gli schemi precedenti. La partecipazione dell'Italia all'Unione europea e l'influenza di quel diritto su quello domestico hanno finito, però, per indurre il legislatore a ripensare i rapporti giurisdizionali tra Stati in materia penale, non solo rispetto ai Paesi membri dell'Unione, ma per tutti (di qui, appunto, il nuovo Libro XI del codice di rito). La rielaborazione delle norme codicistiche pare frutto di una nuova *forma mentis* disancorata dagli schemi del passato e stimolata dagli eventi eurounitari, nel segno del "mutuo riconoscimento".

Su questo scenario si innesta il Regolamento UE 2017/1939 del Consiglio del 12 ottobre 2017, istitutivo della Procura europea che sarà competente ad indagare e perseguire gli autori di reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione (c.d. reati PIF) dinanzi alle giurisdizionali nazionali e secondo le regole processuali di queste. Si tratta di un modulo diverso che riguarda non la collaborazione per l'assunzione di una prova che si trovi all'estero rispetto allo Stato che ne ha interesse bensì la sottrazione di una categoria di reati transnazionali (ma anche interni) alla giurisdizione nazionale che sarebbe competente secondo i criteri tradizionali. Tuttavia, a prescindere dal fatto che si prospetta una possibile dilatazione della competenza della Procura europea extra area PIF, sarà utile accennare a come è regolata l'assunzione e l'utilizzazione della prova in tale sistema.

Dal punto di vista sistematico, l'elaborato si sviluppa in due parti: l'una dedicata ai rapporti giurisdizionali tra autorità straniere nella ricerca e nell'assunzione della prova penale e l'altra che si focalizza sull'ordine di indagine europeo.

La prima parte risulta non solo necessaria nell'ottica di evidenziare differenze e similitudini tra due mondi, quello internazionale e quello regionale europeo, che si pongono tra loro in rapporto di genere a specie, ma anche decisiva per sottolineare, procedura per procedura, il rinnovato approccio con cui

il legislatore italiano ha modernizzato la cooperazione giudiziaria penale *tout court*… in modo molto simile a quanto imposto dal legislatore europeo. Un cambiamento di prospettiva, dunque, che allinea vistosamente i due ambiti disciplinari, vuoi per una coincidenza temporale dell'attività normativa, vuoi per l'esperienza maturata nell'ambito della cooperazione, da cui si è ricavato il "mantra" per cui per combattere una criminalità globalizzata e organizzata occorre reagire in modo analogo, senza limitazioni che, di contro, la criminalità non subisce.

In questo senso, in ambito regionale – originariamente disinteressato alla *matière pénale* – si è progressivamente investito nel settore della cooperazione penale e, per quanto concerne la prova penale, plurime sono state le iniziative legislative volte a creare meccanismi, procedure e istituzioni in grado di assicurare le indagini e l'assunzione delle prove in un territorio che si intende unitario, quello dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia. Diversi, invece, sono stati gli approcci e i principi – talvolta addirittura in contrapposizione – che hanno presieduto a tali iniziative.

Nello specifico, la prima parte consta di un primo capitolo dedicato alla assunzione della prova in territorio straniero che, premesso il fondamento della cooperazione in materia penale, traccia il percorso che va dalle rogatorie tradizionali alle evoluzioni più recenti dell'istituto e alle forme alternative di acquisizione di prove formate altrove, con particolare riguardo alla riforma del 2017.

Il successivo capitolo si concentra sull'ambito regionale, illustrando il progressivo investimento eurounitario per la cooperazione in materia penale nello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia, l'identificazione di due scenari possibili – il mutuo riconoscimento e l'armonizzazione – e la tendenziale preferenza accordata al primo, gli strumenti nati prevalentemente nel segno del reciproco riconoscimento (dal tentativo fallito di mandato europeo di ricerca della prova all'ordine di indagine europeo), le caratteristiche di tale ultimo strumento (semplificazione, omnicomprensività, proporzionalità, territorialità).

Trattando della parte “speciale” del lavoro di ricerca, è stato ripercorso l’itinerario che ha condotto alla direttiva 2014/41/UE sull’ordine di indagine europeo, un meccanismo di cooperazione orizzontale tra gli Stati membri dell’Unione europea che, nelle intenzioni, si ispirava al principio del mutuo riconoscimento delle decisioni all’interno dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia dell’Unione. Nelle intenzioni, si è detto, perché l’analisi compiuta della normativa mostra complessivamente una nota di sincretismo: con l’ordine di indagine europeo, mutuo riconoscimento e procedure tradizionali di assistenza giudiziaria disciplinate dalle fonti previgenti si combinano, dando vita a soluzioni normative ibride, a seconda del tasso di influenza dell’uno o dell’altro modello.

Percorso legislativo europeo come premessa, si è condotta un’analisi sull’impatto di tale normativa nel sistema italiano, con specifico riferimento alla procedura attiva, al modo, dunque, con cui l’autorità giudiziaria italiana interagisce con le analoghe autorità degli Stati aderenti alla direttiva. L’attuazione della direttiva è, infatti, avvenuta con il d.lgs. 21 giugno 2017, n. 108. In tale prospettiva è apparso indispensabile perimetrare con precisione l’ambito di applicazione dell’ordine di indagine europeo all’interno di un contesto pluridinamico e di (recente e improvvisa) bulimia legislativa nel settore della cooperazione giudiziaria penale. Il riferimento è alla già accennata modifica del codice di procedura penale ma anche alla ratifica della Convenzione di Bruxelles del 2000, avvenuta con d.lgs. 5 aprile 2017, n. 52.

Particolarmente degna di segnalazione nello studio dell’attuazione della direttiva è la tecnica normativa con cui il legislatore italiano si è dovuto confrontare. Il legislatore europeo, infatti, frequentemente utilizza formule generiche e indefinite (i principi) che, lungi dall’offrire un ausilio all’interpretazione di regole di ambigua formulazione, sono esse stesse da interpretare. Anche il legislatore italiano ha in parte sostanzialmente riproposto talune formule, così da rendere necessario l’intervento giurisprudenziale, con tutti i rischi che un’attività così creativa può arrecare. Del resto, è stato evidenziato che l’utilizzo dei principi in sede normativa costituisce l’obbligata

conseguenza della mancata armonizzazione delle regole probatorie. Deve, infatti, rilevarsi che con la direttiva e la sua attuazione non vi è stata alcuna armonizzazione delle regole, come invece suggerito dal "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).

Sotto altro profilo, la trasposizione nostrana della procedura di emissione dell'ordine di indagine si presenta lineare ed essenziale, adattando i postulati della direttiva al procedimento italiano, sebbene, in tema di utilizzabilità del materiale probatorio raccolto tramite l'ordine di indagine europeo, lo sforzo del legislatore sia stato minimo, con rinvio a disposizioni analoghe a quelle cui sono sottoposte le prove assunte a seguito di rogatoria internazionale che sembrano non valorizzare la differenza sostanziale tra strumenti basati sulla mutua assistenza e strumenti basati sul mutuo riconoscimento.

Quanto ai diritti della difesa, il decreto presenta più disposizioni che afferiscono a questo tema: il diritto di sentire le parti quando sia il giudice ad emettere l'ordine di indagine, la possibilità per il pubblico ministero o suo delegato di partecipare all'esecuzione materiale all'estero, così da garantire i diritti della difesa riconosciuti dal diritto interno, la possibilità che l'autorità di emissione concordi con l'autorità straniera le modalità di compimento dell'atto di indagine o di prova con specifica indicazione dei diritti e delle facoltà «*riconosciuti dalla legge alle parti e ai loro difensori*». Compiute le operazioni è previsto un avviso alle parti e ai difensori così da consentire di conoscere le fonti di prova. Inoltre, è disciplinata la possibilità di impugnazione dell'ordine di indagine avente ad oggetto il sequestro a fini di prova.

Infine, il lavoro si sofferma sui particolari atti di indagine sottratti all'operatività dell'ordine di indagine dalla stessa normativa europea e connotati eccentricamente da una tendenziale armonizzazione delle regole probatorie; una parte definita "speciale" all'interno della normativa che, per il resto, miscela norme ispirate al mutuo riconoscimento e norme ancora inquadrabili nella mera assistenza giudiziaria.

Nel dettaglio, la seconda parte consta di cinque capitoli: il capitolo terzo analizza la direttiva mentre il quarto l'attuazione della stessa e l'impatto sul sistema italiano. Il successivo capitolo (il quinto) contiene un *focus* sull'emissione dell'ordine di indagine e il profilo delle garanzie difensive, con particolare riguardo al rapporto tra diritto di difesa e diritto alla prova. Se il capitolo quinto analizza la procedura "ordinaria", il sesto si sofferma sui "particolari atti di indagine" per i quali non opera l'ordine di indagine "ordinario", che è disciplinato prevalentemente secondo il modello del mutuo riconoscimento (sebbene, spesso, "temperato"). Tali atti sono il trasferimento temporaneo di persone detenute, l'audizione mediante videoconferenza o altra trasmissione audiovisiva, le informazioni relative a conti e operazioni bancarie e finanziarie, le operazioni sotto copertura, le intercettazioni di comunicazioni. Alcuni di questi atti sono stati oggetto anche della parallela riforma codicistica: di qui l'interesse già manifestato all'interno del capitolo primo.

Infine, l'ultimo capitolo torna su un tema che emerge in filigrana in tutto l'elaborato: quello della scelta del legislatore di abdicare rispetto alla possibilità, auspicata più volte ed emergente *expressis verbis* dal Trattato di Lisbona e dei vari Consigli europei, nel senso della armonizzazione, tra gli Stati membri dell'Unione, delle regole in merito all'ammissibilità e all'utilizzabilità della prova raccolta in Paese diverso da quello in cui si celebra il processo. Si vedrà, sul punto, che anche il legislatore interno si adagia su note minime, quelle che riproducono la medesima disciplina delle rogatorie, ignorando del tutto le diverse logiche che animano (o che avrebbero dovuto animare nelle intenzioni) l'ordine di indagine europeo.

PARTE I – RAPPORTI GIURISDIZIONALI TRA AUTORITÀ STRANIERE E PROVA PENALE

Capitolo primo

L'ASSUNZIONE DELLA PROVA IN TERRITORIO STRANIERO: DALLE ROGATORIE AGLI SVILUPPI PIÙ RECENTI

1. Dalle prime forme di cooperazione giudiziaria con l'estero alla "necessità" di individuare forme più efficaci di contrasto al crimine
2. La «dimensione» transnazionale del crimine
3. L'assistenza giudiziaria per l'assunzione di prove e il "sistema" delle rogatorie internazionali
4. (*Segue*) Il modello codicistico di rogatoria e le altre forme di cooperazione
5. (*Segue*) Il fenomeno delle trasferte: oltre il dogma della c.d. territorialità della giurisdizione
6. (*Segue*) Le rogatorie attive dal codice del 1988 alla riforma del 2017
7. L'utilizzabilità delle prove acquisite all'estero
8. L'acquisizione di "documenti" formati dall'autorità straniera *motu proprio*
9. Gli strumenti extrarogatoriali previsti dalla riforma del 2017
10. Le prove e le tecnologie moderne

1. Dalle prime forme di cooperazione giudiziaria con l'estero alla "necessità" di individuare forme più efficaci di contrasto al crimine

Le prime forme "codificate" di cooperazione giudiziaria con l'estero[1] risalgono agli anni '30 del secolo scorso[2]: è solo nel Codice Rocco che la materia dei rapporti giurisdizionali con autorità straniere assume dignità e reclama l'intitolazione di un apposito Libro (il quinto)[3]; in precedenza, il codice del 1913 già annoverava un "titolo" dedicato ai rapporti giurisdizionali tra le autorità italiane e straniere mentre nel codice del 1865 la materia era confinata in poche

[1] Per una sintesi che mette in evidenza gli albori della cooperazione internazionale a partire dalla reciprocità, G. LA GRECA, *Origine e primi sviluppi della cooperazione giudiziaria internazionale*, in G. LA GRECA-M.R. MARCHETTI (a cura di), *Rogatorie penali e cooperazione giudiziaria internazionale*, Giappichelli, 2003, p. 3 s., che data al codice penale sardo del 20 novembre 1859 il modello del primo codice di procedura penale dell'Italia unita del 1865. V. anche U. ALOISI-N. FINI, voce *Estradizione*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. VI, 1968, p. 1009 s.

[2] F. CORDERO, *Procedura penale*, 9ª ed., Giuffrè, 2012, p. 1247, osserva che il fenomeno degli Stati cooperanti rappresenta una «figura novecentesca» nonostante già i riformatori illuministi avessero «colto l'aspetto geopolitico della repressione penale, notando come sugli affari penali incidano eventi oltre confine», con l'effetto che «l'espediente diplomatico è diventato prassi, poi assetto normativo».

[3] Così la Relazione al progetto preliminare del 1988 (p. 344-345), in G. CONSO-V. GREVI-G. NEPPI MODONA (a cura di), *Il nuovo codice di procedura penale. Dalle leggi delega ai decreti delegati, Il progetto preliminare del 1988*, Cedam, 1990, vol. IV, p. 1480.

previsioni che ne mettevano in luce la nota di "specialità"[4]. Oggetto di studio "di confine" (oltre che di scarsa attenzione legislativa), anteriormente ai recenti sviluppi di cui si riferirà nel corso del presente lavoro, il tema dei rapporti giurisdizionali era altresì relegato in un'area di scarso interesse dottrinale[5] e, salvo casi eclatanti, affidato ad una prassi elaborata grazie alla buona volontà degli addetti ai lavori (con tutti i limiti delle soluzioni pratiche) che, per fronteggiare l'inadeguatezza del sistema, andavano alla ricerca di "procedure" basate su regole non codificate[6].

Neppure in occasione dei lavori propedeutici al nuovo codice di procedura si è assistito ad un cambio di rotta. La legge delega 16 febbraio 1987, n. 81, avente ad oggetto la "Delega legislativa al Governo della Repubblica per l'emanazione del nuovo codice di procedura penale", infatti, non sembra preoccuparsi specificamente dei rapporti giurisdizionali con le autorità straniere. Uno scarno richiamo è contenuto nell'art. 2 della legge delega che fa obbligo al legislatore delegato di «*attuare i principi della Costituzione e adeguarsi alle norme delle convenzioni internazionali ratificate dall'Italia*[7] *e relative ai diritti della persona e al processo penale*»; anche dalla Relazione al progetto

[4] Principalmente la materia della assistenza giudiziaria si trovava incorporata nelle convenzioni di estradizione, in posizione ancillare rispetto ad essa, G. LA GRECA, *Origine*, cit., p. 7. Il superamento di tale ruolo inizia con il passaggio alle convenzioni plurilaterali che disciplinano le rogatorie, prima fra tutte la Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale (Strasburgo, 1959 – c.d. CEAG) che cerca di regolare il settore per gli Stati facenti parte del Consiglio d'Europa, M.R. MARCHETTI, *Dalle convenzioni bilaterali alle "nuove" forme di assistenza*, in G. LA GRECA-M.R. MARCHETTI (a cura di), (a cura di), *Rogatorie penali*, cit., p. 10. Per una panoramica della cooperazione precedente al Codice Rocco, v. EAD., *L'assistenza giudiziaria internazionale*, Giuffrè, 2005, p. 4 s. V. anche M. PISANI, *I «rapporti giurisdizionali con autorità straniere» e il nuovo Codice di procedura penale*, in *Ind. pen.*, 1988, p. 122.

[5] Tra gli altri, G. DI CHIARA, *Riflessioni ed esperienze in tema di assunzioni probatorie all'estero: spunti per una premessa*, in G. DI FEDERICO-G. DI CHIARA, *Cooperazione tra Stati ed assunzione della prova in territorio straniero*, ESI, 1994, p. 3, riferisce di una «periferia del dibattito». G. LA GRECA, *Origine*, cit., p. 1, definisce «appartato» lo spazio occupato dal tema. M.R. MARCHETTI, *Cooperazione giudiziaria: innovazioni apportate e occasioni perdute*, in *Dir. pen. proc*., 2017, p. 1545, utilizza il termine "indifferenza" per descrivere l'approccio del legislatore penale italiano che solo di recente si sarebbe «scrollato di dosso il torpore» da cui era «avviluppato». M. PISANI, *I rapporti giurisdizionali con autorità straniere, tre anni dopo*, in *Ind. pen.*, 1992, p. 521, qualifica i rapporti giurisdizionali con le autorità straniere in termini di esotismo.

[6] Denuncia l'inadeguatezza del sistema, con particolare riferimento al sistema delle rogatorie, tra gli altri, A. GAITO, *Oscillazioni giurisdizionali in tema di metodi alternativi alle rogatorie internazionali*, in *Giur. it*., 1985, II, c. 442 s.

[7] All'epoca le convenzioni in essere erano la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, la Convenzione europea di estradizione e la Convenzione europea di assistenza giudiziaria (maturata in seno al Consiglio d'Europa) del 1959.

preliminare del codice di procedura del 1988 traspare rassegnazione riguardo allo scarso rilievo che la legge delega ha riservato al tema dei rapporti giurisdizionali con autorità straniere, fatta eccezione per l'indicazione generale contenuta nel preambolo dell'art. 2[8].

Il legislatore delegato ha scelto di racchiudere la disciplina in un intero Libro (l'XI): tale scelta, però, non esprime la volontà di "rinchiudere" la disciplina dei rapporti con le autorità straniere all'interno del codice di rito[9]; il settore della cooperazione penale non è infatti circoscritto agli istituti ivi disciplinati (estradizione, rogatorie, riconoscimento della sentenza penale straniera, esecuzione all'estero della sentenza penale italiana). Ne è implicita testimonianza la disposizione del "nuovo" codice (art. 696 c.p.p. "*Prevalenza delle convenzioni e del diritto internazionale generale*")[10] che, riproponendo lo schema del codice abrogato (art. 656 c.p.p. abr.)[11], stabilisce il criterio di

[8] Secondo M. PISANI, *I rapporti giurisdizionali con autorità straniere, tre anni dopo*, cit., p. 522, il legislatore delegato ha interpretato la «mancanza di principi e criteri direttivi specifici» nel senso di «mantenere sostanzialmente inalterata l'impostazione del codice 1930». Cfr. M. PISANI-F. MOSCONI, *Verso uno "spazio giudiziario europeo"*, in Premessa al *Codice delle leggi di estradizione ed assistenza giudiziaria penale degli Stati membri delle Comunità Europee*, Giuffrè, 1983, p. VI s.; v. anche G. DI CHIARA, *Riflessioni ed esperienze*, cit., p. 4.

[9] La Relazione al progetto preliminare del 1988 (p. 344-345), in G. CONSO-V. GREVI-G. NEPPI MODONA (a cura di), *Il nuovo codice di procedura penale*, cit., p. 1481, sottolineava la "peculiarità" italiana (comune solo alla Grecia, tra i Paesi membri della allora Comunità europea) di una la disciplina dei rapporti con le autorità straniere «ristretta entro le norme di un codice, e per di più di un codice il cui perimetro coincide con quello del testo in vigore, datato 1930». M. PISANI, *I «rapporti giurisdizionali con autorità straniere» e il nuovo Codice di procedura penale*, cit., p. 123, critica la scelta di contenere la disciplina-base delle norme processuali relative alla cooperazione internazionale in materia penale «ristretta entro le norme del codice». Si è altresì criticata la scelta sistematica di preferire il collocamento della disciplina all'interno del codice di rito rispetto all'idea di una legge speciale extracodicistica che regolasse l'intera materia della cooperazione giudiziaria interstatuale. Cfr. M. PISANI-F. MOSCONI, *Verso uno "spazio giudiziario europeo"*, cit., p. VI s. Secondo G. DI CHIARA, voce *Rapporti giurisdizionali con autorità straniere*, in *Enc. dir*., Agg. II, 1998, p. 860, la scelta è in linea con l'esperienza italiana e il silenzio della legge delega avrebbe indotto il legislatore «ad incanalarsi ancora nel solco della scelta tradizionale».

[10] Per un commento recente, G. DE AMICIS, *Prevalenza del diritto dell'Unione europea, delle Convenzioni e del diritto internazionale in generale*, in A. MARANDOLA (a cura di), *Cooperazione giudiziaria penale*, Giuffrè, 2018, p. 4 s.

[11] In realtà anche il codice di procedura penale del 1913, all'art. 635, prevedeva una formula non dissimile, così M.R. MARCHETTI, *Rapporti giurisdizionali con autorità straniere*, in G. CONSO-V. GREVI-M. BARGIS (a cura di), *Compendio di procedura penale*, 9ª ed., Cedam, 2018, p. 1068. V. anche G. BARROCU, sub *art. 696 c.p.p.*, in G. CONSO-G. ILLUMINATI (a cura di), *Commentario breve al codice di procedura penale*, 2ª ed., Cedam, 2015, p. 3065, che rileva come si tratti di una scelta risalente in controtendenza rispetto ad altri sistemi continentali. Per l'esame dell'art. 656 c.p.p. abr., v. A. GAITO, *Dei rapporti giurisdizionali con autorità straniere*, Cedam, 1985.

prevalenza della normativa sovranazionale[12], puntualizzando che le norme codicistiche hanno funzione suppletiva della disciplina sovranazionale applicandosi solo laddove le norme internazionali (di tipo convenzionale o di diritto internazionale generale[13]) manchino o non dispongano diversamente[14].

[12] V. i trattati multilaterali e bilaterali e, soprattutto, considerata la prospettiva "europea" del presente lavoro, la CEAG del 1959, tra gli Stati membri del Consiglio d'Europa e, in seguito, la Convenzione europea di assistenza fra gli Stati membri dell'Unione europea, firmata a Bruxelles il 29 maggio 2000 (c.d. MAP), D. CARCANO, *Norme comuni e norme internazionali sull'assistenza giudiziaria in materia penale*, in *Doc. giust*., 2000, n. 6, c. 1044 s.

[13] Tali sono le norme consuetudinarie identificate dalla concomitanza della *diuturnitas* e della *opinio juris ac necessitatis*: ne sono un esempio, nella materia *de qua*, le norme in tema di sovranità e quelle sul trattamento degli stranieri. V. E. CALVANESE, *Tipologia e gerarchia delle fonti*, in G. LA GRECA-M.R. MARCHETTI (a cura di), *Rogatorie penali*, cit., p. 34 s. che, sul punto, ricorda la «graduale perdita di importanza del diritto consuetudinario» provocata dalla «lentezza del processo di adeguamento», dalla «tendenza alla 'regionalizzazione' del diritto internazionale» e dalla «progressiva trasposizione (...) di molti principi di fonte consuetudinaria in testi convenzionali».

[14] G. DI CHIARA, voce *Rapporti giurisdizionali*, cit., p. 861. La fonte normativa primaria è costituita dalle convenzioni internazionali sempre privilegiate rispetto alle disposizioni interne. G. BARROCU, sub *art. 696 c.p.p.*, cit., p. 3065 s., osserva che la scelta originaria fu nel senso di effettuare un rinvio generico alle fonti pattizie senza espressamente richiamare quelle europee, senonché fu in occasione della ratifica dell'Accordo con la Svizzera (l. 5 ottobre 2001, n. 367), aggiuntivo alla Convenzione europea di assistenza giudiziaria del 1959, che la disposizione venne modificata con un esplicito richiamo alla CEAG; in termini, R. BELFIORE, *La prova penale "raccolta" all'estero*, Aracne, 2014, p. 18; G. DARAIO, *La circolazione della prova nello spazio giudiziario europeo*, in L. KALB (a cura di), *"Spazio europeo di giustizia" e procedimento penale italiano. Adattamenti normativi e approdi giurisprudenziali*, Giappichelli, 2012, p. 541. Anche G. DIOTALLEVI, sub *artt. 696-746*, in G. LATTANZI-E. LUPO, *Codice di procedura penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, Giuffrè, 2012, vol. X, p. 5, riconosce all'art. 696 c.p.p. il ruolo di esplicitare la gerarchia delle fonti in materia e di fissazione dei criteri interpretativi per individuare la disciplina del caso concreto. Per F. MOSCONI, sub *art. 696 c.p.p.*, in M. CHIAVARIO (a cura di), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, vol. VI, Utet, 1991, p. 679 s., la disposizione ha carattere ricognitivo e «tende a fotografare l'intreccio normativo e a rammentare (...) come scioglierlo». In termini di funzione "pedagogica" per l'interprete che deve individuare la norma convenzionale, anche E. CALVANESE, *Tipologia*, cit., p. 42 s., che critica la debolezza della formulazione legislativa di fronte alla complessità del quadro normativo. Aspramente critico, sebbene in riferimento al codice previgente la cui disposizione è stata sostanzialmente riproposta, R. QUADRI, voce *Estradizione (dir. intern.)*, in *Enc. dir*., XVI, 1967, p. 16, ritiene superflua una norma ricognitiva di rinvio, perché i codici non possono «dettar legge alle leggi» né possono «per legge regolare il valore delle norme di origine convenzionale». Circa le modifiche del 2001 apportate dalla legge n. 367 del 2001, v. R. FOIS, sub *art. 9 L. 5.10.2001, n. 367*, in *Leg. pen.*, 2002, p. 709 s. Infine, con il d.lgs. 3 ottobre 2017, n. 149, l'art. 696 c.p.p. è stato nuovamente modificato includendo il riferimento alla normativa regionale europea e affermando espressamente il criterio della prevalenza del diritto dell'Unione europea (oltre che quello della prevalenza delle convenzioni e del diritto internazionale generale) e la natura sussidiaria della disciplina del Libro XI. Secondo il riformato art. 696 c.p.p. nei rapporti con gli Stati membri dell'Unione europea si applicano prioritariamente le norme dei Trattati e dei relativi atti normativi di attuazione e, se tali norme mancano o non dispongono diversamente, le convenzioni internazionali e le norme di diritto internazionale generale. Diversamente, nei rapporti con Paesi extra Unione europea si applicano prioritariamente le norme delle convenzioni internazionali in vigore per lo Stato e le norme di diritto internazionale generale. In via residuale, sia nei rapporti con gli Stati membri dell'Unione europea sia nei rapporti con Paesi terzi, se mancano le norme indicate o non sia diversamente disposto, si applicano le disposizioni del Libro XI del codice di procedura penale. Tuttavia, il comma 4 dell'art. 696 c.p.p. stabilisce che quando manchino idonee garanzie di reciprocità, il ministro della giustizia può non dare corso alle domande di cooperazione giudiziaria.

Tanto premesso con riguardo al perimetro di applicabilità delle disposizioni codicistiche, già in una prima fase successiva al codice del 1988 la dottrina osservava esserci un divario tra la normativa interna e l'esperienza applicativa, tanto più che il codice riproduceva «lacune e sfocature codicistiche»[15] di epoca remota[16]. In particolare, alla cooperazione probatoria il codice del 1988 riservava poca attenzione: era previsto solo il duplice piano, attivo e passivo, delle rogatorie internazionali, con un procedimento lungo in cui dominava la figura politica del ministro della giustizia. Inversamente proporzionali, invece, erano le forme di superamento dei problemi di stampo pratico: di qui le evoluzioni[17] che hanno preparato il terreno per il dibattito attorno alle convenzioni internazionali nel tentativo di superare le inadeguatezze del sistema disegnato dal "nuovo" codice, ma sostanzialmente ereditate dal passato[18].

2. La «dimensione» transnazionale del crimine

Si è visto che l'esigenza della cooperazione giudiziaria in materia penale è stata avvertita già ai tempi della stesura del codice di procedura del 1988[19] e che anche più in là nel tempo vi erano forme di collaborazione tra gli Stati, tuttavia,

---

[15] Testualmente, v. G. DI FEDERICO, *Lo sviluppo della cooperazione giudiziaria tra gli Stati e lo studio della "*law in action*"*, in G. DI FEDERICO-G. DI CHIARA, *Cooperazione tra Stati*, cit., p. IX.

[16] Cfr. Relazione al progetto preliminare del 1988, in G. CONSO-V. GREVI-G. NEPPI MODONA (a cura di), *Il nuovo codice di procedura penale*, cit., p. 1480, nonché M. PISANI, *I «rapporti giurisdizionali con autorità straniere» e il nuovo Codice di procedura penale*, cit., p. 122. Secondo A. CIAMPI, *L'assunzione di prove penali all'estero e esercizio dei diritti di difesa dell'imputato*, in *Doc. giust*., 2000, n. 6, c. 1083, alla sostanziale riproduzione delle disposizioni previgenti si deve un disallineamento con la nuova disciplina del processo penale delineata dal codice del 1988.

[17] Per descrivere l'evoluzione si parla di passaggio «dalle prime morfologie "artigianali" a forme particolarmente sofisticate di collaborazione "partecipata"», G. DI FEDERICO, *Lo sviluppo*, cit., p. IX. + esempio

[18] M. PISANI, *La rogatoria attiva in materia penale: un istituto in crisi*, in *Giur. it*., 1968, II, c. 355 s. In questo senso anche G. MELILLO, *Tecniche investigative speciali e squadre investigative comuni*, in G. ILLUMINATI (a cura di), *Prova penale e Unione europea*, BUP, 2009, p. 108.

[19] Già nel parere reso dalla Facoltà di giurisprudenza dell'Università degli Studi di Parma alla Relazione al progetto preliminare del 1988 (p. 35-36), *cit.*, p. 1481, a giustificare la necessità di aggiornare la disciplina dei rapporti giurisdizionali con le autorità straniere, si indicavano «alcuni degli elementi» tra cui «il mutare della situazione storica, l'evolversi dei rapporti internazionali, lo sviluppo delle comunicazioni, l'incremento della criminalità organizzata» a testimoniare che questa esigenza era già riscontrabile alla fine degli anni '80 del secolo scorso e, per quello che più rileva, già avvertito come necessitante di considerazione da parte del legislatore moderno.

solo negli ultimi decenni la cooperazione si è imposta come strumento decisivo per evitare l'impunità di chi delinque. Si è infatti estesa l'area di interesse penale della comunità internazionale[20] e dei singoli Stati che hanno dovuto fronteggiare, con più frequenza rispetto al passato, crimini che si frantumano dal punto di vista spaziale[21], producendo effetti su territori appartenenti alla sovranità di più Stati[22]: se la sovranità dello Stato è ristretta entro i confini territoriali[23] come perseguire autori di reato che si muovono nello spazio e compiono reati che "attraversano" più territori? Si è assistito, infatti, ad una radicale trasformazione dei fenomeni criminali, soprattutto quelli organizzati, che spesso valicano i confini del singolo Stato[24]. Le ragioni sono riscontrabili su un duplice piano[25]: vi sono fenomeni

[20] Si pensi, per restare all'ambito regionale, al progressivo interesse dell'Unione europea alla "*matière pénale*", tanto relativa ai reati PIF quanto a garantire lo Spazio di libertà, sicurezza e giustizia. V. R. SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell'Unione europea*, Giuffrè, 2005; C. SOTIS, *Il Trattato di Lisbona e le competenze penali dell'Unione europea*, in *Cass. pen*., 2010, p. 1146 s.; ID., *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Giuffrè, 2007.

[21] G. DE AMICIS, *Cooperazione giudiziaria e criminalità transnazionale: l'esigenza del coordinamento investigativo*, in *Giur. mer.*, 2003, p. 2655, evidenzia che, quanto ad alcuni reati, a fronte della frantumazione della dimensione spaziale, quella temporale è unificata. V. anche N. GALANTINI, *La cooperazione internazionale per la ricerca e l'acquisizione della prova*, in O. DOMINIONI (a cura di), *Argomenti di procedura penale internazionale*, Unicopli, 1982, p. 42. Ulteriormente a queste connotazioni, R. BELFIORE, *La prova penale*, cit., p. 126, osserva che vi è una dimensione «per così dire materiale», con riferimento all'attacco alle risorse finanziarie dell'Unione europea.

[22] Stato sovrano è l'ordinamento giuridico che sorge a titolo originario e non riconosce alcun ordinamento superiore. Caratteristica essenziale dell'ordinamento è quella di regolare l'uso della forza, monopolizzandola, G. CATELANI, *I rapporti internazionali in materia penale*, Giuffrè, 1995, p. 1. Cfr. anche E.A. IMPARATO, *Sovranità e sicurezza. Un connubio ancora vincente?*, in C. SBAILÒ (a cura di), *Difesa europea. Quali prospettive*, Federalismi, 14 gennaio 2019, p. 34 s. Per un *excursus* filosofico e storico sulla nozione di sovranità (sovrano è colui che superiore, che ha la supremazia e la potestà "circoscritte" ai confini territoriali), v. l'agevole contributo di G. STEA, *La cooperazione per la neutralizzazione del crimine transnazionale tra sovranità*, ne bis in idem *e cittadinanza*, in *Arch. pen*., 2019, 1, p. 2 s., cui si rinvia anche per la bibliografia citata.

[23] Si parla di ultraterritorialità della giurisdizione (e con essa della legge processuale penale) per indicare che lo Stato «ha la possibilità di assoggettare alle proprie norme tutti i fatti dovunque si avverino e tutti i soggetti, anche non cittadini, dovunque si trovino», così, M.T. STURLA, *Sulla c.d. ultraterritorialità della legge processuale penale*, in *Cass. pen., Mass. ann*., 1982, p. 572, che osserva, inoltre, come sia «solo per ragioni di opportunità» che il legislatore pone «limiti spaziali alla giurisdizione, che, in se stessa, è virtualmente universale». Dal punto di vista internazionale, il limite consiste nel divieto di compiere atti concreti e materiali di giurisdizione da parte di organi appartenenti ad altri Stati, v. P. ZICCARDI, *Intorno ai limiti della legge e della giurisdizione penale italiana*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1950, p. 463: è in questo senso che «è lecito parlare di un principio di territorialità della giurisdizione penale», così M.T. STURLA, *Sulla c.d. ultraterritorialità*, cit., p. 572. V. anche V. ESPOSITO, voce *Rapporti giurisdizionali con autorità straniere*, in *Enc. giur. Treccani*, XXV, 1991, p. 1.

[24] G. LATTANZI, *Tempi duri in Italia per la cooperazione giudiziaria*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 1529, afferma che è vero che le frontiere sono cadute per i criminali, ma lo stesso non vale per la polizia giudiziaria e l'autorità giudiziaria. Inoltre, la criminalità in esame «si muove disinvoltamente tra diversi Stati e anche tra diversi continenti, assai più disinvoltamente di quanto possano fare gli apparati di polizia e gli apparati giudiziari, per i quali invece le frontiere continuano a costituire ostacoli rilevanti, che

criminali che presuppongono relazioni interorganiche e assetti organizzativi che interessano il territorio di più Stati[26] e vi sono fenomeni che strumentalizzano «filtri esteri», come un utilizzo disinvolto del sistema bancario internazionale[27], per la realizzazione di scopi criminali. In generale, però, sdoganati gli spostamenti di persone e di beni e, inoltre, diffusi in modo capillare gli strumenti tecnologici e informatici[28], gli autori dei crimini hanno potuto superare facilmente ogni limite spaziale, contaminando spazi prima preclusi e ingigantendo l'area di interessi offesi – tanto su un piano individuale che collettivo – oltre che la platea di interessati appartenenti a Stati diversi[29].

Se questo è lo sfondo su cui si staglia la cooperazione, l'orizzonte è caratterizzato dalla prospettiva di ampliare le possibilità per le autorità dei singoli Stati di stare al passo – talvolta è una affannosa rincorsa – delle rapide evoluzioni tecnologiche e territoriali della criminalità contemporanea[30]: del resto, si può

---

generalmente ritardano e a volte addirittura bloccano le indagini, come avviene quando sono interessati i c.d. paesi non cooperativi, rifugi confortevoli per persone e beni da sottrarre alle attività di giustizia». V. anche ID., *La nuova dimensione della cooperazione giudiziaria*, in *Doc. giust.*, 2000, n. 6, c. 1037 s.

[25] La "catalogazione" delle ragioni del travalicamento del fenomeno criminale organizzato da un territorio ad un altro sono illustrate da G. DI FEDERICO, *cit.*, p. XIV. V. anche G. DE AMICIS, *Cooperazione giudiziaria e criminalità transnazionale,* cit., p. 2655.

[26] È la stessa organizzazione del circuito criminale internazionale che determina lo sconfinamento nel territorio di più Stati: si pensi al traffico di sostanze stupefacenti, v. B. PIATTOLI, *Cooperazione giudiziaria e pubblico ministero europeo*, Giuffrè, 2002, p. 40 s.

[27] Si tratta di una conseguenza dell'ampliamento di mercati economici, v. B. PIATTOLI, *Cooperazione giudiziaria*, cit., p. 43.

[28] C.A. FANEGO, *Prova dichiarativa e proposta di decisione quadro su determinati diritti processuali nel processo penale*, in G. ILLUMINATI (a cura di), *Prova penale,* cit., p. 119; E. SELVAGGI, *Il mandato europeo di arresto alla prova dei fatti*, in *Cass. pen*., 2002, p. 2979. L.A. ZAPATERO, *Politica criminale e stato di diritto nelle società contemporanee*, in C.E. PALIERO-F. VIGANÒ (a cura di), *Europa e diritto penale*, Giuffrè, 2013, p. 7, scrive di «opportunità del tutto inedite» per le organizzazioni criminali. Per un *focus* sulla prova digitale (che riguarda non solo i crimini informatici ma ormai anche quelli comuni), v. M.A. BIASIOTTI-M. EPIFANI-F. TURCHI (a cura di), *Trattamento e scambio della prova digitale in Europa*, ESI, 2015.

[29] E. APRILE, *Diritto processuale penale europeo e internazionale*, Cedam, 2007, p. 2; A. SCELLA, *Squadre investigative comuni*, in AA. VV., *Investigazioni e prove transnazionali*, Giuffrè, 2016, p. 141. N. PARISI, *Su taluni limiti nell'attività di ricerca e acquisizione della prova penale di reati informatici*, in P. CORSO-E. ZANETTI, *Studi in onore di Mario Pisani*, II, La Tribuna, 2010, p. 446, inoltre, sottolinea che vi è stato «un ampliamento delle materie e degli interessi della comunità internazionale, la quale rivendica per sé materie tradizionalmente ricomprese entro la sfera della *domestic jurisdiction* degli Stati – come è appunto quella che riguarda l'amministrazione della giustizia –, tramite l'intervento normativo sul terreno delle modalità, dei limiti, dell'organizzazione, dell'esercizio stesso dell'azione penale».

[30] L'attività di repressione "insegue" quella della criminalità e si appropria delle evoluzioni per trasformarle in strumenti giudiziari e investigativi. Si pensi alla criminalità informatica e alle scienze investigative forensi (ad es., i *trojan* sono divenuti strumento di contrasto ma nascono come strumenti illeciti). In dottrina, tra i molti, G. DE AMICIS, *Problemi e prospettive della cooperazione giudiziaria*

punire solo qualcosa che pre-esiste[31]. Invero, per opporsi alla "frontiera" criminale di un fenomeno socio-economico quale la globalizzazione[32] – che ha condotto ad una «dimensione»[33] transnazionale[34] del crimine e allo "svaporamento" dei confini nazionali[35] e, di conseguenza, dei confini della potestà punitiva[36] – anche la cooperazione giudiziaria ha dovuto cambiare fisionomia[37].

---

penale in ambito europeo: forme e modelli di collaborazione alla luce del titolo VI del Trattato di Amsterdam, in *Giur. mer.*, 2002, p. 291 s. V. anche G. FIORELLI, *Dimensione transfrontaliera della giustizia penale: l'ordine investigativo europeo*, in R. DEL COCO-E. PISTOIA (a cura di), *Stranieri e giustizia penale. Problemi di perseguibilità e di garanzie nella normativa nazionale ed europea*, Cacucci, 2014, p. 87 s.; A. MACRILLÒ, Eurojust *e l'attuazione degli accordi Onu contro il crimine organizzato transnazionale*, in L. FILIPPI-P. GUALTIERI-P. MOSCARINI-A. SCALFATI (a cura di), *La circolazione investigativa nello spazio giuridico europeo: strumenti, soggetti, risultati*, Cedam, 2010, p. 43 s.; D. VIGONI, *Rogatoria penale internazionale e strumenti alternativi*, in *Ind. pen.*, 1986, p. 480.

[31] G. LATTANZI, *La nuova dimensione*, cit., c. 1038.

[32] E. SELVAGGI, *Le nuove forme della cooperazione: un ponte verso il futuro*, in G. LA GRECA-M.R. MARCHETTI (a cura di), *Rogatorie penali*, cit., p. 467 s., dal presupposto che comune sia il nemico, conclude che alla globalizzazione della criminalità deve corrispondere «la globalizzazione dell'azione di contrasto». V. anche ID., *Il mandato europeo*, cit., p. 2979.

[33] «Dimensione» transnazionale del crimine sta qui a significare non tanto (o non solo) la misura del fenomeno, ma anche il suo *ubi consistam*, un nuovo modo di essere della criminalità che irrompe in spazi – anche virtuali – diversi dalla «dimensione» nazionale costringendo il detentore del potere punitivo a un nuovo modo di operare e, prima ancora, di pensare. V. G. LATTANZI, *La nuova dimensione della cooperazione giudiziaria*, in *Doc. giust.*, 2000, n. 6, c. 1037. Utilizza l'espressione «dimensione», sebbene riguardo all'ambito europeo, G. ILLUMINATI, *Premessa*, in ID. (a cura di), *Prova penale*, cit., p. 5.

[34] S. BUZZELLI, *Le videoconferenze transnazionali*, in *Proc. pen. giust.*, 2017, 2, p. 327, puntualizza che, stando al territorio dell'Unione europea, il termine transnazionale è più corretto di transfrontaliero, se applicato allo spazio europeo che «per definizione, è privo di frontiere interne». L'abbattimento delle frontiere, tuttavia, non significa che non rimangano le nazioni sicché transnazionale è termine più corretto.

[35] Così E. SELVAGGI, *L'ordine europeo di indagine – EIO: come funziona?*, in *Cass. pen.*, 2018, p. 44. Al riguardo M. PISANI, *Criminalità organizzata e cooperazione internazionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, p. 703, osserva che i teatri operativi del crimine sono andati "oltre" gli Stati e che l'impresa criminale multinazionale percorre «gli itinerari della globalizzazione dell'economia» con spregiudicatezza: «senza regole, senza remore e senza limiti, soltanto prestando obbedienza alla *lex maxima* del profitto». V. anche G. DARAIO, *La circolazione*, cit., p. 504 s., nonché F. CORDERO, *Precetti costituzionali e rogatorie ovvero: l'arte della mannaia*, in *Dir. e giust.*, 2001, n. 43, p. 10, che osserva: «sono affare arduo le prove d'accusa da raccogliere o costituire all'estero: spesso l'antagonista è una criminalità dalle tecnologie agguerrite, opulenta, proteiforme, strategicamente radicata, esperta d'adescamenti, pronta alle occasioni, leguleia…»; in termini, ID., *Procedura penale*, cit., p. 1262 s. V., inoltre, N. PARISI, *Su taluni limiti*, cit., p. 446; B. PIATTOLI, *Cooperazione giudiziaria*, cit., p. 38.

[36] Sul legame tra sovranità e confini, v. A. SCELLA, *Squadre investigative*, cit., p. 142: «il *rex* è investito del massimo potere, proprio perché investito della missione di delimitare il territorio nazionale e il territorio straniero, oltre che – metaforicamente – d'indicare la via da seguire, determinando ciò che è, in senso proprio, 'retto'». V. anche M. ROMANI, *Servizi di polizia internazionale, cooperazione giudiziaria e terzo pilastro dell'Unione europea*, Cedam, 2009, p. 24 s. In proposito, E.A. IMPARATO, *Sovranità e sicurezza. Un connubio ancora vincente?*, cit., p. 38, riportando le elaborazioni della dottrina, sottolinea il legame tra sovranità e sicurezza, nel senso di protezione del sovrano nei confronti dei sudditi, sovrano che è l'unico a detenere il potere punitivo «giacchè il bene, l'ordine e la sicurezza pubblica appaiono una sola cosa con il potere sovrano» (cit., p. 39). V. anche G. STEA, *La cooperazione per la neutralizzazione del crimine transnazionale tra sovranità, ne bis in idem e cittadinanza*, cit., p. 6, che mette in luce come

La premessa è un ripensamento dei rapporti tra gli Stati che si pone non in termini di spontanea evoluzione bensì di necessità, nata dalla dimensione sempre più "organizzata" assunta dalla criminalità[38], che impone di reagire "organizzando" il sistema repressivo in modo innovativo e consapevole dei problemi della giustizia penale transnazionale «più disancorata dai modelli consolidati della sovranità territoriale»[39] e attraverso una progressiva attenuazione del principio di territorialità della legge penale[40].

«l'estensione dell'ordinamento giuridico oltre i confini territoriali statuali stempera l'esigenza della conquista di altri territori per allargare l'influenza sovrana nazionale, così assicurando la sicurezza e la pace internazionale»; ciò è un effetto – prosegue l'Autore – «della c.d. globalizzazione, che non ha cancellato la sovranità statuale, ma l'ha resa relativa e non-esclusiva».

[37] 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, p. 3044, riportano l'intervento di Pietro Grasso, Presidente del Senato, all'incontro di studio tenutosi in Roma il 18 marzo 2016, secondo cui non potendo i fenomeni criminali recenti essere contrastati dai singoli Stati, diviene necessario superare le forme di cooperazione obsolete, i meccanismi farraginosi e gli ostacoli di carattere politico. V. anche E. ANDOLINA, *Cooperazione-integrazione penale nell'Unione europea*, in *Cass. pen.*, 2001, p. 2902; S. D'ARIENZO, *Profili internazionalistici della "videoconferenza"*, in M. CHIAVARIO (a cura di), *Nuove tecnologie e processo penale. Giustizia e scienza: saperi diversi a confronto*, Giappichelli, 2006, p. 120 s.; S. MARANELLA, *Origine ed evoluzione della cooperazione giudiziaria in materia penale nell'Unione europea*, Parte I, in *Temi Romana*, 2015, 3, p. 46; E. SELVAGGI, *Le nuove forme della cooperazione*, cit., p. 468.

[38] G. DE AMICIS, *Cooperazione giudiziaria e criminalità transnazionale,* cit., p. 2654, a proposito dell'area europea, scrive di una criminalità con un «solido radicamento multiterritoriale» connotata da dinamicità, flessibilità e capacità di adattamento e che spesso forma «partenariati» abili a sfruttare le differenze giuridiche tra gli Stati. M. PISANI, *Criminalità organizzata e giustizia organizzata*, cit., p. 493, sottolinea la pluridimensionalità delle direzioni operative della criminalità organizzata che opera «non solo *contro* lo Stato, ma anche *entro* lo Stato, ed *oltre* lo Stato (oltre i suoi confini territoriali)». V. anche G. DARAIO, *La circolazione*, cit., p. 505; G. DI CHIARA, *Riflessioni ed esperienze*, cit., p. 6; G. LATTANZI, *La nuova dimensione della cooperazione giudiziaria*, in *Doc. giust*., 2000, n. 6, c. 1037; N. PARISI, *Su taluni limiti,* cit., p. 446; A. VITALE, *Le squadre investigative comuni*, in L. FILIPPI-P. GUALTIERI-P. MOSCARINI-A. SCALFATI, *La circolazione investigativa*, cit., p. 67 s.

[39] V. M. PISANI, *op. ult. cit.*, p. 493 s.; ID., *Cooperazione giudiziaria in materia penale e diritti dell'uomo*, in C. ZANGHÌ-L. PANELLA (a cura di), *Cooperazione giudiziaria in materia penale e diritti dell'uomo*, Giappichelli, 2004, p. 168. V. anche G. DI CHIARA, voce *Rapporti giurisdizionali,* cit., p. 859 s.; G. LA GRECA, *Origine*, cit., p. 1, che sottolinea la consapevolezza degli Stati riguardo alla necessità di «unire le forze al di qual e al di là delle frontiere per porre in atto migliori politiche di prevenzione e di repressione del crimine». E. SELVAGGI, *La nuova legge sulle rogatorie*, in *Cass. pen.*, 2001, p. 3252, evidenzia come «l'accresciuta mobilità delle persone e dei capitali» unita alla «accentuata pericolosità delle forme di criminalità» hanno mostrato «la debolezza delle forme tradizionali della cooperazione giudiziaria, sostanzialmente basata sulla convenzione di mutua assistenza del 1959». L'Autore, pertanto, suggerisce di avviare una «riflessione profonda sul significato della cooperazione giudiziaria in una società globalizzata (...) nella condivisa consapevolezza di dovere superare il concetto tradizionale di assistenza giudiziaria (...) intesa come «aiuto» che uno Stato dà a un altro Stato per consentirgli di perseguire i suoi fini di giustizia – quasi una concessione –, per costruire un sistema che esprima una comune lotta contro la criminalità»; a un tempo, lo Stato "collabora" ma persegue anche interessi propri e quelli della comunità internazionale.

[40] G. DIOTALLEVI, sub *artt. 696-746*, cit., p. 4. V. anche G. DARAIO, *La circolazione*, cit., p. 506. Con specifico riferimento al contesto unionale, M. CHIAVARIO, *Giustizia europea e processo penale: nuovi scenari e nuovi problemi*, in *Leg. pen*., 2008, p. 465, afferma che la parziale «erosione del dogma della

Restringendo lo sguardo all'ambito europeo[41], il cuore del problema è costituito dall'esigenza di combattere una criminalità che approfitta del venir meno delle frontiere interne nell'area dell'Unione e del venir meno dei controlli, grazie alla piena libertà di circolazione[42] (delle persone, delle merci, dei capitali) nel territorio dell'Unione[43]: il paradosso è che si aprono le frontiere ai criminali e – in un sistema tradizionale – si chiudono alle autorità deputate di accertare e reprimere i reati[44]. Il passaggio da uno spazio senza frontiere interne per la circolazione di persone e fattori produttivi a uno spazio senza frontiere giudiziarie ha dunque comportato la necessità di internazionalizzare la repressione[45], attraverso l'instaurazione di forme di collaborazione più incisive

---

sovranità nazionale come impedimento a certe forme di collaborazione a fini di giustizia» non cancella «prerogative importanti, che continuano ad essere riservate agli Stati nazionali, i quali, in particolare, non cedono nulla all'Europa quanto ad esercizio della giurisdizione in materia penale» ma consentono forme di collaborazione tra gli Stati. Effetto di un nuovo modo di intendere siffatta collaborazione è quello, secondo l'Autore, di «non scorgere più, nella presenza di autorità dello Stato richiedente all'esecuzione degli atti richiesti, un evento eccezionale» nonché «l'adozione, ai fini di quell'esecuzione, delle forme e delle procedure indicate dallo Stato richiedente». V. anche ID., *Giustizia penale e cooperazione tra Stati: fonti e strutture transnazionali*, in ID., *Diritto processuale penale*, 7ª ed., Utet, 2017, p. 908 s.; v. anche E. ANDOLINA, *Cooperazione-integrazione*, cit., p. 2904.

[41] Secondo G. DI CHIARA, voce *Rapporti giurisdizionali*, cit., p. 859, è nell'ambito dell'integrazione europea che la dimensione transnazionale della «giustizia organizzata» ha prodotto i migliori risultati sotto l'egida dello «spazio giudiziario europeo».

[42] E. ADOBATI-G. CAPECCHI-N. PARISI-A. SANTINI-M.C. STATELLA, *Il mercato interno e la politica commerciale comune*, in U. DRAETTA-N. PARISI (a cura di), *Elementi di diritto dell'Unione europea. Parte speciale. Il diritto sostanziale*, 3ª ed., Giuffrè, 2010, p. 101 s.; A. ARENA-F. BESTAGNO-G. ROSSOLILLO, *Mercato unico e libertà di circolazione nell'Unione europea*, Giappichelli, 2016, *passim.*; S. MARANELLA, *Origine ed evoluzione della cooperazione giudiziaria*, cit., p. 46.

[43] L. SALAZAR, *La lotta alla criminalità nell'Unione: passi in avanti verso uno spazio giudiziario comune prima e dopo la Costituzione per l'Europa ed il Programma dell'Aia*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 3511, evidenzia che tali fattori sono spesso impiegati dalle organizzazioni criminali che hanno «imparato a tirare profitto da ogni opportunità loro offerta dalla piena liberalizzazione dei mercati e dei movimenti di persone, capitali, merci e servizi». V. anche A. BERNARDI, *L'europeizzazione del diritto e della scienza penale*, Giappichelli, 2004, p. 7 s.; G. DARAIO, *La circolazione*, cit., p. 504 s.; B. PIATTOLI, *Cooperazione giudiziaria*, cit., p. 41 s.

[44] G. DE AMICIS, *op. ult. cit.*, p. 2655. V. anche E. ANDOLINA, *Cooperazione-integrazione penale*, cit., p. 2899, soprattutto nt. 7; R.E. KOSTORIS, *Processo penale, diritto europeo e nuovi paradigmi del pluralismo giuridico postmoderno*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 1178; in termini, v. anche ID., *Processo penale e paradigmi europei*, Giappichelli, 2018, p. 163 s. V. altresì E. SELVAGGI, *Il mandato europeo*, cit., p. 2979. S. ALLEGREZZA-F. NICOLICCHIA, *L'acquisizione della prova all'estero e i profili transnazionali*, in G. CANZIO-L.D. CERQUA-L. LUPÀRIA (a cura di), *Diritto penale delle società*, Cedam, 2014, II, p. 1250, mettono in evidenza il duplice problema costituito dalla «carenza di legittimazione nel compire attività d'indagine oltre frontiera» e dalle «differenze esiziali fra le varie normative nazionali, che spesso ostacolano l'uso probatorio della prova formatasi all'estero».

[45] Secondo L. SALAZAR, *Di un sistema penale europeo (e dei suoi attori) prima e dopo il Trattato di Lisbona*, in G. GRASSO-L. PICOTTI-R. SICURELLA (a cura di), *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, Giuffrè, 2011, p. 730, è una necessità quella «di procedere all'adozione delle misure destinate a compensare» il «deficit di sicurezza» connesso alla

che tendano ad evitare (o almeno limitare) l'impunità dei colpevoli[46]. Così, caduti gli ostacoli alla libera circolazione, si è reso necessario rimuovere le barriere giuridiche e giudiziarie tra gli Stati membri con un duplice risultato che consente di evitare che il diritto punitivo resti "imbrigliato" all'interno dei confini nazionali[47]: da un lato, si contrasta l'impunità del cittadino europeo che eserciti il diritto alla libera circolazione dopo la commissione di un reato, approfittando delle barriere giudiziarie tra gli Stati membri; dall'altro, all'opposto, si fornisce la garanzia di un unico giudizio per il medesimo fatto all'interno di uno spazio giudiziario ed economico integrato, così favorendo la libera circolazione delle persone[48] e una tendenziale parità di trattamento.

In questo scenario, come si vedrà nel capitolo seguente, particolarmente evidente è stata la spinta impressa – a partire da Maastricht – dall'Unione europea[49] al settore della cooperazione giudiziaria[50] che ha portato alla nascita di

---

realizzazione del mercato interno «e, soprattutto, all'abolizione dei controlli sulle persone all'atto dell'attraversamento delle frontiere interne»; ID., *La lotta*, cit., p. 3511. V. anche V. FANCHIOTTI, *Acquisizione e utilizzabilità della prova all'estero: verso un regime uniforme?*, in T. RAFARACI (a cura di), *L'area di libertà sicurezza e giustizia. Alla ricerca di un equilibrio fra priorità repressive ed esigenze di garanzia*, Giuffrè, 2007, p. 98; T. RAFARACI, *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia nel crogiuolo della costruzione europea*, *ibidem*, p. 5 s.

[46] F. FALATO, *Appunti di cooperazione giudiziaria penale*, ESI, 2012, p. 9. V. anche F. SPIEZIA, *Le linee evolutive della cooperazione giudiziaria penale in ambito europeo*, in E. APRILE-F. SPIEZIA, *Cooperazione giudiziaria penale nell'Unione europea prima e dopo il Trattato di Lisbona*, Ipsoa, 2009, p. 186 s.

[47] G. LATTANZI, *La nuova dimensione*, cit., c. 1037; M.R. MARCHETTI, *Dalle convenzioni bilaterali*, cit., p. 19. N. PARISI, *Su taluni limiti*, cit., p. 447, efficacemente osserva che tra gli Stati che condividono processi di integrazione economica avanzati – come quella dell'Unione europea – si verifica un «effetto perverso» di favorire la criminalità transnazionale che si avvantaggia «della diluizione (o addirittura della soppressione) delle barriere economiche, fiscali, doganali fra gli Stati», nondimeno, il «reciproco rispetto della sovranità nazionale» si traduce «in una diminuita efficacia dell'azione di contrasto al crimine, in un danno che non limita i propri effetti alla sfera spaziale dello Stato richiedente, ma si estende a quella dello Stato richiesto e, tendenzialmente, interessa l'intera comunità internazionale».

[48] Lo evidenzia, tra gli altri, C. AMALFITANO, *Spazio giudiziario europeo e libera circolazione delle decisioni penali*, in S.M. CARBONE-M. CHIAVARIO (a cura di), *Cooperazione giudiziaria civile e penale nel diritto dell'Unione europea*, Giappichelli, 2008, p. 43. V. anche M. DELMAS-MARTY, *Verso uno spazio giudiziario europeo. "Corpus Juris" contenente disposizioni penali per la tutela degli interessi finanziari dell'Unione europea*, (trad. R. Sicurella), Giuffrè, 1997, p. 50.

[49] Secondo M.R. MARCHETTI, *Dalle convenzioni bilaterali*, cit., p. 21, l'attività dell'Unione europea tende ad assumere autonomia rispetto agli accordi del Consiglio d'Europa e si staglia in senso evolutivo rispetto ad essi.

[50] La cooperazione, in astratto, può essere sia orizzontale che verticale. Appartengono alla prima categoria le forme di cooperazione tradizionali (estradizione, rogatoria) e anche quelle più moderne imperniate sul principio del mutuo riconoscimento (S. BUZZELLI, voce *Processo penale europeo*, in *Enc. dir.*, 2008, Annali, II, t. 1, § 11) come, ad esempio, il novello ordine di indagine europeo). Costituiscono una forma di cooperazione verticale *Eurojust* e il pubblico ministero europeo (EPPO). Secondo G. MELILLO, *Il*

ulteriori forme di cooperazione, anche in materia di prove, in una doppia prospettiva: da un lato, nel senso di uno snellimento delle forme già esistenti, dall'altro, nel senso di una loro naturale evoluzione in forme alternative rispetto alla "assistenza" tradizionale[51] (si pensi alle forme "concelebrate" o "assistite" o alle possibilità di compiere congiuntamente o direttamente determinate attività)[52]. Il nuovo concetto di "cooperazione" che si è imposto sul panorama eurounitario segna un avanzamento rispetto alla tradizionale logica contrattuale caratterizzata dal meccanismo *do ut des*[53]: il presupposto comune di tale evoluzione è la tendenziale conformità degli ordinamenti degli Stati europei a medesimi principi di tutela dei diritti fondamentali e la fiducia reciproca nella capacità degli Stati di

---

mutuo riconoscimento e la circolazione della prova, in *Cass. pen.*, 2006, p. 362, le forme di cooperazione orizzontale sono insufficienti «rispetto alla gravità e all'urgenza delle sfide poste dalla dimensione transfrontaliera delle minacce alla sicurezza e alla libertà dei cittadini»; l'Autore prevede come necessario il passaggio «a coraggiose forme di cooperazione verticale che comporteranno l'abbandono di veri e propri architravi dei singoli sistemi nazionali». Per contrastare efficacemente la criminalità transnazionale in un contesto "globale" si è sostenuta la necessità di attivarsi in una duplice direzione: da un lato attraverso la «diretta cooperazione tra le diverse autorità competenti» e, dall'altro, mediante un «efficace coordinamento delle indagini e delle azioni penali a livello internazionale», senza dimenticare un'auspicata progressiva armonizzazione normativa (G. DE AMICIS, *Cooperazione giudiziaria e criminalità transnazionale,* cit., p. 2659). Un'applicazione peculiare della cooperazione investigativa – che sembra estranea alla logica del mutuo riconoscimento – è quella delle squadre investigative comuni (*Joint Investigative Teams*). In particolare, sul significato di "coordinamento" e sui suoi requisiti minimi, F. DE LEO, *Il coordinamento giudiziario in Italia e in Europa. Normative e modelli a confronto*, in *Dir. pen. proc*., 2006, p. 377 s.

[51] M. CHIAVARIO, *Diritto processuale penale*, 7ª ed., Utet, 2017, p. 1017, intravede un «almeno parziale parallelismo con quanto registrato nel campo dell'estradizione nelle forme del "mandato di arresto europeo"». V. anche D.G. RINOLDI, *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, in U. DRAETTA-N. PARISI (a cura di), *Elementi di diritto*, cit., p. 68 s.; M.R. MARCHETTI, *Dalle convenzioni bilaterali*, cit., p. 23; EAD., voce *Rapporti giurisdizionali con autorità straniere*, in *Il Diritto. Enc. giur.*, vol. 12, cap. I, p. 610.

[52] M.R. MARCHETTI, *Dalle convenzioni bilaterali*, cit., p. 23, riconduce all'interno di tale categoria le indagini congiunte, l'osservazione trasnfrontaliera e le operazioni sotto copertura che offrono un esempio della possibilità di compiere un'attività di indagine "direttamente" nel territorio di uno Stato straniero.

[53] A proposito di reciprocità, v. A. CIAMPI, *Assunzione di prove penali all'estero in materia penale*, Cedam, 2003, p. 32 s. In giurisprudenza, chiaramente la Corte di cassazione, in tema di estradizione, ha affermato (Cass., sez. fer., 6 settembre 1990, Messina, in *Giur.it*., 1991, II, 1 s.) ha affermato che «La reciprocità consiste nell'identità di trattamento da parte di due o più Stati di una fattispecie identica. Si distingue una reciprocità internazionale *stricto sensu* che si ha quando in base ad una norma convenzionale (...) l'applicabilità di altre clausole dello stesso trattato è subordinata all'assunzione di analoga obbligazione da parte dell'altro Stato o all'esistenza di norme interne dell'altro Stato contraente che assicurino identico trattamento nella situazione prevista dalle norme del trattato, da una reciprocità di fatto accertata attraverso il ripetuto comportamento reciproco degli Stati (...). La giurisprudenza di questa Suprema Corte ha tuttavia escluso che il principio di reciprocità costituisca un principio di diritto internazionale generalmente riconosciuto […]. In verità la reciprocità costituisce soprattutto un principio di carattere politico idoneo a sottolineare la sovranità piena ed esclusiva di ogni Stato e l'assoluta parità di posizione giuridica di ogni Stato nell'ordinamento internazionale».

garantire un equo processo[54]. Ma soprattutto la minaccia terroristica ha accelerato il percorso, già intrapreso, di attenuazione della sovranità statuale, tanto sul versante fisico che di quello della disciplina processuale[55].

Attraversato da movimenti tellurici, il terreno dei rapporti di collaborazione interstatuale, tra gli eventi più significativi può annoverare la Convenzione di Bruxelles del 29 maggio 2000 (relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea)[56] che il legislatore interno ha ratificato solo di recente[57]. La Convenzione costituisce una pietra miliare nel

---

[54] G. SPAGNOLI, *Osservazioni a Cass. pen., sez. I, n. 37250, 20 febbraio 2014*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 1533. V. anche E. CALVANESE, *Cooperazione giudiziaria tra Stati e trasmissione spontanea di informazioni: condizioni e limiti di utilizzabilità*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 458 s.; G. GRASSO, *Prospettive di uno «spazio giudiziario europeo»*, in *Ind. pen.*, 1996, p. 112.

[55] A. SCELLA, *Squadre investigative*, cit., p. 142. V. anche M. ROMANI, *Servizi di polizia internazionale*, cit., p. 63 s.

[56] La Convenzione (c.d. MAP) si propone di migliorare la Convenzione di Strasburgo del 1959 introducendo nuove forme di cooperazione: le consegne sorvegliate, le squadre investigative comuni, le operazioni di infiltrazione. Tra i punti qualificanti la Convenzione: le richieste di assistenza e gli scambi di informazioni dovrebbero avvenire con rapporti diretti tra le autorità territorialmente competenti per la presentazione delle istanze e per la loro esecuzione; l'osservanza, da parte dell'autorità giudiziaria richiesta, delle formalità e delle procedure espressamente indicate dallo Stato richiedente (purché non in conflitto con i principi fondamentali del diritto dello Stato richiesto), onde assicurare che la prova assunta secondo la *lex fori* sia utilizzabile nel processo penale in corso nello Stato richiedente; l'onere di dare esecuzione il più rapidamente possibile alle richieste di assistenza; valorizzazione dell'impiego di strumenti tecnologici. Costituisce una deroga al principio di territorialità la norma che legittima l'autorità giudiziaria e di polizia ad operare nel territorio di un altro Stato "in collegamento e d'intesa" con le autorità di quest'ultimo. In dottrina, v. E. APRILE, *Diritto processuale penale europeo*, cit., p. 49; R. BELFIORE, *La prova penale*, cit., p. 143 s.; EAD., *Il mandato europeo di ricerca delle prove e l'assistenza giudiziaria nell'Unione europea*, in *Cass. pen*., 2008, p. 3904 s.; B. PIATTOLI, *Cooperazione giudiziaria*, cit., p. 168 s.; L. SALAZAR, *La nuova Convenzione europea sull'assistenza giudiziaria in materia penale (I)*, in *Dir. pen. proc*., 2000, p. 1534 s.; Z. SECCHI, *Le novità introdotte dalla Convenzione 20 maggio 2000 in tema di assistenza giudiziaria penale fra gli Stati membri dell'Unione europea*, in *Doc. giust*., 2000, n. 6, c. 1108 s.; F. TRAPELLA, *Il provvedimento che attua la Convenzione di Bruxelles del 2000: una lunga gestazione e un destino incerto*, in *Proc. pen. giust.*, 2018, p. 116 s. A. PERDUCA, Intervento alla sessione *Investigazioni, prove e cooperazione giudiziaria su scala europea*, XX Convegno nazionale dell'ASPP su "Processo penale e giustizia europea", in AA.VV., *Processo penale e giustizia europea. Omaggio a Giovanni Conso, Atti del convegno, Torino, 26-27 settembre 2008*, Giuffrè, 2010, p. 127 s., osserva che l'accettazione, da parte di uno Stato, di forme di intervento da parte di funzionari stranieri nel proprio territorio è «temperata dal principio secondo cui l'attività di tali funzionari è comunque soggetta alla legge dello Stato ove l'intervento avviene». L'Autore aggiunge che con la Convenzione MAP 2000 si supera l'idea «secondo cui l'assistenza dal rogato al rogante si esaurisce nella sequenza rigida richiesta di assistenza/esecuzione dell'assistenza/trasmissione del risultato» in favore della concezione che vede nella cooperazione «un'attività complessa che non si esaurisce nell'interazione istantanea e occasionale, ma che necessita del dialogo ravvicinato e continuativo tra autorità richiedente e richiesta». In proposito, v. anche F. SPIEZIA, *Le linee evolutive*, cit., p. 191.

[57] Osserva B. GALGANI, *D.lg. 5.4.2017, n. 52 – 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 A. MARANDOLA (a cura di), *Cooperazione*, cit., p. 456, che è quasi un paradosso che l'Italia, promotrice del progetto di Convenzione, sia uno dei Paesi che per ultimi hanno proceduto alla ratifica.

cammino verso la realizzazione di uno spazio giudiziario europeo all'interno del quale sia riconosciuta l'ultrattività del diritto degli Stati membri[58] e delle possibilità di intervento diretto da parte delle autorità giudiziarie (art. 6, par. 1°, Conv.)[59]. Molti, tuttavia, sono stati gli anni che la Convenzione ha dovuto attendere prima di essere inserita nell'agenda politica del legislatore nazionale: solo con la l. 21 luglio 2016, n. 149[60] si è inteso compulsare la normativa in tema di cooperazione giudiziaria internazionale secondo una triplice direttrice operativa: *a*) la ratifica e l'ordine di esecuzione della Convenzione di Bruxelles del 29 maggio 2000[61]; *b*) la novella degli artt. 698, 708 e 714 c.p.p. con immediata modifica della disciplina dell'estradizione passiva in linea con gli *standard* minimi di tutela dei diritti fondamentali; *c*) la delega al governo per la riforma del Libro XI del codice di rito.

Mentre il recepimento interno dei contenuti della Convenzione di Bruxelles – ratificata con la legge n. 149 del 2016 – è avvenuto tramite il d.lgs. 5 aprile

---

[58] G. DE AMICIS, *Cooperazione giudiziaria e criminalità transnazionale*, cit., p. 2658. Negli stessi termini anche Z. SECCHI, *Le novità*, cit., c. 1108, che in particolare afferma esservi «l'abbassamento dei livelli di difesa delle rispettive sovranità territoriali a favore di un più ampio riconoscimento della "ultrattività" del diritto degli Stati membri e della possibilità di intervento delle autorità giudiziarie di questi ultimi all'estero».

[59] F. TRAPELLA, *Il provvedimento che attua la Convenzione di Bruxelles del 2000*, cit., p. 117, in particolare, osserva che la Convenzione segna una inversione di tendenza perché «la mediazione del potere esecutivo non è più necessaria e giudici di Paesi europei possono dialogare tra loro in virtù del principio di reciproca fiducia»: scompare il vaglio politico sulla richiesta perché gli Stati si fidano l'uno dell'altro, «condividendone i medesimi principi e le stesse modalità di condurre l'accertamento».

[60] N.E. 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, 3, p. 1. V. anche M.R. MARCHETTI, *Prospettive di riforma del libro XI c.p.p.*, in AA.VV., *Investigazioni e prove transnazionali*, Giuffrè, 2017, p. 23; EAD., *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*, Cedam, 2018, p. 467 s.; F. RUGGIERI, *La legge delega in tema di cooperazione penale internazionale. La montagna ha partorito un topolino?*, in *Proc. pen. giust.*, 2017, p. 310; EAD., *Il libro XI del codice di rito, Guida minima*, in *Cass. pen*., 2018, p. 1766 s.; L. SALAZAR, *Genesi della Convenzione. La tardiva ratifica e la sua attuale operatività*, in M.R. MARCHETTI-E. SELVAGGI (a cura di), *La nuova cooperazione giudiziaria penale*, Cedam, 2019, p. 195 s.; E. SELVAGGI, *Un passo decisivo verso il restyling della cooperazione*, in *Guida al dir*. dossier, 2016, n. 5, p. 31 s.; ID., *Mutua assistenza, sparisce l'intervento ministeriale*, ivi, p. 36; N. TRIGGIANI, *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. Più di recente, G. DI PAOLO, *La riforma della disciplina codicistica delle rogatorie internazionali (d.lg. 3 ottobre 2017, n. 149)*, in *Cass. pen.*, 2018, p. 3425 s.

[61] La ratifica si rende necessaria perché la Convenzione appartiene «al *genus* delle convenzioni internazionali» e, dunque, necessita di un «provvedimento interno per tradursi in disposizione vigente negli ordinamenti» degli Stati che l'hanno sottoscritta, F. TRAPELLA, *Il provvedimento che attua la Convenzione di Bruxelles del 2000*, cit., p. 117.

2017, n. 52[62] (provvedimento "geneticamente" connotato dalla rapida obsolescenza[63] a causa del d. lgs. 21 giugno 2017, n. 108, attuativo della l. 9 luglio 2015, n. 114, di delegazione europea per il 2014, che ha, a sua volta, recepito la direttiva 2014/41/UE istitutiva dell'Ordine di indagine europeo[64]), l'adempimento imposto dalla terza direttrice è stato realizzato con il d. lgs. 3 ottobre 2017, n. 149, che ha riformato il Libro XI del codice di procedura penale[65], ridisegnando i principi generali del mutuo riconoscimento[66] (che oggi è codificato nel Titolo I *bis*)[67] e introducendo il nuovo istituto del trasferimento di processi tra Paesi dell'Unione europea (Titolo IV *bis* - art. 746 *bis* e ss. c.p.p.), operando così una radicale riforma[68].

L'intervento legislativo ha confermato lo spazio operativo della normativa codicistica (art. 696 c.p.p.) che, sin dalla prima formulazione, opera una sorta di "rinvio guidato" alle fonti pattizie[69]. L'ambito applicativo delle disposizioni codicistiche resta connotato da sussidiarietà[70]: le norme avranno un valore

---

[62] F. TRAPELLA, *Il provvedimento che attua la Convenzione di Bruxelles del 2000*, cit., p. 120 s.; v. anche 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*., 19 luglio 2017.

[63] Le disposizioni contenute nel d.lgs. 5 aprile 2017, n. 52 sono (già) diventate inefficaci quanto agli atti di indagine finalizzati all'acquisizione delle prove; in questo senso, tra gli altri, A. NOCERA, *Le norme attuative della Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale (Bruxelles, 29 maggio 2000)*, in *Il Penalista*, 24 maggio 2017. Tra le voci critiche, v. F. TRAPELLA, *Il provvedimento che attua la Convenzione di Bruxelles del 2000*, cit., p. 114 s., nonché M.R. MARCHETTI, *Cooperazione giudiziaria: innovazioni apportate e occasioni perdute*, in *Dir. pen. proc*., 2017, p. 1545, che precisa come potrà residuare uno spazio applicativo nei confronti degli Stati che non abbiano recepito la direttiva sull'OEI.

[64] L'art. 34 della direttiva 2014/41/UE dispone che «a decorrere dal 22 maggio 2017» per tutti gli atti di indagine finalizzati all'acquisizione delle prove, saranno sostituite le disposizioni (anche) della Convenzione sull'assistenza giudiziaria, salvo che per le attività realizzate mediante costituzione di una squadra investigativa comune. V. T. BENE, *Direttive europee in tema di reciproco riconoscimento*, in *Il Libro dell'Anno del diritto*, 2017, p. 688.

[65] Cfr. da ultimo, G. DE AMICIS, *Lineamenti della riforma del libro XI del codice di procedura penale*, in *Dir. pen. cont*., 19 aprile 2019; M.R. MARCHETTI-E. SELVAGGI (a cura di), *La nuova cooperazione giudiziaria penale*, Cedam, 2019.

[66] G. DE AMICIS, *Dalle rogatorie all'ordine europeo di indagine: verso un nuovo diritto della cooperazione giudiziaria penale*, in *Cass. pen*., 2018, p. 25, precisa che la cornice di riferimento del principio (artt. 696 *bis*-696 *decies* c.p.p.) introduce un meccanismo di adattamento automatico del sistema processuale alla normativa europea e «le necessarie condizioni di coerenza ed unitarietà di indirizzo interpretativo nell'applicazione dei relativi istituti».

[67] F. RUGGIERI, *Le nuove frontiere dell'assifstenza penale internazionale: l'ordine europeo di indagine penale*, in *Proc. pen. giust*., 2018, p. 134.

[68] A. LEOPIZZI, *La nuova disciplina dei rapporti giurisdizionali con autorità straniere*, in *Il Penalista*, 19 ottobre 2017. V. anche L. CAMALDO, *L'attuazione della Convenzione di Bruxelles*, cit.

[69] E. CALVANESE, *Tipologia*, cit., p. 41.

[70] Cfr. G. DE AMICIS, *Lineamenti della riforma del libro XI*, cit., p. 6 s.

residuale perché applicabili là dove non vi siano le norme sovranazionali di derivazione europea o internazionale. Estradizioni, domande di assistenza giudiziaria internazionale, effetti delle sentenze penali straniere, esecuzione all'estero delle sentenze penali italiane, dunque, saranno disciplinati dalle norme dei Trattati sull'Unione europea e sul funzionamento dell'Unione europea e, in genere, dal diritto eurounitario e, se queste manchino, dalle convenzioni internazionali o dal diritto internazionale generale. Il nuovo art. 696 c.p.p., infatti, diversamente dalla disposizione precedente, distingue nettamente tra la cooperazione regionale e quella extraeuropea là dove chiarisce *expressis verbis* la prevalenza del diritto dell'Unione europea, comprensiva dei Trattati e della normativa derivata[71] mentre nei rapporti tra Stati non appartenenti all'Unione la cooperazione rimane governata dalle convenzioni internazionali e dalle norme di diritto internazionale generale. In via residuale, si applicano le disposizioni racchiuse nel Libro XI: in tale contesto, in assenza di idonee garanzie di reciprocità da parte dello Stato richiedente, è consentito al ministro della giustizia non dare corso alla richiesta di cooperazione[72].

Quanto all'ambito regionale, inoltre, il d.lgs. n. 149 del 2017 ha introdotto un nuovo Titolo I *bis* (artt. 696 *bis*-696 *decies*), recante "Principi generali del mutuo riconoscimento delle decisioni e dei provvedimenti giudiziari tra Stati membri dell'Unione europea"[73], con cui si è delineato un (micro)sistema[74] che si

---

[71] S. ARASI, *"Nuovi" rapporti giurisdizionali con le autorità straniere: le modifiche al codice di procedura penale*, in *Proc. pen. giust*., 2018, p. 578.

[72] S. ARASI, *"Nuovi" rapporti*, cit., p. 578. V. anche G. DE AMICIS, *Lineamenti della riforma del libro XI*, cit., p. 6, che, nel descrivere le forme della cooperazione giudiziaria penale secondo un «triplice livello di operatività» (rapporto tra Stati membri UE; rapporto con Stati con i quali vigono trattati o convenzioni; cooperazione sulla base della mera "cortesia internazionale"), propone l'immagine di un sistema di cooperazione caratterizzato da «cerchi concentrici»: diritto dell'Unione, normativa convenzionale, diritto internazionale generale.

[73] In dottrina, al riguardo, v. A. MANGIARACINA, *Principi generali del mutuo riconoscimento*, in A. MARANDOLA (a cura di), *Cooperazione*, cit., p. 9 s. M.R. MARCHETTI, *Cooperazione giudiziaria: innovazioni*, cit., p. 1545, osserva che si tratta di una riproduzione «dei principi di solito ricorrenti negli strumenti normativi dell'Unione» e si interroga su quale sia l'utilità dell'elencazione: forse quella di «costituire una chiave di lettura» per le disposizioni sovranazionali oppure quella di «essere inserite nella normativa di recepimento se non contemplate nel provvedimento da implementare e purché non in contrasto con il suo contenuto» (v. anche EAD.**,** *Rapporti giurisdizionali con autorità straniere*, cit., p. 1118, nonché EAD., *L'evoluzione normativa della cooperazione giudiziaria internazionale: le innovazioni alla disciplina interna*, cit., p. 470 s.). In parte favorevole, invece, M. CAIANIELLO, *L'attuazione della direttiva sull'ordine europeo di indagine penale e le sue ricadute nel campo del diritto probatorio*, in

affianca a quello tradizionale dell'assistenza giudiziaria (sebbene con stretto riferimento ai Paesi membri dell'Unione europea) e che vale per tutte le decisioni giudiziarie. La riforma ha previsto l'esecuzione sul territorio italiano delle decisioni emesse dalle autorità giudiziarie degli Stati membri nonché la possibilità per l'autorità giudiziaria italiana di chiedere l'esecuzione delle proprie decisioni alle corrispondenti autorità straniere. Le decisioni sono trasmesse in via diretta tra le autorità giudiziarie con comunicazione al ministro della giustizia al quale è sottratto il potere di valutazione ma residua – in determinati casi – un potere di controllo che si estrinseca nella verifica dell'osservanza delle condizioni dell'esecuzione della decisione eventualmente poste dall'Italia o dal Paese membro, sempre che non contrastino con i principi fondamentali del nostro ordinamento giuridico.

Sul fronte europeo, inoltre, con specifico riferimento alla cooperazione in materia di prove, è necessario un ulteriore coordinamento con la disciplina dell'ordine di indagine europeo previsto dalla direttiva 2014/41/UE e trasposto in Italia con il d.lgs. n. 108 del 2017[75], provvedimenti che rappresentano l'oggetto del presente studio, con particolare riguardo al lato attivo. In dottrina vi è chi non ha mancato di sottolineare che la riforma per la parte inerente le rogatorie ha puntato «a rendere il sistema di assistenza quanto più possibile omogeneo a quello disegnato per il riconoscimento e l'esecuzione dell'ordine di indagine europeo»[76], nello spazio in cui la cooperazione non riguardi Paesi membri dell'Unione europea (perché, chiaramente, in tal caso, varrebbe la disciplina che si ricava dalla direttiva e dal decreto legislativo citati). E, in effetti, come vedremo, non mancano i punti in comune[77] tra le disposizioni del riformato Libro

---

Cass. pen., 2018, p. 2200 s.; ID., *Verso l'attuazione della direttiva UE sull'ordine europeo di indagine penale*, in M. CAIANIELLO-A. DI PIETRO (a cura di) *Indagini penali e amministrative in materia di frodi IVA e doganali*, Cacucci, 2016, p. 315.

[74] Così, G. DE AMICIS, *Lineamenti della riforma del libro XI*, cit., p. 9 s.

[75] M. CAIANIELLO, *L'attuazione della direttiva*, cit., p. 2199 s.; M.R. MARCHETTI, *Prospettive di riforma*, cit., p. 31 s.

[76] In questi termini, G. DE AMICIS, *Lineamenti della riforma del libro XI*, cit., p. 11.

[77] Per esempio, l'ampliamento del ventaglio degli strumenti che annovera anche mezzi di acquisizione probatoria di natura tecnologica, forme di assistenza sviluppatesi a livello convenzionale (come le squadre investigative comuni); sotto altra prospettiva si veda lamaggiore rapidità dei meccanismi di

XI e la disciplina dell'ordine di indagine europeo, a dimostrazione di una evoluzione – di certo esasperatamente lenta ma coerente – della concezione della cooperazione giudiziaria tra gli Stati in materia di prove.

Questa breve disamina del dinamico panorama normativo emergente dall'innesto di disposizioni a più livelli[78] corrobora il senso di smarrimento dell'interprete calato in un "labirinto"[79] di geografie giuridiche familiari e non, in cui fonti di ordinamenti diversi – quello europeo e quelli nazionali – e di diversa natura – normativa e giurisprudenziale – dialogano reciprocamente con non

---

cooperazione tramite i contatti diretti tra le autorità giudiziarie nonché l'imposizione di termini e la mitazione dei poteri del ministro della giustizia; e ancora, la possibilità, per lo Stato richiedente, di essere autorizzato a partecipare al compimento degli atti (così da preservare l'utilizzabilità dei risultati probatori, cfr. G. DE AMICIS, *Lineamenti della riforma del libro XI*, cit., p. 12.

[78] R.E. KOSTORIS, *Processo penale, diritto europeo*, cit., p. 1181 s., illustra il «sistema multilivello delle fonti» in cui alle fonti dell'Unione si affiancano quelle del Consiglio d'Europa e di matrice internazionale. A ciò, poi, si aggiungono le fonti giurisprudenziali della Corte di giustizia dell'Unione europea e della Corte europea dei diritti dell'uomo. Il risultato che se ne trae, secondo l'Autore, è «l'immagine di un diritto plurale» perché fondato su «un sistema complesso e articolato di fonti»; in luogo di un modello gerarchico di tipo piramidale il «pluralismo giuridico europeo» appare come una «*trama reticolare delle fonti*» (corsivo dell'Autore). V. anche ID., *Il sistema integrato delle fonti nazionali ed europee*, in M.R. MARCHETTI (a cura di), *I nuovi orizzonti della giustizia penale europea*, Giuffrè, 2015, p. 42 e, da ultimo, ID., *Processo penale e paradigmi europei*, cit., p. 170. In dottrina v., altresì, F. FALATO, *Sistema integrato di fonti e di interpretazioni*, in F. FALATO-F. CARINGELLA (a cura di), *Scritti di cooperazione giudiziaria penale*, Dike giuridica, 2018, p. 3 s., E. SELVAGGI, *L'interpretazione di disposizioni di altri ordinamenti e la questione dell'applicabilità dell'indulto alle condanne straniere*, in *Cass. pen*., 2007, p. 1871; G. SPANGHER, *Un compleanno con molte – troppe – ombre*, in *Dir. pen. proc*., 2009, p. 1193.

[79] L'immagine suggestiva è di V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili di intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Dike giuridica, 2012; v. prima ancora, a proposito del processo penale, S. BUZZELLI, voce *Processo penale europeo*, cit., p. 702. Già E. APRILE, *Diritto processuale penale europeo*, cit., p. 13, aveva registrato l'affollamento delle fonti del diritto e della progressiva sostituzione della «tradizionale scala gerarchica» con una «realtà policentrica, ovvero di una struttura 'a rete'». Anche E. CALVANESE, *Tipologia*, cit., p. 44, a proposito del quadro normativo pattizio criticamente osservava la tendenza ad elaborare accordi di ampio genere che hanno «dato vita ad una vera e propria "giungla" di convenzioni, rendendo assai complessa, se non addirittura problematica, per i pratici la corretta individuazione ed applicazione della pertinente normativa pattizia, tra l'altro di non facile reperimento»; complica ulteriormente il quadro la presenza di riserve o dichiarazioni degli Stati firmatari (v. EAD., p. 49 s.). Constata il «caos nella giungla di norme» anche il Comitato dei Ministri, Strasburgo, 30 aprile 2002, "*A new start*", doc. CDPC, 2002-1, pubblicato sul sito ufficiale del Consiglio d'Europa, www.coe.int che ravvisa la causa della «sindrome da caos di trattati» nel proliferare di strumenti pattizi multilaterali, con previsioni diverse e potenzialmente sovrapponibili fra loro. V. altresì E. AMODIO, *Relazione introduttiva*, in M.R. MARCHETTI (a cura di), *I nuovi orizzonti*, p. 19 s., che, aggiunge come, oltre a doversi muovere in una rete "orizzontale", l'interprete deve considerare anche le difficoltà di muoversi in senso "verticale", perché quello europeo è diventato «un ordinamento a forte sviluppo ascensionale», con il rischio di «scivolare da un gradino all'altro e di precipitare nell'ancor più incerta spirale del diritto giurisprudenziale».

poche difficoltà[80]; è indispensabile, allora, concordare le regole di una grammatica che non può che essere "comune"[81].

L'angolo visuale prescelto per l'analisi è quello del processualista. Secondo questa prospettiva l'assunzione di prove all'estero è un fenomeno strumentale rispetto al processo penale, quale luogo in cui trovano una sintesi le contrapposizioni tra l'autorità statale e le garanzie individuali di libertà[82]: oggetto di analisi dovrebbero essere, in questa «dimensione», tanto le esigenze di reperire la fonte o il mezzo di prova quanto la misura e i modi di soddisfare tali esigenze attraverso l'assistenza giudiziaria internazionale[83].

Non può però ignorarsi l'approccio comparatista che consente di cogliere le specificità delle esigenze processuali di uno Stato e di confrontarle con quelle di

[80] R.E. KOSTORIS, *Processo penale, diritto europeo*, cit., p. 1181, precisa che per "dialogo" si intende che «*norme e istituzioni che appartengono a ordinamenti diversi coesistono, si intrecciano e interagiscono dinamicamente su uno stesso oggetto*» (corsivo dell'Autore); in termini, ID., *Processo penale e paradigmi europei*, cit., p. 171. Sull'importanza del dialogo fra le autorità N. PARISI, *Cooperazione fra le autorità nazionali ed europee incaricate "dell'applicazione della legge" nello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia. I principi fondanti la circolazione internazionale delle informazioni*, in R. DEL COCO-E. PISTOIA (a cura di), *Stranieri e giustizia penale*, cit., p. 102. In generale, quanto alle regole e alle difficoltà di interpretazione, v. E. PISTOIA, *Cooperazione penale nei rapporti fra diritto dell'Unione europea e diritto statale*, ESI, 2008.

[81] Secondo S. ALLEGREZZA, *Cooperazione giudiziaria, mutuo riconoscimento e circolazione della prova penale nello spazio giudiziario europeo*, in T. RAFARACI (a cura di), *op. cit.*, p. 700, «l'interprete deve farsi carico di imparare una lingua nuova, destreggiandosi nei meandri di una produzione normativa forse disorganica ed incoerente, se vista con la lente tradizionale del giurista continentale, ma concreta ed efficace, se si sposa la prospettiva comunitaria», nondimeno, «occorre riaffermare la specificità della giustizia penale rispetto al mondo dei mercati, di modo da frenare la tentazione degli organi comunitari di mutuare principi e concetti elaborati in settori così distanti dal diritto penale».

[82] E. APRILE, *Diritto processuale penale europeo*, cit., p. 7. Di forze e prospettive diverse riferiscono anche S. ALLEGREZZA-F. NICOLICCHIA, *L'acquisizione della prova*, cit., p. 1251, secondo cui «Il tema della circolazione della prova penale tocca il cuore del processo, sprigiona tensioni dogmatiche che si pongono al crocevia fra esigenze della pratica giudiziaria, teoria della comparazione e volontà di costruire un sistema integrato a livello europeo. Il campo è attraversato da forti tensioni fra chi (...) chiede ad alta voce la piena affermazione di quel principio del mutuo riconoscimento anche in materia penale e chi, al contrario, suggerisce l'opportunità, prima, di una armonizzazione dei sistemi penali». G. MELILLO, all'incontro di studio tenutosi a Roma il 18 marzo 2016, ha evidenziato come «la cooperazione giudiziaria in materia penale si collochi all'interno di un complesso e delicato intreccio tra esigenze di sicurezza, da un lato, e garanzie di effettività dei diritti fondamentali», v. L. CAMALDO-F. MANFREDINI, *La cooperazione giudiziaria*, cit., p. 3044. Già M. PISANI, *La rogatoria attiva in materia penale*, cit., c. 357, osservava che le prove penali «risultano essere parte inscindibile, e anzi centrale, di quel fenomeno di legalità che è, in ogni singolo ordinamento, il processo; espressione e portato di dati peculiari di costume, di componenti culturali, di assetti politici, sovrastata da una – anche troppo gelosa – «copertura» di sovranità».

[83] A. CIAMPI, *Assunzione*, cit., p. 4.

altri ordinamenti[84] e, dunque, di spiegare le difficoltà ravvisabili in alcune forme di assistenza giudiziaria. Oltre alla gelosia degli Stati rispetto alle proprie prerogative "sovrane"[85], infatti, un ruolo importante nella partita della cooperazione è giocato dalle differenze tra i sistemi giuridici e giudiziari[86]: l'esempio più immediato è quello che riguarda le modalità di assunzione delle prove dichiarative[87], che si estrinseca secondo il sistema della *cross examination* nei sistemi di tipo accusatorio e con l'esame condotto direttamente dal giudice nei sistemi di tipo inquisitorio[88]; si tratta di due modalità che svelano una

[84] A. CIAMPI, *Assunzione*, cit., p. 7 s. evidenzia che vi è un'ulteriore prospettiva «per inquadrare le questioni relative all'assistenza giudiziaria» che è quella internazionalista, dei rapporti fra gli Stati: da un lato, norme internazionali sono quelle che governano l'esercizio di poteri di governo ma sono norme internazionali anche quelle a tutela dei diritti dell'uomo, in special modo relative al giusto processo. Questa è la prospettiva adottata dall'Autore. Per un contributo recente in tale prospettiva, v. C. PONTI, *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 *Leg. pen*. on line, 2 ottobre 2017, p. 1 s. L'adesione degli Stati alle norme internazionali esprime il consenso degli stessi all'esercizio del potere di governo nel territorio straniero.

[85] V. E. APRILE, *Diritto processuale penale europeo*, cit., p. 1, che afferma che «ogni Stato ha custodito gelosamente la titolarità della funzione giurisdizionale penale all'interno dei confini del proprio territorio» con la conseguente – tendenziale – impermeabilità della disciplina da influenze straniere; nello stesso senso N. GALANTINI, *La cooperazione*, cit., p. 41. V. anche R.E. KOSTORIS, *Diritto europeo e giustizia penale*, in ID. (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, Giuffrè, 2017, p. 3, secondo cui la sovranità statuale trova il suo momento di massima espressione nella giustizia penale, di qui la «riluttanza a concepire intromissioni esterne in questa sfera riservata e la gelosia degli Stati nel difendere le loro prerogative "sovrane" in materia penale». V. anche ID., *Processo penale, diritto europeo*, cit., p. 1184, nonché S. BUZZELLI, voce *Processo penale europeo*, cit., p. 704; G. DARAIO, *La circolazione*, cit., p. 506; G. ILLUMINATI, *L'armonizzazione della prova penale nell'Unione europea*, in ID., (a cura di), *Prova penale*, cit., p. 9.

[86] S. ALLEGREZZA, *L'armonizzazione della prova penale alla luce del Trattato di Lisbona*, in *Cass. pen*., 2008, p. 3888 s. G. ILLUMINATI, *L'armonizzazione della prova penale*, cit., p. 13, propone una distinzione tra sistemi «che riconoscono un'ampia discrezionalità al giudice, in particolare per quanto riguarda l'applicazione delle regole di ammissione e di esclusione della prova, nei quali cioè il giudice ha il potere di scegliere il parametro secondo il quale ammettere la prova» e sistemi che fanno «riferimento al principio di legalità e quindi basano questo genere di scelte su una disciplina generale ed astratta, che non sempre rinvia specificamente ad una valutazione, nel caso concreto, circa il valore dimostrativo della prova e il suo bilanciamento con i diritti delle parti».

[87] Sui criteri identificativi della prova dichiarativa, v. P. FERRUA, *La prova nel processo penale, vol. I, Struttura e procedimento*, 2ª ed., Giappichelli, 2017, p. 68. Per un quadro sulla diversità di acquisizione probatoria nei diversi Paesi, M.G. AIMONETTO, *L'acquisizione della prova dichiarativa*, in G. ILLUMINATI (a cura di), *Prova penale*, cit., p. 31 s.; in termini, EAD., *L'acquisizione della prova dichiarativa*, in *Cass. pen*., 2008, p. 4806 s.

[88] A. CIAMPI, *Assunzione*, cit., p. 7 s. L'Autrice evidenzia che vi è un'ulteriore prospettiva «per inquadrare le questioni relative all'assistenza giudiziaria» che è quella internazionalista, dei rapporti fra gli Stati: da un lato, norme internazionali sono quelle che governano l'esercizio di poteri di governo ma sono norme internazionali anche quelle a tutela dei diritti dell'uomo, in special modo relative al giusto processo. V. anche V. CAMPILONGO, *La circolazione della prova nel contesto europeo, tra mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie ed armonizzazione normativa*, in *Cass. pen.*, 2014, p. 710; M. CHIAVARIO, *Cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale a livello europeo*, in *Riv. it. dir. pen. proc*., 2005, p. 988.

concezione diametralmente opposta del processo. E ancora: riguardo alla prova dichiarativa[89] vi sono ordinamenti che prevedono procedure di ammissione e di acquisizione formali e altri che lasciano l'iniziativa al giudice, così come vi sono ordinamenti che contemplano fasi con impossibilità di utilizzare in dibattimento gli atti di indagine, ordinamenti che prevedono divieti probatori codificati e altri che si rimettono alla ponderazione del giudice[90]. In aggiunta alle differenze di disciplina vi sono, poi, anche differenze "strutturali" nell'esercizio dell'attività giurisdizionale che ostacolano tanto la cooperazione pratica quanto l'armonizzazione predicata (e invocata) a livello regionale: si pensi alle differenze tra Italia e Inghilterra sul soggetto che svolge le indagini ma anche alla struttura tendenzialmente inquisitoria del processo francese dove è sul giudice che grava la ricerca della verità materiale[91]. Uno sguardo al di fuori dell'ordinamento processuale interno, dunque, è imprescindibile per meglio comprendere le possibili aperture, gli eventuali intrecci e i sicuri compromessi[92].

3. L'assistenza giudiziaria per l'assunzione di prove e il "sistema" delle rogatorie internazionali

[89] Con riferimento alla prova dichiarativa v. M.G. AIMONETTO, *L'acquisizione*, cit., p. 31 s.

[90] S. ALLEGREZZA, *L'armonizzazione della prova penale alla luce del Trattato di Lisbona*, in G. ILLUMINATI (a cura di), *Prova penale*, cit., p. 169.

[91] E. AMODIO, *Giusto processo*, procès équitable *e* fair trial*: la riscoperta del giusnaturalismo processuale in Europa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, p. 107. V. anche A. MANGIARACINA, *La circolazione della prova dichiarativa in ambito nazionale ed europeo*, in *Giust. pen.*, 2010, III, c. 427, nonché V. CAMPILONGO, *La circolazione della prova*, cit., p. 710, che sottolinea come il differente ruolo parti-giudice si riverberi «sulla dissonante disciplina delle modalità acquisitive della prova, in particolare di quella dichiarativa» e approfondisce il diverso statuto delle dichiarazioni rese dell'imputato nei diversi ordinamenti europei. Per una panoramica sul sistema francese, v. anche A. CAPPELLO, *Il ruolo dell'avvocato della difesa nel processo penale in Francia*, in L. FILIPPI-P. GUALTIERI-P. MOSCARINI-A. SCALFATI (a cura di), *Circolazione investigativa e spazio giuridico europeo: strumenti, soggetti, risultati*, Cedam, 2010, p. 293.

[92] Di questa esigenza di "traduzione" delle esigenze e delle regole sembra farsi carico il Ministero della giustizia che, al di là di una disciplina che ne imponga o meno un ruolo specifico, si assume il compito di «rappresentare il sistema italiano con un linguaggio che soddisfi le pretese dell'ordinamento penale e processuale del Paese di destinazione» perché, il fine di ottenere risultati di cooperazione, può raggiungersi ponendosi «in un'ottica di comprensione delle resistenze degli interlocutori», dedicandosi «allo studio dei loro sistemi» e rendendosi abili «a rappresentare le nostre esigenze in termini capaci di superare le loro diffidenze», così E. CESQUI, *Il ruolo del Ministero nella cooperazione penale*, in *Cass. pen.*, 2019, p. 21.

Ciò premesso, il dato di partenza indiscusso che legittima (e impone) la cooperazione è che la circostanza che una prova si trovi all'interno di un territorio diverso da quello su cui una autorità giudiziaria svolge un accertamento non è ragionevole che costituisca un ostacolo all'amministrazione della giustizia[93]; di qui la nascita di procedure di cooperazione giudiziaria che consentano di acquisire una prova all'interno di uno Stato diverso oltrepassando quei confini "sovrani"[94], "dietro" i quali chi delinque non può rifugiarsi.

Lo strumento tradizionale[95] per l'acquisizione della prova all'estero è la rogatoria internazionale, istituto basato prevalentemente sul diritto pattizio perché prevista specificamente da convenzioni di assistenza giudiziaria[96] (quindi, all'interno della c.d. mutua assistenza che esprime il modello basato sulla ricerca

[93] G. CATELANI, *I rapporti internazionali*, cit., p. 305.

[94] E. SELVAGGI, *Noi e gli altri: appunti in tema di atti processuali all'estero*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 2050. V. anche A. CIAMPI, *Assunzione*, cit., p. 9; G. DI FEDERICO-G. DI CHIARA, *Cooperazione tra Stati*, cit., *passim*.; N. GALANTINI, *La cooperazione*, cit., *passim.*; P. LASZLOCZKY, *La cooperazione internazionale negli atti d'istruzione penale. Analisi nella prospettiva dell'ordinamento processuale penale italiano*, Cedam, 1980; C.M. PAOLUCCI, *Cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale*, Utet, 2011; C. VALENTINI, *L'acquisizione della prova tra limiti territoriali e cooperazione con autorità straniere*, Cedam, 1998, p. 4 s. Per un'analisi storica dell'emersione della statualizzazione del diritto (diritto come legge dello Stato sovrano) che peraltro segna la crisi del regime di diritto comune, v. A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico*, Giuffrè, 1982, p. 194 s.

[95] Tra i modelli astrattamente configurabili di acquisizione della prova penale oltre i confini nazionali, S. ALLEGREZZA-F. NICOLICCHIA, *L'acquisizione della prova*, cit., p. 1252 s., indicano «l'attivazione di misure istruttorie all'estero» (rogatoria internazionale), il «semplice trasferimento probatorio» disciplinato dall'art. 78 disp. att. c.p.p. e la raccolta di prove sovranazionale attraverso il conferimento di «immediata efficacia ad un provvedimento emesso nello Stato d'origine, da eseguirsi in altro Stato».

[96] M.R. MARCHETTI, *Dalle convenzioni bilaterali*, cit., p. 10 s., mette in luce come già la prima forma di convenzione plurilaterale (la CEAG del 1959 sorta nell'ambito del Consiglio d'Europa) mostrasse "aperture" verso modalità diverse da quelle disciplinate sebbene riservate a situazioni di urgenza. In seguito, la convenzione di assistenza giudiziaria in materia penale dell'Unione europea del 29 maggio 2000 e il Protocollo addizionale del 16 ottobre 2001 consentono di leggere l'evoluzione della materia attraverso «due direttrici di fondo»: adeguare gli strumenti di cooperazione alle nuove esigenze anche attraverso nuovi strumenti tecnologici (*i.e.* disciplinare le intercettazioni telefoniche, le videoconferenze, le conferenze telefoniche) e «rendere più snelli i tempi di espletamento delle rogatorie», attraverso la preferenza accordata alla trasmissione diretta tra autorità giudiziarie ed evitando formalismi, così EAD., *op. ult. cit.*, p. 12 s. E. CALVANESE, *Tipologia*, cit., p. 35, sottolinea la mancanza di una norma consuetudinaria in materia di reciproca collaborazione giudiziaria penale sebbene la Suprema Corte abbia affermato che la collaborazione e l'assistenza giudiziaria reciproca costituiscono un principio recepito nella CEAG e accolto anche in altre analoghe convenzioni «che ha assunto valore di norma consuetudinaria di diritto internazionale, valida anche per Stati non firmatari» (Cass., 24 marzo 1983, Nuvoletta, in *Cass. pen*., 1985, p. 160). Sempre E. CALVANESE, *Tipologia*, cit., p. 37, ricorda che l'eventuale assenza di una normativa convenzionale non esclude la possibile valida instaurazione di rapporti di collaborazione che si basano sulla c.d. "cortesia internazionale" tra quegli Stati fra cui non vi siano accordi pattizi nei cui confronti si promette un trattamento di reciprocità; v. anche G. BARROCU, voce *Rogatorie penali internazionali*, in *Enc. giur. Treccani*, 2007, vol. XXXII, p. 2; A. CIAMPI, *Assunzione*, cit., p. 42 s.; G. DE AMICIS, *Problemi e prospettive*, cit., p. 294.

e la formazione transnazionale delle prove; l'altro modello è quello della unificazione delle regole probatorie)[97].

Con la rogatoria (dal latino *rogo*: chiedo)[98] uno Stato richiedente (o assistito), in cui è in corso un procedimento penale, si rivolge ad un altro Stato richiesto (o assistente), chiedendone la cooperazione nello svolgimento di atti processuali che si svolgono sul territorio dello Stato richiesto, con il consenso di questo e con l'intervento di organi dello stesso[99]. Tali atti sono destinati a produrre effetti[100] nel procedimento che si svolge nello Stato richiedente[101]. Non un semplice invito bensì un «impiego diretto dei propri poteri sovrani, anche coercitivi, che corresponsabilizza in qualche modo lo Stato assistente per l'attività dello Stato assistito»[102], la rogatoria, una volta trasmessa la domanda, fluisce dalle mani dello Stato ove il processo si celebra, nel cui seno rifluisce in direzione inversa solo in sede di utilizzazione della prova[103]. Accanto a questo tipo di rogatoria esiste anche una rogatoria «minore» per la citazione di testimoni

---

[97] M. DANIELE, *Ricerca e formazione della prova*, in R.E. KOSTORIS (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, cit., p. 406 s.

[98] Secondo A. CIAMPI, *Assunzione,* cit., p. 16, è più corretto parlare di "richiesta di assistenza giudiziaria", locuzione più in linea con le convenzioni internazionali. V. anche Z. SECCHI, *Classificazione delle rogatorie e individuazione degli atti rogabili*, in G. LA GRECA-M.R. MARCHETTI (a cura di), *Rogatorie penali*, cit., p. 169.

[99] M. PISANI, *Rogatorie internazionali e videoconferenze*, in *Riv. dir. proc*., 2002, p. 981, utilizza l'espressione «delegazione di poteri» mentre E. CALVANESE, *Tipologia*, cit., p. 38, discorrendo più genericamente di mutua assistenza giudiziaria tradizionale, sostiene che i meccanismi di collaborazione convenzionale sono diretti «esclusivamente a vincolare, in presenza di determinate condizioni, gli Stati all'esercizio di una sorta di mandato "*ad acta*"».

[100] Si sofferma, in particolare, sulla distinzione tra efficacia e valutazione delle risultanze probatorie N. GALANTINI, *La cooperazione*, cit., p. 46, osservando che il giudice dello Stato richiedente potrà, secondo il principio del libero convincimento, «accogliere o rifiutare l'atto e inserirlo a fondamento della motivazione del proprio provvedimento decisorio qualora esso risulti conforme ai principi basilari dell'ordinamento interno e qualora esso rilevi ai fini della decisione del merito della vicenda processuale in oggetto».

[101] I presupposti e i limiti del ricorso all'assistenza giudiziaria per l'assunzione delle prove all'estero nonché le autorità competenti a formulare le richieste, le procedure interne per la trasmissione, i criteri di utilizzazione e di valutazione delle prove sono di pertinenza dell'ordinamento dello Stato richiedente, A. CIAMPI, *Assunzione*, cit., p. 18.

[102] P. LASZLOCZKY, *La cooperazione internazionale,* cit., p. 98. *Contra*, M. CHIAVARIO, *Diritto processuale penale*, cit., p. 1016, sottolinea il significato «supplicatorio» della rogatoria.

[103] P. LASZLOCZKY, *La cooperazione internazionale,* cit., p. 106. Secondo A. GAITO, *Dei rapporti*, cit., p. 14, a proposito del c.p.p. abr., a disciplinare le rogatorie concorrono «inevitabilmente sia le norme del paese richiedente sia quelle del paese richiesto».

e periti che si estrinseca mediante la collaborazione internazionale per permettere che quei dichiaranti siano indotti a recarsi nello Stato del processo[104].

Il principio cardine del sistema rogatoriale è quello del *locus regit actum*[105], espressione dell'obbligo di ciascuno Stato di rispettare l'organizzazione altrui[106]; ne consegue che il compimento e l'acquisizione dell'attività richiesta saranno regolati dalle norme dell'ordinamento in cui vengono svolte. In altri termini, l'atto rogato costituisce esercizio della sovranità[107] del Paese richiesto di

---

[104] P. LASLOCZKY, *Un ulteriore ausilio nell'assistenza giudiziaria internazionale*, in *Giur. it.*, 1996, p. 684 s. V. anche Z. SECCHI, *Classificazione*, cit., p. 210.

[105] La Corte di cassazione ha affermato che «costituisce principio di diritto internazionale universalmente riconosciuto quello secondo cui le rogatorie vanno eseguite secondo la legge dello Stato richiesto», Cass., 22 ottobre 1981, Li Calzi, in *Giust. Pen.*, 1982, III, c. 334. La Corte ha altresì affermato che «è principio generale in materia di assistenza giudiziaria penale che l'atto compiuto all'estero su rogatoria è regolato non dalla legge del paese richiedente, ma, costituendo tipico esercizio della sovranità del paese richiesto, dalle norme dell'ordinamento di quest'ultimo, alla cui stregua deve essere verificata la validità», Cass., 19 novembre 1993, Palamara, in *Cass. pen.*, 1995, p. 2647. In dottrina, v. I. CAMINITI, *L'effettiva portata del principio* locus regit actum, in *Giur. it.*, 2002, p. 1919; G. CAPALDO, sub *art. 727 c.p.p.*, in M. CHIAVARIO (a cura di), *Commento al nuovo codice*, cit., p. 786; D. CARCANO, *I principi pattizi: da modalità di esecuzione a limiti alla concedibilità o utilizzabilità*, in G. LA GRECA-M.R. MARCHETTI (a cura di), *Rogatorie penali*, cit., p. 120 s.; G. DI CHIARA, voce *Rapporti giurisdizionali*, cit., p. 893; G. DIOTALLEVI, *La c.d. «concelebrazione» delle rogatorie e gli atti diretti di giurisdizione all'estero*, in *Cass. pen.*, 1998, p. 916; F. FALATO, *Appunti di cooperazione*, cit., p. 83; M.R. MARCHETTI, *L'assistenza giudiziaria internazionale*, cit., *passim*.

[106] E. CALVANESE, *Tipologia*, cit., p. 35; A. CIAMPI, *Assunzione*, cit., p. 259; J.P. PIERINI, *Ancora attuale il principio* locus regit actum *con riguardo alle prove penali acquisite all'estero nel corso di rogatoria «concelebrata»?*, in *Cass. pen.*, 2000, p. 3110.

[107] Il principio di sovranità territoriale attribuisce ad ogni Stato "sovrano" il diritto di esercitare il potere di governo sul territorio in modo esclusivo. Sul piano del diritto consuetudinario ne è derivata la norma che impone l'astensione, da parte di altri Stati, di esercitare il potere sul territorio dello Stato "sovrano", salvo che quest'ultimo vi acconsenta. Secondo B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, ESI, 1987, p. 194, la sovranità territoriale costituisce la prima norma consuetudinaria in tema di delimitazione del potere di governo dello Stato. Espressione del principio di sovranità è l'esercizio della giurisdizione che è circoscritto all'interno del territorio; cfr. E. CALVANESE, *Tipologia*, cit., p. 31; v. anche G. DARAIO, *La circolazione*, cit., p. 537. In senso parzialmente diverso, M.T. STURLA, *Sulla c.d. ultraterritorialità*, cit., *passim*. In giurisprudenza, Corte cost., 25 luglio 1995, n. 379, in *Arch. n. proc. pen.*, 1995, p. 797, ha precisato che il principio di sovranità e di indipendenza di ciascuno Stato «postula che, da un lato, l'esecuzione materiale degli atti richiesti debba necessariamente avvenire nei modi previsti dalla *lex fori* e, dall'altro, che la valutazione delle attività espletate (ossia degli effetti che a detti atti possono essere riconosciuti) vada condotta alla stregua dell'ordinamento dello Stato richiedente»; vi è dunque una netta differenza tra «norme che regolano l'assunzione della prova e le norme che ne disciplinano l'utilizzazione», così M. PISANI, *Le prove assunte all'estero: assunzione e utilizzabilità*, in *Ind. pen.*, 1995, p. 793; v. anche B. PIATTOLI, *Cooperazione giudiziaria*, cit., p. 171 s. V. anche E. SELVAGGI, *La nuova legge*, cit., p. 3255. Critica rispetto alla soluzione adottata dalla Corte costituzionale, A. CIAMPI, *L'assunzione*, cit., c. 1093 s., che, in sintesi, censura la decisione perché «non vale ad assicurare l'effettivo esplicarsi all'estero delle garanzie difensive previste dal codice di procedura penale». Ciò premesso, secondo l'Autrice, la Corte avrebbe dovuto affermare che il rispetto del diritto di difesa «non soltanto consente, ma impone al giudice italiano di avvalersi di tutte le facoltà previste dalle convenzioni internazionali per assicurare la presenza delle parti e dei difensori»; in altri termini, «deve essere compiuto ogni sforzo per ottenere il consenso dello Stato estero, affinché sia assicurata, nel corso della rogatoria, la presenza della autorità procedente e delle parti interessate» e, in proposito, chiama in causa

assistenza giudiziaria, pertanto, devono applicarsi le norme del luogo in cui esso si svolge mentre, di converso, non trovano ingresso le regole processuali dello Stato richiedente. Il principio, tuttavia, è attenuato con riferimento al compimento di un atto secondo le particolari forme necessarie a conferire valore probatorio all'interno dello Stato richiedente. In sintesi, può affermarsi che in materia di cooperazione giudiziaria la forma dell'assunzione della prova è valutata secondo la *lex loci*, mentre la valutazione della sua efficacia è svolta secondo la *lex fori*[108].

La richiesta di rogatoria deve riguardare un atto di natura istruttoria e deve, inoltre, superare un filtro d'ingresso – un limite intrinseco ed oggettivo di ogni rogatoria[109] – giacché è ammissibile solo se le norme di diritto interno contemplano il mezzo istruttorio richiesto e, quindi, se è giuridicamente possibile espletare l'atto[110].

---

anche l'art. 6 C.e.d.u. V. anche S. BUZZELLI, *Diritto di difesa e rogatorie attive dopo l'abrogazione dell'art. 31 delle Preleggi*, in *Dir. pen. proc*., 1996, p. 311.

[108] I. CAMINITI, *L'effettiva portata*, cit., p. 10, osserva che l'operatività del principio della *lex loci* «non si riverbera oltre l'assunzione dell'atto» che, una volta acquisito all'interno del processo interno, sarà regolato dalla *lex fori*. In altri termini, l'atto rogato vive di vita propria all'interno del processo interno. Secondo A. CIAMPI, *Assunzione*, cit., p. 18, si tratta di un esito ineludibile dal momento che i due momenti che precedono e seguono l'assunzione delle prove all'estero sono regolati dalla legge dello Stato richiedente. V. anche V. ESPOSITO, voce *Rapporti giurisdizionali*, cit., p. 6, secondo cui «dato che i soggetti fra cui intercorre il rapporto di assistenza giudiziaria sono i singoli Stati, nessuno dei quali rinuncia alla propria sovranità ed alle caratteristiche di territorialità della propria giurisdizione, appare evidente che la legge applicabile sarà quella dell'uno o dell'altro Paese, secondo la fase del rapporto», pertanto, «la valutazione dell'ammissibilità e della rilevanza del mezzo formante oggetto della domanda va fatto secondo la legge dello Stato richiedente. L'esecuzione materiale degli atti avviene, invece, secondo le forme previste dallo Stato richiesto (*lex fori*) (…). La valutazione, infine, dell'attività espletata – ossia del riconoscimento degli effetti giuridici extranazionali dell'atto – deve essere condotta alla stregua della legge dello Stato richiedente». Secondo J.P. PIERINI, *Ancora attuale*, cit., p. 3111, è un *topos* ricorrente il distinguo tra forma dell'assunzione della prova e valutazione della sua efficacia. V. anche C. VALENTINI, *L'acquisizione della prova*, cit., p. 186.

[109] Sul piano interno, G. CAPALDO, sub *art. 727 c.p.p.*, cit., p. 794. La natura istruttoria dell'atto richiesto e la possibilità giuridica del suo compimento costituiscono i limiti, così P. LASZLOCZKY, *La cooperazione internazionale*, cit., p. 107 s. Si tratta di un limite presente anche per l'esecuzione dell'ordine di indagine europeo (v. cap. III).

[110] Il limite non si estende fino a prevedere che l'atto si inquadri in un istituto tipico dell'ordinamento dello Stato richiesto, U. ALOISI, *Manuale pratico di procedura penale*, vol. IV, Giuffrè, 1943, p. 298. In giurisprudenza, nel vigore del codice abrogato, si è escluso che l'atto straniero debba presentare sempre tutti i requisiti dei corrispondenti atti italiani (Cass., 30 maggio 1980, Milan, in *Cass. pen*., 1981, p. 2010), pertanto, «il sindacato del giudice italiano non può andare oltre una verifica formale dell'atto che intende utilizzare…» e «non può e non deve estendersi alla valutazione del procedimento estero nel suo complesso» (Cass., 21 febbraio 1983, Von Arb, in *Cass. pen*., 1984, p. 1216). V. anche C. FIORIO, *Sull'utilizzabilità in Italia di atti compiuti da autorità straniere*, in *Giur. it*., 1990, II, c. 215. Con

Vi sono poi altre condizioni previste all'interno delle convenzioni internazionali: in genere, può essere opposto un rifiuto se il procedimento non riguarda un fatto previsto dalla legge come reato anche dall'ordinamento dello Stato in cui la prova è situata (c.d. doppia incriminazione)[111]. Inoltre, le richieste non si devono riferire a reati che lo Stato richiesto considera reati politici, fiscali o militari; infine, l'esecuzione della rogatoria non deve poter pregiudicare la sovranità, la sicurezza, l'ordine pubblico[112] o altri interessi essenziali dello Stato. Per tali ragioni, tradizionalmente, le domande di cooperazione giudiziaria, tanto dal lato passivo che attivo, sono inoltrate per via diplomatica, così da valorizzare una valutazione di opportunità politica: compiuto un vaglio di tale natura ed esclusa l'opportunità di esercitare il c.d. potere di blocco in caso di pericolo per la compromissione della sicurezza o di altri interessi essenziali dello Stato, il ministro della giustizia provvede all'inoltro della richiesta per via diplomatica all'autorità giudiziaria straniera[113]. La "restituzione" dell'atto di cooperazione eseguito segue la stessa strada a ritroso[114].

Tra i limiti posti al dispiegarsi della rogatoria, vi è il rispetto del principio di specialità[115] che costituisce una barriera all'utilizzazione[116], da parte dello Stato

---

riferimento al codice di procedura penale previgente, v. D. VIGONI, *Le prove penali raccolte all'estero dalle autorità giudiziarie straniere*, in *Riv. it. dir. pen. proc*., 1985, p. 535 s.

[111] M. DANIELE, *Ricerca e formazione della prova*, cit., p. 413. V. anche M.R. MARCHETTI, *L'assistenza giudiziaria*, cit., p. 45.

[112] Cass., 21 febbraio 1983, Von Arb, cit., ha precisato che «per ordine pubblico *ex* art. 31 disp. prel. cod. civ. deve intendersi quel complesso di principi generali che informano l'intero ordinamento, contravvenendo i quali, i lineamenti e l'armonia del sistema vengono stravolti». D. VIGONI, *Le prove penali*, cit., p. 536, evidenzia come il principio *locus regit actum* "cede" di fronte a norme inderogabili del nostro ordinamento: l'art. 31 delle Preleggi, infatti, prevede(va) che le leggi e gli atti di uno Stato straniero non possono avere effetto nel territorio dello Stato italiano se contrari all'ordine pubblico o al buon costume.

[113] G. CAPALDO, sub *art. 727 c.p.p.*, cit., p. 794. V. anche R. BELFIORE, *La prova penale*, cit., p. 28*;* P. SPAGNOLO, sub *art. 727 c.p.p.*, in G. CONSO-G. ILLUMINATI (a cura di), *op. cit.*, p. 3170.

[114] P. LASZLOCZKY, *La cooperazione internazionale*, cit., p. 120 s.

[115] Il principio ha assunto portata generale ed è annoverato tra le norme di diritto internazionale generale, v. M.R. MARCHETTI, *L'estradizione: profili processuali e principio di specialità*, Cedam, 1990, p. 179; in senso contrario, però, v. F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 1258 s., secondo cui è da escludere la riconducibilità all'art. 10 Cost. perché «l'*opinio iuris ac necessitatis* appare poco compatibile con le clausole pattuite» poiché «… una norma generale diventa diagnosticabile dal momento in cui le parti la applichino senza averla pattuita». D. CARCANO, *I principi pattizi*, cit., p. 131 s. V. anche E. CALVANESE, *Tipologia*, cit., p. 36, nt. 24; A. CIAMPI, *Assunzione*, cit., p. 182; M.R. MARCHETTI, *Dalle convenzioni bilaterali*, cit., p. 18; C. VALENTINI, *L'acquisizione della prova*, cit., p. 242 s.

[116] Secondo A. CIAMPI, *Assunzione*, cit., p. 183, «quando si parla di "utilizzabilità" o "utilizzazione" in relazione alla specialità, questi termini debbono essere intesi in senso ampio, comprensivi di qualunque

richiedente, delle prove e delle informazioni ottenute a seguito della richiesta di assistenza, risultati che saranno utilizzabili solo nel procedimento o processo al quale si riferisce la richiesta. Nell'ordinamento interno, il principio è consacrato dall'art. 699 c.p.p. ("Principio di specialità") previsto con riferimento alla estradizione ma applicato in generale nell'ambito della cooperazione[117].

Le spese sostenute per le rogatorie sono, di regola, a carico dello Stato richiesto anche se non è escluso che, per particolari atti complessi e onerosi, le spese siano poste a carico dello Stato rogante[118].

4. (*Segue*) Il modello codicistico di rogatoria e le altre forme di cooperazione

Nel diritto interno, il meccanismo della rogatoria, fino alle recenti modifiche, è stato disciplinato da poche disposizioni contenute all'interno del Libro XI del codice di procedura penale che esaurivano le forme codicistiche di cooperazione in materia probatoria[119]. Del resto il microcosmo delle prove transnazionali è relegato nell'ambito di una categoria tradizionalmente ritenuta residuale (c.d. minore)[120] rispetto alle altre forme di cooperazione, perché

---

utilizzo, processuale e non, da parte dello Stato richiedente, dei risultati dell'esecuzione di una richiesta di assistenza giudiziaria internazionale. Questa accezione (...) deve essere tenuta distinta da quella, strettamente processuale, in cui significa utilizzabilità o utilizzazione come prova».

[117] Dalla Relazione al progetto preliminare del 1988 (p. 356), in G. CONSO-V. GREVI-G. NEPPI MODONA (a cura di), *Il nuovo codice di procedura penale*, cit., p. 1527, segnatamente dal Parere della Commissione parlamentare si evince la proposta di prevedere espressamente il principio di specialità per le rogatorie all'estero, con la precisazione che «l'utilizzabilità degli atti richiesti non è consentita per fatti diversi da quello per cui si procede salvo che l'imputato non ne faccia espressa richiesta». Dalla lettura dell'art. 729 c.p.p. si riscontra che tale formulazione non ha trovato spazio e il suggerimento non è stato accolto.

[118] D. CARCANO, *Norme comuni*, cit., c. 1059; P. LASZLOCZKY, *La cooperazione internazionale,* cit., p. 110. Per analoga disciplina in tema di ordine di indagine europeo, v. cap. V, § 3.

[119] Tali disposizioni hanno fin qui generato difficoltà interpretative e non sono state ritenute funzionali a rispondere alle esigenze che la pratica giudiziaria chiede di soddisfare nel complesso contesto di cui si è detto. V. N. PARISI, *Su taluni limiti*, cit., p. 447. T. RAFARACI, *Rogatorie*, in AA.VV., *Investigazioni e prove transnazionali*, cit., p. 37, osserva come l'apparato normativo del codice di procedura si connoti per una statica fissità, salva la parentesi della legge n. 367 del 2001; di contro, le convenzioni internazionali e la prassi registrano una dinamica lenta ma progressiva. V. anche S. ARASI, *"Nuovi" rapporti*, cit., p. 577; G. DI CHIARA, *Riflessioni ed esperienze*, cit., p. 4.

[120] G. DI CHIARA, voce *Rapporti giurisdizionali*, cit., p. 890. V. anche N. PARISI, *Su taluni limiti*, cit., p. 444.

intrinsecamente connotata da accessorietà[121] e strumentalità[122] rispetto al processo, oltre alla comune nota di inserirsi in un procedimento in corso nello Stato assistito[123]. Nondimeno, tale forma di collaborazione ha progressivamente assunto un rilievo maggiore a seguito della aumentata mobilità delle persone e alla conseguente necessità di affrontare il crimine che si compie anche al di là dei confini nazionali[124].

Il codice di rito disciplina la rogatoria internazionale sia dal lato passivo (o dall'estero) che attivo (o per l'estero): se la preoccupazione che ispira il legislatore interno per la rogatoria passiva è la garanzia di tutela dei soggetti coinvolti nella rogatoria[125], quella tenuta in considerazione per la rogatoria attiva è l'utilizzazione della prova formata all'estero all'interno del processo interno[126].

Oggetto di rogatoria sono i mezzi di prova in senso stretto e i mezzi di ricerca della prova[127].

---

[121] N. GALANTINI, *La cooperazione*, cit., p. 44, chiarisce che nella suddetta categoria di c.d. assistenza giudiziaria minore o accessoria «confluiscono tutti quegli atti destinati ad inserirsi in un procedimento penale in corso nello stato assistito e individuabili in perizie, esperimenti, sequestri, notificazioni, assunzione di testimonianze, trasmissione di corpi di reato e di documenti e "in qualsiasi altra cosa possa riguardare un reato per il quale si procede, a scopo di indagare o di chiarire la verità dei fatti allegati dall'accusa o dalla difesa" (Manzini, 1967, p. 169)»; tuttavia, «l'esercizio della potestà giurisdizionale da parte dello Stato richiesto nello svolgimento delle rogatorie (...) le distingue dalle altre forme di collaborazione internazionale "minore" tra le quali la notifica degli atti», p. 47. V. anche F. MOSCONI, sub *art. 696 c.p.p.*, cit., p. 682, che afferma che il termine «minore» è utilizzato per rimarcare la differenza rispetto all'estradizione. V. inoltre M. PISANI, *Le convenzioni di assistenza giudiziaria in materia penale*, in F. MOSCONI-M. PISANI, *Le convenzioni di estradizione e di assistenza giudiziaria*, Giuffrè, 1984, p. 129. M.R. MARCHETTI, *L'assistenza giudiziaria*, cit., p. 1 s., sottolinea, invece, che la qualifica "minore" trova una giustificazione riguardo alla diversa incidenza sulla libertà personale dell'interessato che è diversa e più incisiva nell'estradizione rispetto alla rogatoria.

[122] A. GAITO, *Dei rapporti*, cit., p. 15.

[123] P. LASZLOCZKY, *La cooperazione internazionale*, p. 33 s., evidenzia che «il contatto fra ordinamenti avviene nel divenire del processo» e che dalla natura strumentale delle attività processuali di cui trattasi deriva il carattere tendenzialmente neutro delle stesse «rispetto alla decisione».

[124] G. BARROCU, *Rogatorie*, cit., p. 1, osserva che si deve alla CEAG del 1959 il «primo tentativo di regolare la materia (...) mediante una normativa valida per un notevole numero di Stati, evitando quella parcellizzazione tipica degli accordi bilaterali».

[125] Nel parere reso dalla Facoltà di giurisprudenza dell'Università degli Studi di Parma alla Relazione al progetto preliminare del 1988 (p. 35-36), in G. CONSO-V. GREVI-G. NEPPI MODONA (a cura di), *Il nuovo codice di procedura penale*, cit., p. 1481, si esprime apprezzamento per la solenne «tutela dei diritti fondamentali della persona umana» "precipitata" nella c.d. clausola di non discriminazione prevista per tutti gli istituti di collaborazione con autorità straniere.

[126] M.R. MARCHETTI, *L'assistenza giudiziaria*, cit., p. 42. V. anche F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 1260 s. Le medesime preoccupazioni si rinvengono riguardo alla disciplina dell'ordine di indagine europeo.

[127] Sulla distinzione V. GREVI (agg. G. ILLUMINATI), *Prove*, in G. CONSO-V. GREVI-M. BARGIS (a cura di), *Compendio di procedura penale*, cit., p. 323, nonché G. BARROCU, *Rogatorie*, cit., p. 1. Secondo

Le modalità di esecuzione di una richiesta di assistenza possono essere essenziali per non rendere vana l'acquisizione della prova formata all'estero. Focalizzandosi sulle prove dichiarative[128] emerge che, onde evitare di svolgere un'attività inutile, devono essere seguite le modalità di esecuzione richieste che implicano una recezione delle forme processuali dello Stato assistito[129] e, in particolare, il rispetto del contraddittorio nella formazione della prova[130].

Per ovviare a possibili rischi, a fronte della consapevole inadeguatezza delle rogatorie a sopperire alle esigenze di acquisizione probatoria all'estero[131], accanto al modello tradizionale interamente eseguito dall'autorità dello Stato richiesto, si è sviluppato il modello della c.d. rogatoria partecipata[132] che rappresenta un temperamento al principio *locus regit actum*[133]. Pur rimanendo

---

alcuni anche la prova atipica, se idonea ad assicurare l'accertamento dei fatti e salvo che pregiudichi la libertà morale della persona, può essere oggetto di rogatoria; così Trib. Milano, 13 ottobre 1993, in *Giust. pen.*, 1994, III, p. 338, nonché, G. DIOTALLEVI, *La c.d. «concelebrazione»*, cit., p. 915; S. RAMAJOLI, *Rogatoria all'estero e garanzie difensive*, in *Giust. pen.*, 1994, III, c. 338.

[128] A. BALSAMO, *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*, cit., p. 227, ricorda che «nelle prove dichiarative si riflettono i diversi stili processuali che rispecchiano un diverso contenuto del principio di legalità processuale: mentre nel sistema accusatorio è libera la valutazione ma è vincolato il metodo di acquisizione delle prove», «nel sistema inquisitorio è vincolata la valutazione delle prove ma è libero il loro metodo di formazione». In proposito si è affermato che quella dei modelli di acquisizione e di impiego processuale della prova dichiarativa è una materia delicatissima «che costituisce il cuore pulsante dell'attività giurisdizionale penale», così G. COLAIACOVO, *I nuovi orizzonti*, cit., p. 1660 s. (a proposito dell'intervento di A. BALSAMO, *Le prove dichiarative: modelli di acquisizione e impiego processuale*), dove si ribadisce la «necessità di un recupero della legalità probatoria» e «il superamento delle singole discipline nazionali, attraverso un'armonizzazione dei sistemi». V. anche S. ALLEGREZZA, *L'armonizzazione della prova penale*, cit., p. 169; M. CHIAVARIO, *Cooperazione giudiziaria*, cit., p. 988; L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, 2000, p. 628.

[129] M.R. MARCHETTI, *L'assistenza giudiziaria*, cit., p. 42.

[130] G. ILLUMINATI, *Giudizio*, in G. CONSO-V. GREVI-M. BARGIS (a cura di), *Compendio di procedura penale*, cit., p. 749 s.

[131] M.R. MARCHETTI, *op. ult. cit.*, p. 180, individua nell'esigenza di ottenere l'assunzione di prove utilizzabili il motore della ricerca volta a superare il principio della *lex loci*. L'Autrice, inoltre, indica nelle convenzioni (es. art. 3 § 2 e art. 4 CEAG 1959 che prevede una deroga al principio a seguito di «espressa domanda») lo strumento attraverso cui si prevedeva la possibilità di procedere secondo «forme speciali». V. anche A. CIAMPI, *L'assunzione*, cit., c. 1088.

[132] EAD., *Assunzione*, cit., p. 257, evidenzia, tra l'altro, che all'estremo opposto «si colloca l'*assunzione diretta*, ossia il compimento dell'attività di acquisizione probatoria, nello Stato richiesto, direttamente da parte delle autorità dello Stato richiedente (eventualmente alla presenza delle autorità dello Stato richiesto)». V. anche G. CAPALDO, sub *art. 727 c.p.p.*, cit., p. 802; G. DIOTALLEVI, *La c.d. «concelebrazione»*, cit., p. 915; M.R. MARCHETTI, *op. ult. cit.*, p. 43; R. OLIVO, *Rogatorie ed assunzione diretta di testi all'estero*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1976, p. 904; Z. SECCHI, *Classificazione*, cit., p. 175; D. VIGONI, *Dalla rogatoria all'acquisizione diretta*, in G. LA GRECA-M.R. MARCHETTI (a cura di), *Rogatorie penali*, cit., p. 420 s.

[133] D. CARCANO, *I principi pattizi*, cit., p. 124; v. anche, ID., *L'irregolarità dello Stato estero blocca la prova*, in *Guida dir.*, 2001, n. 42, p. 56.

nel contesto dei rapporti tra Stati secondo il paradigma della «mutua assistenza giudiziaria penale», con la c.d. rogatoria partecipata si è verificato uno spostamento dell'asse della cooperazione[134]: dalla mera cooperazione "a distanza" si è passati a forme più incisive di cooperazione "partecipata" dove l'atto è eseguito alla presenza dell'autorità giudiziaria dello Stato richiedente previo consenso dello Stato richiesto[135]. Tuttavia, anche in tale ambito, solo il giudice straniero è giudice "naturale" che può esprimere un consenso alla partecipazione delle autorità dello Stato rogante, queste ultime, dunque, sono prive di alcun potere giudiziario sul territorio straniero[136]. La forza coattiva e le proprie garanzie formali sono imposte dallo Stato dove la prova è acquisita mentre lo Stato interessato alla prova, con la rogatoria "partecipata", beneficia della conoscenza delle risultanze percepite in via immediata, senza "intermediazione"[137]. Nonostante l'esperienza maturata in tal senso, il codice del 1988 non ha disciplinato i casi di «concelebrazione» delle rogatorie che, dunque,

[134] M. PISANI, *Rogatorie internazionali e videoconferenze*, cit., p. 981, mette in luce il «temperamento dei rigorismi delle sovranità» che ha caratterizzato il passaggio che, in ambito "regionale", è cristallizzato dalla CEAG del 1959 (art. 4). D. VIGONI, *Rogatoria penale*, cit., p. 467 s., fissa nella CEAG il provvedimento con cui la cooperazione "partecipata" viene ad essere riconosciuta, segnatamente «sotto il profilo dell'assistenza all'*iter* del compimento dell'atto istruttorio richiesto» da parte dello Stato richiedente.

[135] Alcuni (D. VIGONI, *Dalla rogatoria all'acquisizione diretta,* cit., p. 438) distinguono tra rogatoria "partecipata" e rogatoria "concelebrata" là dove la prima consiste nella possibilità di affiancare l'autorità richiesta sollecitando domande o atti mentre la seconda implicherebbe la possibilità di effettuare domande dirette al dichiarante; secondo altri (M. PISANI, *In tema di assunzione all'estero delle prove da parte dell'autorità giudiziaria italiana*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2001, p. 557), l'espressione "partecipata" indica tanto la presenza attiva o compartecipazione allo svolgimento della rogatoria quanto la possibilità di richiedere (e di ottenere) l'applicazione di forme speciali derogatorie della *lex loci* mentre l'espressione "concelebrata" riguarderebbe solo la prima delle due modalità. V. anche G. BARROCU, *Le rogatorie*, cit., p. 3; A. GAITO, *Dei rapporti*, cit., p. 27 s.; L. KALB, *Studi in materia di cooperazione giudiziaria penale*, Giappichelli, 2013, p. 151.

[136] V. G. DIOTALLEVI, *La c.d. «concelebrazione»*, cit., p. 915; F. FALATO, *Appunti di cooperazione*, cit., p. 88. Si è osservato che il principio di sovranità territoriale costituisce «il limite oggettivo dell'attività degli organi statali», pertanto, se «l'attività di assunzione diretta delle prove da parte del giudice italiano all'estero» è riconducibile alla rogatoria internazionale, è inutile verificare quale sia la capacità del giudice in relazione all'atto compiuto, così, J.P. PIERINI, *Ancora attuale*, cit., p. 3109. In giurisprudenza, v. Cass., 24 ottobre 2001, Modeo ed a., in *C.E.D. Cass.* n. 220633. Anche la giurisprudenza formatisi anteriormente al codice del 1988 aveva sottolineato la necessità del consenso dell'autorità giudiziaria richiesta (Cass., 21 febbraio 1983, Von Arb, cit.).

[137] P. LASZLOCZKY, *La cooperazione internazionale,* cit., p. 137, osserva che la partecipazione delle autorità dello Stato del processo «avviene soltanto nella prospettiva della rilevanza della prova e della sua valutazione». V. anche T. TREVES, *La giurisdizione nel diritto penale internazionale*, Giuffrè, 1973, p. 281.

restano disciplinate dalle norme convenzionali (art. 4 Convenzione europea del 1959)[138] e dai principi generali dell'ordinamento giuridico e processuale[139].

Accanto alle rogatorie sono andate a formarsi altre forme particolari di cooperazione che possono esplicarsi anche in attività diretta sul territorio straniero[140] o nello scambio spontaneo di informazioni[141]. Quest'ultima forma di collaborazione supera la logica contrattuale del *do ut des* tipica dell'assistenza giudiziaria: si fonda sull'esigenza di «svincolare l'aiuto prestato» alle autorità di un altro Stato ad una formale richiesta ed è pensata al fine di suggerire allo Stato titolare dell'informazione di condividere la conoscenza con altri Stati interessati[142]. Inoltre, in posizione "alternativa" rispetto alla rogatoria, anche in forma "speciale", si collocano le indagini comuni, le attività sotto copertura, le consegne sorvegliate e l'osservazione transfrontaliera[143].

5. (*Segue*) Il fenomeno delle trasferte: oltre il dogma della c.d. territorialità della giurisdizione

Sul versante attivo, all'interno del panorama tratteggiato, si è affermata, per un certo periodo e nella vigenza del codice abrogato, la prassi delle trasferte all'estero dei magistrati italiani per il compimento di funzioni giudiziarie[144].

---

[138] D. CARCANO, *Norme comuni*, cit., c. 1060.
[139] G. DIOTALLEVI, *La c.d. «concelebrazione»*, cit., p. 915.
[140] A. CIAMPI, *Assunzione*, cit., p. 257. Tali forme di deroga al principio della *lex loci* rappresenterebbero la «conferma della perdurante validità del principio *de quo* costituendo delle variazioni minime, comunque subordinate alla loro esplicita previsione nella normativa convenzionale ed alla valutazione della parte richiesta in ordine alla loro compatibilità con i principi del proprio ordinamento»; in questi termini, M.R. MARCHETTI, *L'assistenza giudiziaria*, cit., p. 44 s. V. anche C. VALENTINI, *L'acquisizione della prova*, cit., p. 187, nt. 17.
[141] F. SPIEZIA, *Le linee evolutive*, cit., p. 193 s. C. FANUELE, *Lo scambio di informazioni a livello europeo*, in L. FILIPPI-P. GUALTIERI-P. MOSCARINI-A. SCALFATI (a cura di), *La circolazione investigativa*, cit., p. 27 s., con riferimento all'ambito regionale, osserva come il flusso informativo tra diversi Paesi possa «"abbassare" il livello delle garanzie interne» e auspica la previa fissazione di «standards di qualità uniformi».
[142] E. CALVANESE, *Cooperazione*, cit., p. 458. Lo ribadiscono anche G. SPAGNOLI, *Osservazioni*, cit., p. 1532, nonché F. SPIEZIA, *Le linee evolutive*, cit., p. 195, che mette in luce come si tratti di uno strumento «incentrato sul principio di solidarietà internazionale nelle attività di contrasto della grande criminalità».
[143] M.R. MARCHETTI, *L'assistenza giudiziaria*, cit., p. 192 s. A. CIAMPI, *Assunzione*, cit., p. 338 s., definisce tali forme di assistenza come «cooperazione di carattere operativo».
[144] La prima traccia di una attività ritenuta, non a torto, "eccezionale", si trova in F. GUARNIERI, *Di una eccezionale "trasferta" giudiziaria*, in *Riv. pen.*, 1967, p. 414, che avverte circa i problemi di

Benché l'esperienza registrata sia cronologicamente precedente al codice vigente, si richiama tale modalità di cooperazione per indicare un punto di rottura nel sistema tradizionale caratterizzato da rigidi meccanismi, momento che ha contribuito al viraggio dell'asse della cooperazione in senso marcatamente più collaborativo, come evidente laddove si pensi a uno strumento moderno quale quello delle squadre investigative comuni[145] che, per quanto differenti dalle trasferte, segnano una modalità alternativa (e più evoluta) di cooperazione che si basa sulla fiducia reciproca[146].

Il dato cronologico, inoltre, permette di osservare che l'esperienza non è stata codificata nel 1988, avendo preferito il legislatore delegante un approccio "minimo".

In giurisprudenza, rispetto alle trasferte di magistrati italiani all'estero, si è assistito a un pendolarismo[147]. Un primo atteggiamento di chiusura da parte della Corte di cassazione qualificava gli atti di istruzione probatoria come inesistenti e, quindi, inutilizzabili ai fini della decisione[148], in seguito, atti compiuti violando il

---

utilizzabilità delle attività compiute all'estero, pur con il consenso degli Stati ospitanti; il Tribunale romano che decise la trasferta in Francia e negli USA evidenziava la necessità, imposta da una esigenza di civiltà giuridica, «di superare ogni ostacolo di spazio»; a monte vi sarebbe un interesse sia nazionale che internazionale all'accertamento della verità nel rispetto del contraddittorio. V. anche G. CAPALDO, sub *art. 727 c.p.p.*, cit., p. 803; G. DI CHIARA, *L'assunzione diretta di prove all'estero da parte dell'autorità giudiziaria italiana: il fenomeno delle "trasferte"*, in G. DI FEDERICO-G. DI CHIARA, *Cooperazione tra Stati*, cit., p. 21 s.; M.T. STURLA, *Sulla c.d. ultraterritorialità*, cit., p. 571; D. VIGONI, *Rogatoria penale*, cit., p. 480 s.

[145] M.R. MARCHETTI, *L'assistenza giudiziaria*, cit., p. 192 s. V. anche G. BARROCU, *La cooperazione investigativa in ambito europeo. Da Eurojust all'ordine di indagine*, Cedam, 2017, p. 143 s.; T. BENE, *Direttive europee*, cit., p. 685; F. FALATO, *Appunti di cooperazione*, cit., p. 185 s.

[146] V. cap. II, § 5.

[147] Per una sintesi degli orientamenti, v. S. RAMAJOLI, *Rogatoria*, cit., c. 341. V. anche M. PISANI, *In tema di assunzione all'estero*, cit., p. 557; ID., *Dall'Italia – Le trasferte all'estero dei magistrati*, in *Ind. pen.*, 1983, p. 668 s., ricostruisce la tormentata accettazione – da parte delle Corti domestiche – dell'attività istruttoria svolta da un giudice italiano all'estero.

[148] Cass., 25 gennaio 1971, Caneba ed a., in *Cass. pen. Mass. annot*., 1972, p. 1020, giunge ad affermare che il giudice italiano che voglia esercitare la sua attività giurisdizionale all'estero è carente di giurisdizione e i suoi atti sono giuridicamente inesistenti; in virtù dell'art. 27 disp. prel. c.c., si considera illegittima la prova acquista all'estero direttamente dal giudice italiano. La disposizione, infatti, prevede(va) che la «competenza e la forma del processo sono regolate dalla legge del luogo in cui il processo si svolge»; pertanto, secondo la Corte di cassazione, lo Stato italiano impone l'obbligo di utilizzare l'istituto della rogatoria perché, attraverso l'art. 27 disp. prel. c.c., «lo Stato italiano si autolimita, rinunziando a svolgere attività giurisdizionale fuori dal suo territorio (...) e si autolimita (...) per rispetto alla sovranità degli altri Stati», con la conseguenza che un'attività giurisdizionale fuori dal territorio italiano costituirebbe «un attentato all'altrui sovranità, una compressione di essa». V. anche A. GAITO, *Oscillazioni giurisdizionali*, cit., c. 442 s.; ID., *Dei rapporti*, cit., p. 27 s.; D. VIGONI, *Dalla rogatoria*, cit., 2003, p. 440 s.

principio di sovranità dello Stato ospitante[149], successivamente e nell'arco di pochi anni, la Corte ha cambiato indirizzo affermando che «*La commissione rogatoria è il sistema normale di collaborazione fra Stati in materia giudiziaria, ma nulla impedisce che uno Stato, a mezzo dei suoi agenti, possa compiere direttamente atti giudiziari nel territorio di uno Stato, se questo vi consente*»[150]. Cominciava così ad incrinarsi il dogma della giurisdizione territoriale sotto la prospettiva secondo cui le "forme" della rogatoria internazionale non sono inderogabili[151]. Inoltre, la decisione da ultimo citata, nella parte in cui attribuisce rilievo al consenso dello Stato straniero, sembra suggerire l'idea che la giurisdizione italiana possa espandersi o meno «*a seconda del grado di resistenza degli ordinamenti stranieri*»[152]. A fronte di questa parabola giurisprudenziale, il fronte dottrinale faticava ad ammettere il valido esercizio di poteri giurisdizionali all'estero se non collegati a specifici accordi tra gli Stati interessati[153].

Specifici accordi tra gli Stati, tra cui quello stipulato il 29 marzo 1976 per la reciproca assistenza giudiziaria tra Italia e USA[154], hanno ridimensionato la

---

[149] Corte di appello, L'Aquila, 3 ottobre 1970, Biadene, in *Giur. it.*, 1971, II, c. 481. In dottrina, v. D. VIGONI, *Dalla rogatoria*, cit., p. 444.

[150] Cass., sez. I, 29 gennaio 1975, Blazic, in *Giust. pen.*, 1976, III, c. 13. In dottrina, v. D. VIGONI, *Dalla rogatoria*, cit., p. 446.

[151] G. DI CHIARA, *L'assunzione diretta di prove all'estero*, cit., p. 40.

[152] Così, E. SELVAGGI, *Noi e gli altri*, cit., p. 2051.

[153] V. A. GAITO, *Dei rapporti*, cit., p. 33; N. GALANTINI, *Assunzione di prove penali all'estero: rogatorie e metodi alternativi*, in *Cass. pen.*, 1986, p. 615. *Contra*, v. F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 1266, il quale afferma che non risulta che i poteri del giudice siano limitati al territorio nazionale e dunque non vi sarebbero ostacoli all'uso in Italia di prove ritualmente acquisite oltre confine.

[154] R. OLIVO, *Rogatorie*, cit., p. 903, commenta la procedura prevista nell'accordo stipulato a Washington il 29 marzo 1976 tra l'Italia e gli Stati Uniti d'America e reso esecutivo con d.l. 1° aprile 1976, n. 76 (in G.U. n. 90 del 6 aprile 1976), convertito senza modifiche in l. 30 aprile 1976, n. 179 (in G.U. n. 120 del 7 maggio 1976) riguardante la «reciproca assistenza alle autorità giudiziaria o di polizia dei due Stati in ordine alle presunte attività commerciali illecite svolte in Italia dalla società Lochkheed o da società sussidiarie o ad essa affiliate». Detta procedura prevede che le autorità giudiziarie e di polizia di un Paese «possano, nel territorio dell'altro, compiere direttamente gli interrogatori con la possibilità della sola presenza dell'autorità locale, la quale dovrà prestare la propria assistenza per il buon esito degli interrogatori e delle altre attività istruttorie»; il «salto di qualità» della procedura descritta, secondo l'Autore, consiste nella circostanza che «le testimonianze vengano raccolte in conformità delle consuetudini e delle norme di procedura del Paese richiedente». Sembra trattarsi della prima breccia che si apriva nella tradizionale cooperazione. Secondo l'Autore con l'accordo *de quo* si è giunti «al punto limite della cooperazione visto che si consente, sia pure nel ristretto ambito di un solo caso giudiziario ed a condizioni di reciprocità, di cedere una – non certamente vasta ma significativa – porzione di sovranità statale». V. anche A. GAITO, *Dei rapporti*, cit., p. 31; D. VIGONI, *Dalla rogatoria*, cit., p. 427 s.

problematicità pratica della questione, poiché la "misura" del potere del giudice italiano all'estero è dosata dalla specifica previsione pattizia[155]. Qualche anno più tardi, la Corte di cassazione[156] confermava che la rogatoria «*deve essere considerata come lo strumento normale, ma non esclusivo della collaborazione giudiziaria fra gli Stati per l'assunzione all'estero delle prove penali*» e, pertanto, «*agli organi giudiziari dello Stato deve essere riconosciuto anche il potere di compiere direttamente nel territorio straniero gli atti istruttori necessari, a condizione che lo Stato estero lo consenta*». Si apriva così una nuova stagione all'insegna della "collaborazione" tra le autorità straniere. La decisione, pur dando atto che l'esercizio dell'attività giurisdizionale (e, dunque, la validità delle deposizioni testimoniali) riflette la sovranità dello Stato, afferma che ciò non può precludere la possibilità di assumere prove all'estero da parte del giudice italiano perché potrebbe avere l'effetto dell'impunità del colpevole. Del resto, continua la pronuncia, l'istituto della rogatoria internazionale delinea un sistema di collaborazione internazionale finalizzato all'acquisizione probatoria all'estero e, al pari di quanto avviene per le prove raccolte all'interno del territorio dello Stato, resta impregiudicata la valutazione in merito all'ammissibilità e alla valutazione delle prove; per concludere nel senso che il principio di territorialità della giurisdizione «*non può essere esteso fino al punto di escludere la possibilità di acquisire all'estero (…) prove valide ai fini del processo che si svolge in Italia*». Ciò in quanto già prevedere la possibilità di effettuare rogatorie internazionali rappresenta «*un'eccezione al principio della territorialità della giurisdizione*». Dirompente è dunque il ripensamento dei rapporti giurisdizionali con le autorità straniere[157].

Progressivamente la prassi delle trasferte andò ad affermarsi soprattutto per finalità istruttorie e, nel febbraio 1981, intervenne anche un'apposita circolare

[155] G. DI CHIARA, *L'assunzione diretta di prove all'estero*, cit., p. 22. V. anche G. DIOTALLEVI, *La c.d. «concelebrazione»*, cit., p. 916, che osserva come la disciplina convenzionale abbia contribuito a ritagliare «spazi territoriali comuni fra Stati diversi, per il compimento di atti diretti di giurisdizione all'estero e, in particolare, per l'esercizio, nei singoli Stati, della giustizia penale».
[156] Cass., 19 febbraio 1979, Buscetta, in *Foro it.*, 1980, II, c. 166. In dottrina, v. D. VIGONI, *Dalla rogatoria*, cit., p. 447.
[157] N. GALANTINI, *Assunzione di prove penali*, cit., p. 611.

ministeriale a disciplinarla nel senso di arginare un fenomeno sempre più frequente. Nonostante le oscillazioni, infatti, il fenomeno si era intensificato – anche grazie all'intervento di specifici accordi pattizi – mostrando peraltro come l'inadeguatezza degli strumenti normativi[158] abbia, di fatto, aperto la strada ad equilibri dinamici diversi, imposti dalla necessità di conformare gli strumenti tecnici alle esigenze pratiche[159].

6. (*Segue*) Le rogatorie attive dal codice del 1988 al d. lgs. n. 149 del 2017

Si è ricordato che le richieste probatorie dall'Italia per l'estero (rogatorie attive[160] o rogatorie all'estero) rientrano nel paradigma classico dell'assistenza giudiziaria ed hanno ad oggetto il compimento, nel territorio rientrante nella giurisdizione di uno Stato estero, di un atto processuale rilevante in un procedimento pendente davanti all'autorità giudiziaria italiana[161]. L'atto da compiere deve consistere in comunicazioni, notificazioni[162] o attività di acquisizione probatoria oppure di altri atti funzionali ad esigenze procedimentali in Italia[163]; nello specifico, oggetto della rogatoria sono i mezzi di prova e i

[158] Circa l'inadeguatezza del modello italiano, tra gli altri, G. MELILLO, *Tecniche investigative*, cit., p. 106 s.; l'Autore ritiene che ciò dipendi dalla inidoneità delle forme processuali ad assecondare le «esigenze di semplificazione e di efficienza della cooperazione internazionale», da un lato, e la «piena salvaguardia del diritto di difesa», dall'altro (*cit.*, p. 108).

[159] G. DI CHIARA, *L'assunzione diretta di prove all'estero*, cit., p. 23. La circolare n. 10/26/2 Gab. del Ministero di Grazia e Giustizia invitava ad un uso prudente del meccanismo evidenziando che le iniziative dei singoli uffici giudiziari, senza un raccordo con il Ministero, potevano dar luogo a problemi sul piano organizzativo (tra questi, la questione della copertura finanziaria delle trasferte, v. G. DI CHIARA, *L'assunzione diretta di prove all'estero*, cit., p. 45) oltre a comportare il rischio di interferire con la sovranità di altri Paesi, per evitare il quale, si raccomandava di ottenerne il previo consenso.

[160] Dal punto di vista terminologico, M. CHIAVARIO, *Diritto processuale*, cit., p. 1017, osserva che, in realtà, «una funzione "attiva", nella dinamica della rogatoria, è piuttosto quella del soggetto richiesto, cui spetta normalmente compiere gli atti per cui è "rogato"».

[161] C. VALENTINI, *L'acquisizione della prova*, cit., *passim*.; v. anche A.A. DALIA-M. FERRAIOLI, *Manuale di diritto processuale penale*, 10ª ed., Cedam, 2018, p. 1023 s.

[162] Attraverso la citazione della persona da esaminare, è possibile assumere la prova orale direttamente nel territorio italiano, v. A. CIAMPI, *L'assunzione,* cit., c. 1085, che osserva come uno Stato che voglia attuare i principi del modello accusatorio dovrebbe privilegiare l'assunzione delle prove all'interno dello Stato, quando possibile, anziché agire tramite rogatoria per assumere la prova orale all'estero; aggiunge che non vi è alcuna norma esplicita, nell'ordinamento italiano, che subordini l'assunzione di una prova testimoniale all'estero «al previo infruttuoso tentativo di ottenere la comparizione della persona da sentire in Italia».

[163] A. GAITO, *Dei rapporti*, cit., p. 18, chiarisce che non possono «costituire oggetto di questo tipo di cooperazione sia gli scambi informativi sui precedenti penali degli imputati, ritenuti di natura

mezzi di ricerca della prova nonché ogni altra prova, anche se non disciplinata dalla legge, che sia idonea all'accertamento dei fatti e non pregiudichi la libertà morale della persona (art. 189 c.p.p.)[164]. Non costituisce, invece, presupposto per la rogatoria la necessità di acquisire atti di un procedimento celebrato all'estero che potrà trovare sbocco nella procedura di cui agli artt. 238 c.p.p. e 78 disp. att. c.p.p.[165].

Secondo la formulazione originaria soggetti legittimati a formulare la richiesta erano il pubblico ministero e il giudice[166] «*nell'ambito delle rispettive attribuzioni*» (art. 727, comma 1° c.p.p.), dal che si evince che la richiesta di rogatoria può avvenire sia nella fase procedimentale che in quella processuale mentre sono escluse le parti private che potranno solo svolgere un'opera di sollecitazione[167]; la specificazione sparisce nella formulazione successive al d. lgs. 3 ottobre 2017, n. 149 che non precisa quale sia l'autorità giudiziaria legittimata a formulare la richiesta. Ad ogni modo, eliminato il filtro del parere del procuratore generale, già il codice del 1988, in nome di una maggiore celerità valutata prognosticamente a partire dall'esperienza maturata nella vigenza del codice del 1930, stabiliva un diretto rapporto tra autorità giudiziaria e ministro della giustizia[168] al quale era (ed è) attribuito un potere di «blocco»[169], esercitabile con decreto[170], quando l'inoltro della rogatoria allo Stato estero

amministrativa, sia gli atti tipici di polizia giudiziaria, in quanto avulsi dalla funzione giurisdizionale in senso proprio». V. anche N. GALANTINI, *La cooperazione*, cit., p. 80; P. LASZLOCZKY, *La cooperazione internazionale*, cit., p. 26.

[164] G. CAPALDO, sub *art. 727 c.p.p.*, cit., p. 794.

[165] F. FALATO, *Appunti di cooperazione*, cit., p. 87. V. *infra*, § 3.

[166] La Relazione al progetto preliminare del 1988 (p. 354-355), in G. CONSO-V. GREVI-G. NEPPI MODONA (a cura di), *Il nuovo codice di procedura penale*, cit., p. 1525, ricollega l'espressa legittimazione di giudice e magistrato del pubblico ministero alle caratteristiche del "nuovo" processo penale prefigurato dal progetto preliminare.

[167] D. CARCANO, *Norme comuni*, cit., c. 1075 s.; P. SPAGNOLO, sub *art. 727 c.p.p.*, cit., p. 3166.

[168] Si ripropone il modello ordinario secondo cui vi è la necessaria intermediazione del ministro; il comma 5° dell'art. 727 c.p.p., però, prevede anche un "rito contratto", per i casi di urgenza, così, G. DI CHIARA, voce *Rapporti internazionali*, cit., p. 893. V. anche G. DARAIO, *La circolazione*, cit., p. 559.

[169] Si tratta di un potere discrezionale e il decreto in cui si estrinseca, considerato atto amministrativo, è impugnabile davanti al giudice amministrativo, v. G. CAPALDO, sub *art. 727 c.p.p.*, cit., p. 798. V. anche G. DE DONATO, *L'attività del ministro della giustizia in tema di rogatorie attive e passive*, in G. LA GRECA-M.R. MARCHETTI (a cura di), *Rogatorie penali*, cit., p. 382 s.

[170] Il decreto di blocco viene inserito tra gli atti processuali e comporta «una chiara assunzione da parte del ministro della responsabilità politica connessa alla scelta operata», così la Relazione al progetto

(comma 3°) di cui si chiede l'assistenza sia ritenuto idoneo a compromettere la sovranità, la sicurezza o altri interessi essenziali dello Stato (art. 727, comma 2° c.p.p.)[171].

Se questa è la modalità ordinaria di trasmissione della rogatoria ad autorità straniere, i successivi commi prevedono altre due forme di trasmissione[172]. Il 4° comma dell'art. 727 c.p.p. prevede la possibilità che l'autorità giudiziaria provveda all'inoltro diretto all'agente diplomatico o consolare, informandone il ministro, se quest'ultimo non inoltra la rogatoria entro trenta giorni dalla richiesta né emetta il decreto di blocco. Una ulteriore possibilità di inoltro diretto da parte dell'autorità giudiziaria è prevista dal 5° comma dell'art. 727 c.p.p. nei casi urgenti, a condizione che copia della richiesta sia stata previamente ricevuta dal ministro; anche in tale evenienza, tuttavia, il ministro può esercitare il potere di blocco[173].

La disposizione, come modificata dal d. lgs. n. 149 del 2017[174], prevede altresì la possibilità di trasmissione diretta tra autorità giudiziarie quando vi sia un accordo internazionale che lo consenta (commi 6° e 7°) e una regola particolare (comma 8°) per i procedimenti relativi ai delitti di cui all'art. 51 commi 3 *bis* e 3 *quater* c.p.p., per i quali deve essere trasmessa senza ritardo al procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo copia della richiesta di assistenza[175].

Si è già richiamato il principio *locus regit actum* secondo il quale l'attività probatoria è regolata dalle norme dell'ordinamento in cui è svolta: l'attività rogata viene eseguita secondo la *lex loci*. L'assunzione della prova, infatti,

---

preliminare del 1988 (p. 354-355), in G. CONSO-V. GREVI-G. NEPPI MODONA (a cura di), *Il nuovo codice di procedura penale*, cit., p. 1525.

[171] È rimasto sostanzialmente inalterato il contenuto del 2° comma. V. R. BELFIORE, *La prova penale*, cit., p. 28 s.

[172] G. CAPALDO, sub *art. 727 c.p.p.*, cit., p. 798.

[173] A proposito del «contenimento dei poteri di spettanza ministeriale», G. DE AMICIS, *Lineamenti della riforma del libro XI*, cit., p. 12, distingue rispetto ai rapporti con Stati membri dell'Unione e Stati terzi.

[174] G. DI PAOLO, *La riforma della disciplina codicistica*, cit. p. 3441 s. Da ultimo, v. E. CALVANESE, *Le rogatorie per l'estero*, in M.R. MARCHETTI-E. SELVAGGI (a cura di), *La nuova cooperazione giudiziaria penale*, cit., p. 75 s.

[175] Riproduce il comma 5 *ter* della medesima disposizione, come introdotto dall'art. 12 della legge n. 367 del 2001; al riguardo, v. R. FOIS, sub *art. 12 L. 5.10.2001, n. 367*, in *Leg. pen.*, 2002, p. 727 s.

costituisce tipico esercizio della sovranità dello Stato, pertanto, non sono applicabili le norme processuali dello Stato richiedente[176]. Le regole processuali proprie – temporaneamente neutrali per l'attività di assunzione della prova – torneranno protagoniste nella fase di acquisizione, selezione e valutazione della prova: le prove acquisite secondo la *lex loci* non sono infatti automaticamente utilizzabili all'interno dello Stato richiedente ma dovranno risultare conformi ai principi del sistema processuale di quello Stato[177].

In tema di acquisizione probatoria[178], fermo restando il carattere alternativo e sussidiario rispetto agli strumenti disciplinati dalla normativa eurounitaria (squadre investigative comuni e ordine di indagine europeo) e internazionale, la novella[179] ha inciso sia sulla disciplina delle rogatorie passive[180] che di quelle attive.

Gli attuali snodi del procedimento rogatoriale attivo prevedono che la richiesta sia trasmessa dall'autorità giudiziaria al ministro della giustizia[181] il quale, entro trenta giorni dalla ricezione, ha una duplice alternativa: o inoltra all'autorità straniera oppure dispone con decreto che non si dia corso all'inoltro[182], informando l'autorità richiedente di quanto deciso. Se il ministro non provvede nei termini, l'autorità giudiziaria può direttamente inoltrare la

---

[176] Peraltro, come si è visto, anche nei casi di rogatoria partecipata giudice naturale è solo quello straniero: le autorità dello Stato rogante, anche se ammesse, non conservano alcun potere giudiziario sul territorio di un altro Stato. La "partecipazione" all'assunzione della prova è diretta a consentire la piena utilizzabilità nel processo interno, F. FALATO, *Appunti di cooperazione*, cit., p. 88.

[177] D. VIGONI, *Le prove penali*, cit., p. 535.

[178] Si esclude l'analisi delle modifiche apportate all'estradizione e agli effetti delle sentenze straniere in Italia e all'esecuzione delle sentenze italiane all'estero nonché il meccanismo introdotto dal nuovo Titolo IV *bis* che prevede un innovativo sistema di trasferimento dei procedimenti tra Stati dell'Unione europea con l'obiettivo di risolvere eventuali conflitti di giurisdizione.

[179] F. RUGGIERI, *Il libro XI*, cit., p. 1773 s.

[180] Le rogatorie passive si caratterizzano, tra l'altro, per più limitate prerogative del ministro della giustizia, per il superamento del modello basato sulla competenza della corte di appello in favore della competenza del procuratore della Repubblica presso il tribunale distrettuale che diviene l'organo esecutivo delle rogatorie.

[181] È stato sottolineato che la procedura di assistenza giudiziaria risulta oggi «fortemente depoliticizzata» essendo il ruolo del ministro della giustizia «limitato ai soli casi» e ai soli «limiti stabiliti dalle convenzioni in vigore tra gli Stati, ovvero dagli atti adottati dall'Unione», S. ARASI, *"Nuovi" rapporti*, cit., p. 579. V. anche G. DI PAOLO, *La riforma della disciplina codicistica*, cit., p. 3442.

[182] La reiezione della domanda è possibile nei casi e nei modi stabiliti dalle convenzioni internazionali o, nei rapporti con Stati diversi da quelli membri dell'Unione europea, quando sussista pericolo per la sovranità, per la sicurezza o per altri interessi essenziali dello Stato.

rogatoria all'agente diplomatico o consolare italiano (art. 727, comma 4° c.p.p.), informandone tempestivamente il ministro al quale residua il potere di disporre, con decreto, che non si dia corso alla rogatoria.

L'autorità giudiziaria richiedente deve specificare le modalità di assistenza e gli elementi necessari affinché gli atti richiesti siano utilizzabili nel processo interno (art. 727, comma 9° c.p.p.)[183]. Tuttavia, se lo Stato estero abbia posto condizioni alla utilizzabilità degli atti richiesti, l'autorità italiana è vincolata al rispetto delle condizioni poste. Se l'autorità straniera dà esecuzione alla rogatoria con modalità diverse da quelle indicate dall'autorità giudiziaria richiedente – e, quindi, in violazione delle forme e delle modalità prescritte – gli atti compiuti dall'autorità richiesta sono inutilizzabili solo nei casi in cui l'inutilizzabilità è prevista dalla legge (art. 729 c.p.p.)[184], dunque, non in modo "discutibilmente" automatico bensì rinviando alle previsioni normative interne anziché alla mera inosservanza delle modalità richieste[185].

Infine, sul fronte delle novità legislative, la l. 23 giugno 2017, n. 103 (c.d. Riforma Orlando) – che ha apportato molteplici modifiche al codice di rito – ha altresì modificato l'art. 159 c.p. introducendo al comma 1° un numero 3 *ter* che dispone che il corso della prescrizione resti sospeso anche nel caso di rogatorie all'estero «*dalla data del provvedimento che dispone una rogatoria sino al giorno in cui l'autorità richiedente riceve la documentazione richiesta, o comunque decorsi sei mesi dal provvedimento che dispone la rogatoria*». La previsione, da un lato, è positiva perché opera un coordinamento normativo, dall'altro, può essere letta come la sconsolata presa di coscienza della lentezza delle procedure rogatoriali.

---

[183] La norma riproduce sostanzialmente il comma 5 *bis* dell'art. 727 come introdotto dalla legge n. 367 del 2001. V. A. LEOPIZZI, *La nuova disciplina*, cit.; F. RUGGIERI, *Il libro XI*, cit., p. 1775. Riguardo alla precedente formulazione, v. R. FOIS, sub *art. 12*, cit., 2002, p. 724 s.

[184] Secondo M.R. MARCHETTI, *L'evoluzione normativa della cooperazione giudiziaria internazionale: le innovazioni alla disciplina interna*, cit., p. 483, così operando il legislatore «ha ricondotto entro un alveo di ragionevolezza, pur senza ridurre le garanzie derivanti dalla inutilizzabilità degli atti, il disposto della norma».

[185] Così, M.R. MARCHETTI, *op. ult. cit.*, p. 483.

7. L'utilizzabilità delle prove acquisite all'estero

Sul fronte "attivo", eseguita la rogatoria all'estero, si pone il problema di come utilizzare i risultati ottenuti.

Due sono le prospettive e gli spazi normativi dedicati al tema[186]: da un lato, il rapporto tra l'Italia e l'autorità straniera coinvolta dalla richiesta di cooperazione (artt. 727-729); dall'altro, nell'ambito delle indagini preliminari e del giudizio, quelle norme con cui si regola, sul piano interno, l'acquisizione dell'atto compiuto in territorio straniero (artt. 431, 511, 511 *bis*-238-78 disp. att.[187]; 512 *bis*)[188].

Partendo dalle norme che hanno rilievo interno, va osservato che confluiscono nel fascicolo per il dibattimento (art. 431 c.p.p.) i documenti e i verbali degli atti non ripetibili assunti all'estero mediante rogatoria internazionale (1° comma, lett. *d*) e i verbali degli atti ripetibili, assunti mediante rogatoria internazionale, nell'ipotesi in cui i difensori siano stati messi in grado di assistere e di esercitare le facoltà loro consentite dalla legge italiana (1° comma, lett. *f*) [189].

Tale contenuto, inserito materialmente nel fascicolo per il dibattimento, è formalmente acquisito al medesimo fascicolo solo mediante la lettura *ex* art. 511

---

[186] R. BELFIORE, *La prova penale*, cit., p. 61.

[187] V. *infra*, § 4.

[188] Ad avviso di O. DOMINIONI, *Considerazioni introduttive*, in AA.VV., *Investigazioni e prove transnazionali*, cit., p. 18 s., tali disposizioni segnano «i limiti estremi di tenuta del sistema» alla utilizzabilità di materiali probatori formatisi in altro Stato, «tollerabili, nella loro aspra eccezionalità, solo se non sono suscettibili di proliferazione, anzi, da contenere con un'ermeneutica che ne stemperi eccessive quanto incontrollabili esplicazioni».

[189] Ricorda M. DANIELE, *Il contraddittorio "impossibile" nell'assunzione delle testimonianze penali all'estero*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 203, che, nella versione originaria, l'art. 431 comma 1° lett. *d* «prevedeva la possibilità di inserire nel fascicolo per il dibattimento i "verbali degli atti" "assunti all'estero a seguito di rogatoria"». Tale disposizione, però, «trasformava in prove legittimamente utilizzabili in Italia qualunque tipologia di dichiarazione raccolta all'estero, indipendentemente dal metodo di assunzione impiegato», motivo per cui, successivamente è stata introdotta dalla l. 16 dicembre 1999, n. 479 la lett. *f* che prevede che nel fascicolo *ex* art. 431 c.p.p. siano inseriti «i verbali delle testimonianze ripetibili raccolte all'estero a seguito di rogatoria alle quali "i difensori sono stati posti in grado di assistere e di esercitare le facoltà loro consentite dalla legge italiana"». In realtà, ancora più in là nel tempo, nella versione originaria del codice del 1988, l'art. 431 non contemplava i verbali degli atti assunti all'estero a mezzo di rogatoria che sono stati inclusi nell'elenco dell'art. 431 c.p.p. dall'art. 6 comma 4 del d.l. 8 giugno 1992, n. 306, convertito in l. 7 agosto 1992, n. 356 (lo ricorda S. RAMAJOLI, *Rogatoria*, cit., c. 341). V. anche D. CARCANO, *Norme comuni*, cit., c. 1079 s.; A. CIAMPI, *L'assunzione*, cit., c. 1084; N. ROMBI, *La circolazione delle prove penali*, Cedam, 2003, p. 142 s.

c.p.p.[190]. All'inserimento segue, infatti, la fase della valutazione: la mera inclusione nel fascicolo per il dibattimento non equivale ad una patente di utilizzabilità degli atti per la decisione; a tal fine, dell'atto – perché sia utilizzato ai fini di prova – dovrà essere data lettura in giudizio o dovrà essere indicato dal giudice specificamente utilizzabile per la decisione. Qualora il verbale abbia ad oggetto dichiarazioni, la lettura ai sensi dell'art. 511 c.p.p. sarà ammissibile solo successivamente all'esame del dichiarante, salvo che non abbia luogo. Nondimeno, è stato obiettato che la disposizione di cui al 2° comma dell'art. 511 c.p.p. non ripristina «il tasso di dialetticità»[191] previsto dall'art. 111 comma 4° Cost. che richiede la presenza delle parti e la possibilità di gestire l'esame direttamente ponendo domande ai testimoni; si è osservato che l'esame dibattimentale in Italia non sostituisce ma integra quello già avvenuto all'estero con il rischio che il giudice valuti più attendibili quelle rese con rogatoria malgrado il mancato esperimento dell'esame incrociato *tout court* che è "altro" rispetto alla possibilità di assistere e di esercitare le facoltà consentite dalla legge italiana[192].

Esiste, infine, un altro strumento attraverso il quale le dichiarazioni assunte mediante rogatoria non garantita (dalla presenza o dalla possibilità di assistere

[190] D. VIGONI, *Dalla rogatoria*, cit., p. 458 s. V. anche R. BELFIORE, *La prova penale*, cit., p. 63.
[191] Così, M. DANIELE, *op. ult. cit.*, p. 203.
[192] F. FALATO, *Appunti di cooperazione*, cit., p. 90 s., osserva che «L'inserimento degli atti assunti mediante rogatoria nel fascicolo per il dibattimento comporta che essi ricevano un trattamento diverso da quello a cui sono assoggettati gli *omologhi* assunti sul territorio nazionale. E se per gli atti irripetibili le differenze riguardano soltanto la maggiore estensione del concetto di *impossibilità oggettiva* (nel quale si inserisce la non ripetibilità dell'atto) – non più limitata alla irripetibilità del contenuto dell'atto, ovvero alla impossibilità oggettiva di riprodurre l'atto in dibattimento, ma estesa al contesto in cui l'atto è stato compiuto –, esse appaiono più rilevanti quando hanno ad oggetto i documenti e fanno apparire la rinuncia al *contraddittorio* (inteso qui come possibilità delle parti di interloquire) meno giustificata». Prosegue affermando che «non sembra che vi siano valide ragioni per sottrarre questa tipologia di documenti al procedimento probatorio relativo al documento assunto in territorio nazionale, e, di conseguenza, per privare la parte delle facoltà di *contraddire* sulla loro acquisizione-utilizzabilità. La linea normativa degli artt. 234; 493 comma 1; 495 comma 3; 515 c.p.p., riconoscendo alle parti il diritto di esaminare i documenti di cui è stata richiesta la ammissione prima che il giudice provveda sulla domanda a norma dell'art. 190 c.p.p., consente loro di controllarne la natura, nonché di conoscerne l'oggetto, vuoi per rilevare eventuali profili di inammissibilità, vuoi per consentire l'esercizio del diritto alla controprova, anche mediante la escussione del soggetto a cui il documento è riferibile». Continua precisando che nel caso del documento inserito nel fascicolo per il dibattimento «le parti possono interloquire al momento della formazione dello stesso o in sede di discussione delle questioni preliminari in dibattimento, ma soltanto per ottenere la esclusione di atti o di documenti che vi si assumono erroneamente inseriti, non anche per ragioni che riguardano la legalità, la rilevanza e la non superfluità del mezzo di prova».

del difensore), sono inserite nel fascicolo per il dibattimento. Se le dichiarazioni non possono essere incluse nel fascicolo per il dibattimento «per inosservanza di "garanzie difensive"»[193], l'art. 512 *bis* c.p.p.[194] consente che il giudice, tenuto conto degli altri elementi di prova acquisiti, disponga la lettura delle dichiarazioni rese da persone residenti all'estero, anche se assunte a seguito di rogatoria internazionale, se il dichiarante, citato in Italia, non sia comparso e non sia assolutamente possibile l'esame dibattimentale[195]. Tali dichiarazioni non sono quelle raccolte nel rispetto del contraddittorio, altrimenti sarebbero autonomamente acquisibili nel fascicolo per il dibattimento ai sensi degli artt. 431, comma 1°, lett. *f* e 511, comma 2° c.p.p. Attraverso l'art. 512 *bis* c.p.p. è, dunque, possibile ovviare all'esplicito rifiuto dell'autorità straniera di assumere le prove testimoniali attraverso l'esame incrociato a prescindere dal modo in cui siano state formate le prove all'estero: vi sarebbe un'impossibilità oggettivamente insuperabile perché connessa alla scelta sovrana di un altro ordinamento[196].

[193] D. CARCANO, *Norme comuni*, cit., c. 1081 s.

[194] Per una breve panoramica in chiave diacronica, C. CESARI, sub *art. 512* bis *c.p.p.*, in G. CONSO-G. ILLUMINATI (a cura di), *op. cit.*, p. 2324 s., nonché R. BELFIORE, *La prova penale*, cit., p. 86 s.; C. VALENTINI, *Le Sezioni Unite e i testimoni residenti all'estero: una preziosa occasione per precisare i confini del contraddittorio nella formazione della prova*, in *Proc. pen. giust.*, 2012, p. 58 s.

[195] La disposizione prevede che tutte le condizioni indicate ricorrano congiuntamente: la citazione del dichiarante non comparso deve essere corretta, effettiva e valida e il giudice deve fare «tutto quanto in suo potere per reperire il dichiarante» (Cass., S.U., 25 novembre 2010, De Francesco, in *C.E.D. Cass.* n. 250197, nonché in *Cass. pen.*, 2012, p. 858, con nota di SILVESTRI) e in *Arch. pen.*, 2012, 1, p. 39, con nota di C. VALENTINI, *Le Sezioni Unite*, cit., p. 58 s. V. anche H. BELLUTA, *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, che sottolinea come la regola probatoria risulti legittima solo se è integrato il contraddittorio o «se "coperta" da una delle eccezioni scolpite nel 5° comma dell'art. 111 Cost.»; ciò in quanto le letture dibattimentali «trovano legittimazione in esigenze eccezionali, che il sistema protegge a precise condizioni». L'impossibilità deve essere di natura oggettiva: le Sezioni unite, dunque, osservano che, oltre alla rogatoria *tout court* esiste anche la possibilità di effettuare una rogatoria concelebrata «la cui impraticabilità andrebbe motivata nella sentenza che decidesse di condannare senza aver tentato di garantire all'imputato un confronto con il suo accusatore» (H. BELLUTA, *cit.*). Il requisito della mancata comparizione non è integrato se il dichiarante comparso si astenga dal rispondere.

[196] M. DANIELE, *op. ult. cit.*, p. 203, chiarisce che il congegno acquisitivo è conforme alla Costituzione perché «si tratta di formare una testimonianza in un sistema che non pratica il metodo dialettico, e che non intende praticarlo nemmeno se sollecitato in tal senso dall'autorità italiana» e, dunque, «appare senz'altro integrata la "provata" impossibilità oggettiva di assumere la prova in contraddittorio richiesta dall'art. 111 comma 5°».

Il sistema così delineato può essere etichettato come "indifferente"[197] rispetto al metodo di assunzione della prova dichiarativa all'estero perché consente, in un modo o nell'altro, l'ingresso della testimonianza formata attraverso rogatoria. Tale indifferenza è stata criticata da chi[198] ha evidenziato che, vista l'espansione della criminalità sovranazionale, sarà indispensabile – pena la vanificazione della pretesa punitiva – armarsi di "norme minime" comuni in cui ciascun ordinamento faccia cessioni agli altri, guardando all'obiettivo comune di garantire la raccolta di elementi conoscitivi situati al di fuori del territorio nazionale. Nondimeno il contraddittorio nella formazione della prova – sotto il profilo dell'esame incrociato – non è rinunciabile[199]. Sebbene si sia evidenziato che l'esame incrociato sia eccentrico nel quadro dei sistemi europei, l'aspetto indefettibile del metodo è costituito dallo svolgimento per opera delle parti (e non del giudice), sicché – si argomenta – accontentarsi di altre tipologie di conduzione dell'esame comporterebbe un arretramento inammissibile sul piano delle scelte sistematiche[200]. Resta dunque da capire su quali "luoghi" lo Stato italiano possa cedere al fine di favorire la cooperazione: rimanendo nell'ambito della prova dichiarativa, ad esempio, l'Italia potrebbe rinunciare a praticare l'esame incrociato nell'assunzione di testimonianze richieste dall'estero (lato passivo); ne deriverebbe un'attenuazione del principio di territorialità nel senso che lo Stato italiano richiesto non potrebbe "insistere" per assumere le testimonianze richieste da altri Stati secondo il metodo del contraddittorio che resta, invece, irrinunciabile sul fronte interno e dal lato "attivo"[201].

Quanto alla prospettiva che guarda ai rapporti tra gli Stati, vengono in rilievo gli artt. 727 e 729 c.p.p.[202].

---

[197] M. DANIELE, *op. ult. cit.*, p. 203.
[198] M. DANIELE, *op. ult. cit.*, p. 203.
[199] Già M. PISANI, *La rogatoria attiva in materia penale*, cit., c. 357, denunciava come la rogatoria si ponesse «agli antipodi» rispetto all'esigenza «della formazione delle prove nel contraddittorio degli interessati». V. anche M. DANIELE, *op. ult. cit.*, p. 203.
[200] Secondo M. DANIELE, *op. ult. cit.*, p. 203, il «contraddittorio non è patteggiabile».
[201] M. DANIELE, *op. ult. cit.*, p. 203.
[202] G. DI PAOLO, *La riforma della disciplina codicistica*, cit., p. 3444 s. Da ultimo, v. E. CALVANESE, *Le rogatorie per l'estero*, cit., p. 81 s.

Riguardo all'utilizzabilità in senso stretto degli atti assunti per rogatoria, in origine l'art. 729 c.p.p., dopo aver stabilito che, nell'ipotesi in cui lo Stato estero abbia posto condizioni alla utilizzabilità degli atti richiesti[203], l'autorità giudiziaria è vincolata al rispetto di tali condizioni[204], al 2° comma si limitava a richiamare la disciplina dell'inutilizzabilità *ex* art. 191 c.p.p.[205].

Successivamente la l. 5 ottobre 2001, n. 367 ("Ratifica ed esecuzione dell'accordo tra Italia e Svizzera che completa la convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale del 20 aprile 1959 e ne agevola l'applicazione, fatto a Roma il 10 settembre 1998, nonché conseguenti modifiche al codice penale e al codice di procedura penale")[206] ha ampliato le ipotesi di inutilizzabilità degli atti raccolti per mezzo di rogatoria internazionale[207].

---

[203] G. DI CHIARA, voce *Rapporti internazionali*, cit., p. 893, sottolinea trattarsi di una «proiezione del principio di specialità esteso alla sede dell'assistenza giudiziaria internazionale». V. anche N. PARISI, *Su taluni limiti*, cit., p. 445.

[204] M. PISANI, *Un'interpretazione «eccessiva» dell'art. 729 c.p.p. (il caso Cuffaro)*, in *Ind. pen*., 1991, p. 588, riporta il caso di chi abbia reso dichiarazioni alle autorità rogate le quali si sono obbligate a non utilizzarle contro di lui perché è stato raggiunto un accordo formale di collaborazione alle indagini. Sebbene, nel caso di specie, le dichiarazioni furono rese a seguito di richiesta di rogatoria da parte dello Stato italiano, l'uso processuale è soggetto alle condizioni poste dallo Stato richiesto (USA) di non utilizzare contro il dichiarante gli atti processuali in alcun tipo di procedimento successivo a quello nato negli USA su richiesta di rogatoria italiana e conclusosi con un accordo di collaborazione. V. anche M.R. MARCHETTI, *Rapporti giurisdizionali con autorità straniere*, cit., p. 1097.

[205] N. GALANTINI, voce *Inutilizzabilità*, in *Enc. dir*., agg. vol. I, 1997, p. 690; EAD., *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, Cedam, 1992 e, da ultimo, EAD., *L'inutilizzabilità effettiva della prova tra tassatività e proporzionalità*, in *Dir. pen. cont*., 2019, 4, p. 57 s.; F.M. GRIFANTINI, voce *Inutilizzabilità*, in *Dig. disc. pen*., vol. VII, p. 242; ID., sub *art. 191 c.p.p*., in G. CONSO-G. ILLUMINATI (a cura di), *Commentario breve*, cit., p. 694 s. V. anche V. BOSCO, sub *art. 526 c.p.p*., *ibidem*, p. 2392. In proposito, tra le molte voci critiche, P. FERRUA, *Rogatorie: una legge che smentisce la riforma del giusto processo*, in *Dir. e giust.*, 2001, n. 36, p. 34 s., che osserva come la disposizione fulminasse con la sanzione dell'inutilizzabilità ogni e qualsiasi violazione delle norme indicate nell'art. 696 c.p.p. «con la paradossale conseguenza di sottoporre la prova assunta all'estero ad un regime più severo di quello previsto per la prova raccolta sul nostro territorio; come se il fine specifico di questo garantismo nichilista fosse di moltiplicare le occasioni per sottrarre materiale probatorio ai processi contro la criminalità internazionale».

[206] R. BARSOTTI, *Premessa. L. 5.10.2001, n. 367*, in *Leg. pen.*, 2002, p. 679 s.; M.R. MARCHETTI, *Ratificato l'Accordo Italia-Svizzera per una migliore assistenza giudiziaria*, in *Dir. pen. proc*., 2002, p. 111 s.; E. SELVAGGI, *La nuova legge sulle rogatorie*, cit., p. 3250 s.

[207] F. CORDERO, *Precetti costituzionali*, cit., p. 8; ID., *Procedura penale*, cit., p. 1263 s.; A. MACCHIA, *Rogatorie e fotocopie, l'eterogenesi dei fini dell'ipergarantismo*, in *Dir. e giust*., 2003, n. 15, p. 88 s. V. anche C. CASCONE, *Addio alle rogatorie tramite il Ministero: trasmissione diretta fra i magistrati*, in *Dir. e giust*., 2004, n. 37, p. 51 s.; F. IZZO, *Sulle rogatorie niente formalismi: la Corte ritiene valido l'invio di copie*, in *Dir. e giust*., 2002, n. 44, p. 38 s.; G. LATTANZI-E. SELVAGGI, *Formalismi inutili e assenza di semplificazioni. Il bel Paese fuori dal solco della cooperazione*, in *Guida dir*., 2001, n. 42, p. 34; A. MANGIARACINA, *La Corte di cassazione ripudia il «formalismo» in tema di rogatorie*, in *Arch. n. proc. pen*., 2003, p. 625; F. NUZZO, *Indicazioni della Corte costituzionale in tema di rogatorie all'estero*, in

Quattro le ipotesi previste dall'art. 729 c.p.p. (come modificato dalla legge n. 367 del 2001)[208]: *a*) qualora lo Stato estero abbia posto condizioni all'utilizzabilità degli atti richiesti, l'autorità giudiziaria italiana è vincolata dalla legge al rispetto di tali condizioni a pena di inutilizzabilità[209]; *b*) l'inutilizzabilità degli atti acquisiti o trasmessi, a seguito di rogatoria all'estero, in violazione delle norme che rinviano alla CEAG del 1959[210]; *c*) l'inutilizzabilità degli atti assunti tramite rogatoria quando lo Stato estero dia esecuzione di rogatoria con modalità diverse da quelle indicate dall'autorità giudiziaria italiana (comma 1 *bis*)[211]; *d*) l'inutilizzabilità delle dichiarazioni, da chiunque rese, aventi ad oggetto il contenuto degli atti assunti tramite rogatoria ma inutilizzabili ai sensi dei commi 1 e 1 *bis* (comma 1 *ter*)[212].

La disposizione di cui all'art. 729 c.p.p., fermo il dominio della *lex loci* riguardo alle modalità di assunzione della prova nel territorio dello Stato richiesto, anche nella versione originaria, ha l'effetto di riconsegnare al giudice italiano la possibilità di vincolare al rispetto di determinate condizioni[213] – e a pena di inutilizzabilità – l'esecuzione degli atti richiesti all'autorità estera.

Cass. pen., 2002, p. 3334 s.; E. SELVAGGI, *La nuova legge*, cit., p. 3250. Favorevole alla "nuova" disciplina, V. TARDINO, *La cooperazione giudiziaria fra Italia e Svizzera*, in *Giust. pen*., 2002, III, c. 177.

[208] R. BELFIORE, *La prova penale*, cit., p. 38 s.

[209] L'ipotesi di inutilizzabilità coincide con quella già contemplata dalla versione originaria, R. BELFIORE, *La prova penale*, cit., p. 28.

[210] Al riguardo si sviluppò un ampio dibattito relativo alla possibilità di trasmettere fotocopie degli atti richiesti e non gli originali. Per una sintesi, tra i molti, v. R. BELFIORE, *La prova penale*, cit., p. 40 s.; C. CASCONE, *Addio alle rogatorie*, cit., p. 52; F. IZZO, *Sulle rogatorie niente formalismi*, cit., p. 38 s.; A. MACCHIA, *Rogatorie e fotocopie*, cit., p. 88 s.; A. MANGIARACINA, *La Corte di cassazione ripudia*, cit., p. 625; F. NUZZO, *In materia di rogatorie rileva la prassi internazionale*, in *Cass. pen*., 2003, p. 756 s.; A. PRESUTTI, *Legge sulle rogatorie internazionali e inutilizzabilità della prova*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2003, p. 1168 s.; E. SELVAGGI, *La nuova legge*, cit., p. 3255 s. In giurisprudenza, nel senso che sia sufficiente l'atto formale di trasmissione dell'autorità straniera per conferire ai documenti garanzia di autenticità e conformità all'originale, v. Cass., 16 ottobre 2002, p.g. in c. Strangio ed a., in *C.E.D. Cass.* n. 222405; successivamente, nel senso che la trasmissione delle copie munite di certificazione di conformità si riferisce solo agli atti precostituiti e non agli atti istruttori che l'autorità straniera sia chiamata ad effettuare, Cass., 7 ottobre 2002, Venturini, *ivi*, n.223180).

[211] Cfr. art. 727 comma 5 *bis* c.p.p., ora comma 9°. Sulla formulazione precedente alla riforma, R. BELFIORE, *La prova penale*, cit., p. 48 s.

[212] R. BELFIORE, *La prova penale*, cit., p. 53 s; G. CAPALDO, sub *art. 727 c.p.p.*, cit., p. 809. V. anche S. ARASI, *"Nuovi" rapporti*, cit., p. 581.

[213] G. CAPALDO, sub *art. 727 c.p.p.*, cit., p. 811, osserva che la legittimità dell'apposizione di condizioni «è un'applicazione del principio di specialità».

In altri termini, l'utilizzabilità presuppone l'assunzione rituale dell'atto all'estero: l'autorità italiana dovrà verificare che la formulazione e la trasmissione siano avvenute secondo le modalità previste dalla norme convenzionali e, in via sussidiaria, dalle norme del codice di rito; dovrà poi accertarsi che l'atto sia stato compiuto secondo la *lex loci*[214]. Questa verifica consente di evitare che l'atto rogato si configuri geneticamente incompatibile con le regole dell'ordinamento processuale in cui quell'atto deve essere utilizzato che presuppongono, appunto, l'osservanza delle norme convenzionali e il rispetto dei principi in materia[215]. Al netto di ciò, è importante sottolineare che spetta comunque al giudice escludere la contrarietà delle modalità di formazione della prova assunta per rogatoria ai principi fondamentali del sistema processuale italiano; questi ultimi, infatti, costituiscono lo sbarramento all'utilizzabilità della prova (artt. 191 e 526, comma 1° c.p.p.)[216].

In merito alle valutazioni spettanti al giudice interno, la Corte di cassazione, vigente la disposizione precedente alla riforma del 2017, ha espresso orientamenti espressione di un bilanciamento differente: per un verso, esprimendo un *favor rogatoriae*, è stata esclusa una automatica trasposizione di regole o divieti probatori previsti a pena di inutilizzabilità così come un adattamento al modello processuale interno[217]; per l'altro verso, si è affermato

[214] ID., sub *art. 727 c.p.p.*, cit., p. 809, nonché P. LASZLOCZKY, *La cooperazione internazionale*, cit., p. 139 s. G. DI CHIARA, voce *Rapporti giurisdizionali*, cit., p. 894, richiama la giurisprudenza della Corte costituzionale (Corte cost. 25 luglio 1995, n. 379, in *Arch. n. proc. pen*., 1995, p. 797) che distingue tra norme che regolano l'assunzione della prova dalle norme che ne regolano l'utilizzazione. La Corte ha precisato che «la domanda di assistenza giudiziaria crea un rapporto tra Stati, ciascuno dei quali si presenta nel proprio ordine indipendente e sovrano», pertanto, l'esecuzione materiale degli atti richiesti deve avvenire secondo la *lex fori* mentre la valutazione delle attività espletate deve essere fatta secondo le norme dell'ordinamento dello Stato richiedente. V. anche D. CARCANO, *Norme comuni*, cit., c. 1079 s.

[215] L'ordinamento dello Stato del processo potrebbe avere una «reazione di rigetto» nei confronti di atti compiuti da organi di un altro Stato e inseriti nel processo, P. LASZLOCZKY, *La cooperazione internazionale*, cit., p. 34.

[216] G. UBERTIS, *La prova acquisita all'estero e la sua utilizzabilità in Italia*, in *Cass. pen.*, 2014, p. 700 s., distingue sia in base alla tipologia della prova che rispetto alla fase procedimentale in cui si intenda utilizzare l'elemento conoscitivo formato all'estero. Già A. GAITO, *Dei rapporti*, cit., p. 16, a proposito del c.p.p. abr., avvertiva circa la necessità di salvaguardare i canoni del contraddittorio nella trasposizione del mezzo della rogatoria nella sede dibattimentale (e non solo a quella istruttoria). V. anche F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 1266.

[217] Cass., 28 aprile 2009, Russo ed a., in *C.E.D. Cass.* n. 243938, ha affermato che «gli atti compiuti all'estero su rogatoria debbono essere assunti con le forme stabilite dal paese richiesto, salvo il contrasto con norme di ordine pubblico e buon costume che certo non si identificano con le regole processuali ed in

che il diritto di difesa dell'imputato si pone come «*irrinunciabile garanzia di validità e di efficacia, dunque, come condizione di legittimità e di utilizzabilità della prova rogatoriale assunta all'estero*»[218]. Profili diversi ma che convergono nel senso che le testimonianze assunte all'estero tramite rogatoria sono utilizzabili a condizione che la difesa sia presente e che abbia la possibilità di fare domande e di interloquire, anche se mediante il "filtro" del giudice[219].

Secondo l'attuale art. 729 c.p.p. ("Utilizzabilità degli atti assunti per rogatoria")[220], come da ultimo sostituito dall'art. 7, comma 1°, lett. *c* d.lgs. 3 n. 149 del 2017, nei casi in cui lo Stato estero abbia posto condizioni all'utilizzabilità degli atti richiesti, l'autorità giudiziaria è vincolata al rispetto di tali condizioni. Se lo Stato estero dà esecuzione alla richiesta di assistenza con modalità diverse da quelle indicate dall'autorità giudiziaria ai sensi dell'art. 727, comma 9°, gli atti compiuti sono inutilizzabili solo nei casi in cui l'inutilizzabilità è prevista dalla legge. La predetta disposizione sancisce che, quando, a norma di accordi internazionali, la richiesta di assistenza giudiziaria può essere eseguita secondo quanto previsto dall'ordinamento giuridico dello Stato, l'autorità giudiziaria indica all'autorità dello Stato estero le modalità e le

---

particolare con quelle relative all'esercizio dei diritti della difesa (sez. VI, 22 settembre 2004, *ivi*, n. 230594); il quinto comma dell'art. 111 Cost. prevede che la formazione della prova possa aver luogo senza contraddittorio in presenza di circostanze eccezionali, tra le quali può farsi ricomprendere l'acquisizione della prova mediante rogatoria, non potendo pretendersi che l'ordinamento processuale straniero si conformi ai principi costituzionali vigenti (sez. I, 28 dicembre 2002, *ivi*, n. 223202; sez. I, 16 maggio 2001, *ivi*, n. 219740)». V. anche M. DANIELE, *Il contraddittorio impossibile,* cit., p. 203 s.; ID., *Ricerca e formazione della prova*, cit., p. 365. Si veda anche, più di recente, Cass., S.U., 25 febbraio 2010, Mills, in *C.E.D. Cass.* n. 246587.

[218] F. FALATO, *Appunti di cooperazione*, cit., p. 92. Secondo la Corte di cassazione (Cass., 1° dicembre 2010, De Falco, in *C.E.D. Cass.* n. 248963), posto che è pacifico «che la prova debba svolgersi sulla base delle norme procedurali del paese richiesto» è pure pacifico «che l'esercizio del diritto di difesa debba considerarsi correttamente garantito nelle forme previste nel medesimo paese, anche ove si realizzi solo con la presenza del difensore».

[219] M. DANIELE, *Il contraddittorio "impossibile",* cit., p. 203, evidenzia criticamente che «l'esame dei testimoni da parte del giudice con la partecipazione della difesa era il metodo tipico del codice del 1930», oggi poco digeribile dopo l'introduzione dell'esame incrociato da parte del codice del 1988 e della consacrazione del principio del contraddittorio «quale criterio di assunzione delle prove dichiarative» da parte dell'art. 111 comma 4° Cost. V. anche A. SCELLA, *L'inutilizzabilità delle prove raccolte all'estero mediante rogatoria*, in G. LA GRECA-M.R. MARCHETTI (a cura di), *Rogatorie penali*, cit., p. 349 s.

[220] M.R. MARCHETTI, *Rapporti giurisdizionali con autorità straniere*, cit., p. 1097. V. anche G. DI PAOLO, *La riforma della disciplina codicistica*, cit., p. 3446, che, in particolare, evidenzia come la prima ipotesi di invalidità introdotta nel 2001 (*i.e.* inutilizzabilità degli atti assunti in violazione delle norme convenzionali riguardanti l'acquisizione e la trasmissione di atti e documenti) sia stata espunta dal testo della disposizione.

forme stabilite dalla legge ai fini dell'utilizzabilità degli atti richiesti[221]. A chiusura, onde evitare un aggiramento delle disposizioni, è stabilito (comma 3°) che non possono in ogni caso essere utilizzate le dichiarazioni, da chiunque rese, aventi ad oggetto il contenuto di atti inutilizzabili. Tale sanzione di inutilizzabilità – che discende dal principio generale espresso dall'art. 191, comma 1° c.p.p.[222] – era prevista anche nella versione precedente dell'art. 729 c.p.p. e ritenuta dalla giurisprudenza di natura speciale, quindi non applicabile ai (diversi) casi di acquisizione di informazioni spontaneamente ed autonomamente trasmesse dall'autorità giudiziaria dello Stato estero[223] all'autorità italiana[224].

8. L'acquisizione di documenti formati dall'autorità straniera *motu proprio*

Un modo, diverso rispetto al sistema della rogatoria, di "recupero" di una prova formata all'estero è quello dell'acquisizione di documenti già formati dall'autorità straniera[225], con l'avvertenza, però, che non tutto ciò che è "documento" in senso letterale può essere oggetto del meccanismo previsto dagli artt. 234 c.p.p. e ss.[226]. Il codice di rito, infatti, distingue tra documenti

[221] La modifica apportata, secondo M.R. MARCHETTI, *Cooperazione giudiziaria: innovazioni apportate e occasioni perdute*, cit., p. 1545, permette di «salvaguardare le esigenze connesse alla rispondenza degli atti alle regole previste dal nostro ordinamento». V. anche S. ARASI, *"Nuovi" rapporti*, cit., p. 581, secondo cui la nuova riformulazione dell'art. 729 c.p.p. viene meno «l'automaticità dell'applicazione della sanzione alla mera inosservanza delle modalità richieste, rinviando alle nostre previsioni normative sul punto».

[222] Si veda G. CAPALDO, sub *art. 727 c.p.p.*, cit., p. 811. V. anche F.M. GRIFANTINI, sub *art. 191 c.p.p.*, cit., p. 694.

[223] O da un organo di un'organizzazione internazionale o sovranazionale.

[224] Cass., 4 giugno 2010, Mazzocca, in *C.E.D. Cass.* n. 248030.

[225] Può accadere che lo Stato assistente abbia già compiuto una attività istruttoria e lo Stato assistito chieda di poter utilizzare i risultati ottenuti; tale cooperazione si attua con la trasmissione dei corpi di reato e delle prove documentali già in possesso dello Stato richiesto, v. P. LASZLOCZKY, *La cooperazione internazionale*, cit., p. 115. V. anche R. BELFIORE, *La prova penale*, cit., p. 112; A. MANGIARACINA, *La circolazione della prova dichiarativa*, cit., c. 428 s.

[226] L'art. 2 comma 1 *bis* del d.l. 18 febbraio 2015, n. 7 ("*Misure urgenti per il contrasto del terrorismo, anche di matrice internazionale, nonché proroga delle missioni internazionali delle Forze armate e di polizia, iniziative di cooperazione allo sviluppo e sostegno ai processi di ricostruzione e partecipazione alle iniziative delle Organizzazioni internazionali per il consolidamento dei processi di pace e di stabilizzazione*"), convertito, con modificazioni, dalla l. 17 aprile 2015, n. 43, ha introdotto l'art. 234 *bis* c.p.p. ("*Acquisizione di documenti e dati informatici*") il quale dispone che «È sempre consentita l'acquisizione di documenti e dati informatici conservati all'estero, anche diversi da quelli disponibili al pubblico, previo consenso, in quest'ultimo caso, del legittimo titolare».

processuali e documenti extraprocessuali[227]: i primi sono più propriamente detti "atti" (verbali di testimonianza, interrogatori, relazioni peritali, ecc.), sono disciplinati nel Libro II del codice di rito e si formano nel contesto del procedimento[228], i secondi sono formati fuori dal processo nel quale si chiede o si dispone l'ingresso e sono i "documenti" in senso stretto, contemplati nel Libro III[229]. Questi ultimi sono i "documenti" sottoposti al regime di cui agli artt. 234 ss. c.p.p. e, in particolare, al meccanismo previsto dall'art. 238 c.p.p. ("Verbali di prove di altri procedimenti") che consente l'acquisizione di verbali di prove di altro procedimento penale[230], senza differenziare se italiano o straniero[231]. A monte della previsione di cui all'art. 238 c.p.p. vi è una scelta di contemperamento di opposti interessi: da un lato, il rispetto di dati valori nella formazione della prova, dall'altro, l'accertamento dei fatti, della verità cui il processo tende. Se è vero che lo scambio di risultati gnoseologici risponde ad esigenze di economia processuale, è altrettanto vero che un limite – quanto alla prova proveniente da uno Stato diverso – è costituito dallo scontro con le peculiarità dell'ordinamento straniero[232].

---

[227] V. Relaz. prog. prelim. c.p.p. in G.U., 24 ottobre 1988, n. 250, suppl. ord. n. 2, p. 66 s.

[228] G.P. VOENA, *Atti*, in G. CONSO-V. GREVI-M. BARGIS (a cura di), *Compendio di procedura penale*, cit., p. 155.

[229] V. GREVI (agg. G. ILLUMINATI), *Prove*, cit., p. 349 s.

[230] Osserva N. ROMBI, *La circolazione*, cit., p. 26, in luogo del precedente filtro della volontà consensuale, il d.l. 8 giugno 1992, n. 306, conv. in l. 7 agosto 1992, n. 356, l'art. 238 c.p.p. «recepisce la regola della libera circolazione degli atti tra diversi procedimenti indipendentemente dal consenso delle parti».

[231] Sposano tale interpretazione Z. SECCHI, *Classificazione*, cit., p. 195; C. VALENTINI, *L'acquisizione della prova*, cit., p. 212 s. Di diverso avviso, nel senso che sia necessario seguire il meccanismo rogatoriale, N. GALANTINI, *La cooperazione*, cit., p. 56, cui tendenzialmente aderisce, da ultimo, G. DARAIO, *La circolazione*, cit., p. 565. Per documenti che provengono da procedimenti diversi da quello penale è, invece, applicabile l'art. 234 c.p.p. In dottrina, in generale sulla circolazione di atti provenienti da altra autorità, v. R. ORLANDI, *Atti e informazioni della autorità amministrativa nel processo penale. Contributo allo studio delle prove extra costituite*, Giuffrè, 1992; l'Autore, in particolare, segnala (p. 14) che, a fronte di vantaggi in termini di coerenza ed economicità, l'uso nel processo penale di conoscenze formate in altri procedimenti presenta controindicazioni perché «comporta una contravvenzione ai segnalati postulati processuali, vale a dire la compressione delle garanzie difensive, nonché la negazione dei principi di immediatezza e oralità», problemi che invece non si porrebbero «quando l'interscambio» avvenga «tra procedimenti eterogenei». La conclusione, però, è destinata ad essere ripensata se si estende l'interscambio a ordinamenti giuridici sì penali ma portatori di valori e regole diverse da quelli accolti nell'ordinamento italiano.

[232] In tema di trasmigrazione probatoria A. GAITO, *La circolazione delle prove e delle sentenze*, in *Arch. pen.*, 2011, 3, p. 13 s. V. anche N. ROMBI, *La circolazione*, cit., p. 5.

Un documento formato dall'autorità giudiziaria estera rispetto al quale vi può essere interesse da parte dello Stato del processo è il certificato penale dell'imputato[233]. "Altro", rispetto al procedimento celebrato in Italia, è anche la documentazione degli atti processuali compiuti in un procedimento penale straniero e rilevanti per quello che si svolge in Italia, nell'ipotesi in cui l'iniziativa della loro effettuazione sia autonoma da parte dell'autorità straniera (e non, come nella rogatoria attiva, oggetto di un impulso dello Stato italiano)[234]: in tal caso, l'acquisizione probatoria è indipendente dalla richiesta di assistenza[235].

In breve: sono acquisibili *ex* art. 238 c.p.p. non solo i documenti extraprocessuali formati in procedimenti penali italiani e stranieri ma anche "atti" processuali stranieri, segnatamente i verbali degli atti compiuti nel processo straniero. Per effetto dell'art. 78 disp. att. c.p.p. ("Acquisizione di atti di un procedimento penale straniero")[236], la disciplina prevista dall'art. 238 c.p.p., infatti, si estende anche all'acquisizione di documentazione di atti di un procedimento penale compiuti dall'autorità giudiziaria straniera. Nello specifico l'art. 78 disp. att. c.p.p. distingue tra atti compiuti dall'autorità giudiziaria straniera per i quali valgono gli stessi limiti previsti dall'art. 238 c.p.p. e atti

---

[233] Anche la sentenza straniera può essere acquisita come "documento" e valutata dal giudice. G. LOZZI (*Sull'utilizzazione di atti assunti da autorità straniere*, in *Giur. it.*, 1982, II, c. 17), sottolinea che, nel vigore del codice abrogato, che nulla osta all'acquisizione della sentenza straniera che abbia nel processo interno un valore meramente informativo perché la sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria straniera è «giudizio su dati probatori» e non «assunzione di prova».

[234] Osserva G. UBERTIS, *La prova acquisita all'estero*, cit., p. 699, che «qualora sia l'autorità italiana a chiedere a quella straniera la documentazione di quanto compiuto (nonché eventuali documenti extraprocessuali dalla stessa acquisiti), si dovrebbe osservare la procedura delle rogatorie attive, analogamente a ciò che accadrebbe se fosse richiesta all'autorità estera una specifica assunzione probatoria», concludendo nel senso che nel primo caso (l'autorità italiana richiede la documentazione di quanto compiuto dall'autorità straniera e degli eventuali documenti extraprocessuali acquisiti) la disciplina della rogatoria andrebbe applicata per la richiesta e la trasmissione degli atti già compiuti mentre nel caso di richiesta di una specifica assunzione probatoria, la disciplina della rogatoria andrebbe applicata «non soltanto per la richiesta e per la trasmissione degli atti già compiuti, ma altresì per la loro esecuzione».

[235] A. CIAMPI, *Assunzione*, cit., p. 356.

[236] R. BELFIORE, *Il mandato europeo di ricerca delle prove*, cit., p. 3898 s.; E. CALVANESE, *Cooperazione*, cit., p. 460; C. FIORIO, *Sull'utilizzabilità*, cit., c. 218; C. VALENTINI, *L'acquisizione della prova*, cit., p. 212 s. Secondo G. DE AMICIS, *Limiti e prospettive del mandato europeo di ricerca della prova*, in *Dir. pen. cont.*, 4 aprile 2011, p. 14, si tratta di una tipologia di acquisizione della prova diversa sia dalla assistenza giudiziaria che dalla cooperazione; v. anche ID., *Limiti e prospettive del mandato di ricerca della prova*, in G. GRASSO-L. PICOTTI-R. SICURELLA (a cura di), *L'evoluzione del diritto penale*, cit., p. 488.

compiuti dalla polizia giudiziaria[237]. Nella prima ipotesi è necessario che le prove siano state formate nel rispetto del contraddittorio e in contesto garantito dalla presenza del giudice. Nel caso di atti della polizia giudiziaria straniera, l'acquisizione è subordinata alla condizione che si tratti di materiali connotati da irripetibilità, che le parti vi consentano o che, in mancanza del consenso, si proceda all'esame testimoniale dell'autore degli atti[238].

In tale contesto di acquisizione di atti formati autonomamente dallo Stato straniero si parla di "circolazione probatoria" tra procedimenti, etichetta che, invece, non si attaglia alla trasmissione di un atto eseguito su richiesta espressa di uno Stato (es. rogatoria) perché in tal caso l'atto non è di un "altro" procedimento bensì proprio di quello per il quale è stato richiesto[239].

In via residuale rispetto all'acquisizione *ex* art. 431, comma 1°, lett. *d* c.p.p. o all'acquisizione alla luce del combinato disposto degli artt. 238 c.p.p. e 78 disp. att. c.p.p., documenti extraprocessuali possono trovare ingresso mediante la richiesta di ammissione dibattimentale ai sensi degli artt. 493, comma 1° e 495, comma 3° c.p.p.[240].

9. Gli strumenti extrarogatoriali introdotti dalla riforma del 2017

Ai fini di una compiuta analisi delle novità che si affacciano sul mondo della cooperazione giudiziaria una rapida disamina meritano i nuovi meccanismi

[237] Si prevede altresì che gli atti non ripetibili compiuti dalla polizia straniera possono essere acquisiti nel fascicolo per il dibattimento se le parti vi consentono ovvero dopo l'esame testimoniale dell'autore degli stessi, compiuto anche mediante rogatoria all'estero in contraddittorio. V. anche R. BELFIORE, *La prova penale*, cit., p. 119; G. DE AMICIS, *Il mandato europeo di ricerca delle prove: un'introduzione*, in *Cass. pen*., 2008, p. 3033.

[238] C. FIORIO, *Sull'utilizzabilità*, cit., c. 218.; N. ROMBI, *La circolazione*, cit., p. 142. V. anche R. BELFIORE, *Il mandato europeo di ricerca delle prove*, cit., p. 3900, che, in particolare, ricorda come non possano «essere esaminati gli autori di atti aventi contenuto dichiarativo, poiché si registrerebbe altrimenti una violazione dell'art. 195 comma 4° c.p.p. in materia di testimonianza indiretta degli ufficiali e agenti di polizia giudiziaria».

[239] N. ROMBI, *La circolazione*, cit., p. 139.

[240] G. UBERTIS, *La prova acquisita all'estero*, cit., p. 700. V. anche M.G. COPPETTA, sub *art. 493 c.p.p.*, in G. CONSO-G. ILLUMINATI (a cura di), *Commentario breve*, cit., p. 2223 s. e EAD., sub *art. 495 c.p.p.*, *ivi*, p. 2231 s.

introdotti dal d.lgs. n. 149 del 2017, che tendono a favorire l'assunzione diretta delle prove dichiarative[241].

Oggi è espressamente consentito al pubblico ministero di includere (*rectius*, acquisire) nel proprio fascicolo la documentazione trasmessa spontaneamente dall'autorità straniera (art. 729 *bis* c.p.p. "Acquisizione di atti e informazioni da autorità straniere"). L'autorità giudiziaria ricevente è però vincolata al rispetto delle condizioni eventualmente poste dall'autorità trasmettente, all'utilizzabilità degli atti e delle informazioni spontaneamente trasmessi[242]. Ovviamente, la collocazione all'interno del fascicolo del pubblico ministero conferisce a tale materiale valore meramente investigativo e non probatorio[243]: ne consegue che i documenti trasmessi spontaneamente potranno essere utilizzati ai fini delle contestazioni e delle letture consentite[244].

Il successivo art. 729 *ter* c.p.p.[245] ("Trasferimento temporaneo in Italia di persone detenute") prevede che l'autorità giudiziaria possa chiedere il trasferimento temporaneo nel territorio italiano di persona detenuta in altro Stato, al fine del compimento di un atto di indagine o per l'assunzione di una prova. Le modalità del trasferimento e il termine entro cui la persona detenuta deve fare rientro nello Stato richiesto sono concordate tra le autorità, non senza trascurare le condizioni di salute fisica e mentale della persona interessata, nonché il livello di sicurezza indicato dall'autorità dello Stato richiesto. La persona trasferita rimane in stato di detenzione sul territorio nazionale, salvo che l'autorità straniera non ne chieda la liberazione. Quando il «trasferimento temporaneo» è condizionato al fatto che la persona trasferita non possa essere «*perseguita*,

[241] F. RUGGIERI, *Il libro XI*, cit., p. 1774 s., sottolinea, in particolare, che «gli atti di particolare rilevanza volti a facilitare le forme di assistenza e di cooperazione penale internazionale» previsti riproducono quelli introdotti dalla direttiva sull'ordine di indagine europeo benché ovviamente riguardino i «casi che non rientrano nell'ambito UE e/o in convenzioni internazionali o bilaterali». V. anche G. DE AMICIS, *Lineamenti della riforma del libro XI*, cit., p. 11 s.; G. DI PAOLO, *La riforma della disciplina codicistica*, cit., p. 3448 s.; M.R. MARCHETTI, *Rapporti giurisdizionali con autorità straniere*, cit., p. 1098.
[242] G. DE AMICIS, *Lineamenti della riforma del libro XI*, cit., p. 17.
[243] F. LEOPIZZI, *La nuova disciplina*, cit.; F. RUGGIERI, *Il libro XI*, cit., p. 1775.
[244] G. ILLUMINATI, *Giudizio*, cit., p. 774 s.
[245] L'articolo inserito dall'art. 7 comma 1° lett. *d* d.lgs. 3 ottobre 2017, n. 149; v. F. LEOPIZZI, *La nuova disciplina*, cit.; F. RUGGIERI, *Il libro XI*, cit., p. 1775; 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 s.

detenuta o sottoposta a qualsiasi altra restrizione della libertà personale nello Stato italiano per fatti commessi o condanne pronunciate prima del suo temporaneo trasferimento», l'immunità cessa qualora il testimone, il perito o l'imputato, avendone avuta la possibilità, non ha lasciato il territorio dello Stato trascorsi quindici giorni dal momento in cui la sua presenza non è più richiesta dall'autorità giudiziaria ovvero, avendolo lasciato, vi ha fatto volontariamente ritorno[246].

Infine, l'art. 729 *quinquies* c.p.p.[247] ("Squadre investigative comuni") dispone che, nelle ipotesi in cui le convenzioni in vigore tra gli Stati membri dell'Unione europea, ovvero le disposizioni del diritto dell'Unione europea prevedono l'impiego di squadre investigative comuni, il procuratore della Repubblica possa richiedere la costituzione di una o più squadre investigative comuni. Strumento di assistenza che svela un tangibile spirito di collaborazione[248], le squadre investigative sono state oggetto di riflessione nel Consiglio europeo di Tampere del 1999[249] e hanno trovato una prima disciplina nella Convenzione di assistenza giudiziaria del 2000 (oggetto del recepimento codicistico) e – nelle more della lenta ratifica ed esecuzione della Convenzione citata – nella decisione quadro 2002/465/GAI[250], cui è stata data attuazione solo nel 2016 con il d.lgs. 15 febbraio 2016, n. 34[251].

---

[246] Per un confronto con il trasferimento temporaneo previsto in ambito europeo, v. cap. VI, § 2.

[247] L'articolo inserito dall'art. 7, comma 1, lett. *d*, d.lgs. 3 ottobre 2017, n. 149. V. G. BARROCU, *Le squadre investigative comuni*, in M.R. MARCHETTI-E. SELVAGGI (a cura di), *La nuova cooperazione giudiziaria penale*, cit., p. 383 s.
F. LEOPIZZI, *La nuova disciplina*, cit.; F. RUGGIERI, *Il libro XI*, cit., p. 1775.

[248] E. APRILE-F. SPIEZIA, *Cooperazione giudiziaria*, cit., p. 197.

[249] Per un inquadramento sintetico delle squadre investigative comuni, M.R. MARCHETTI, *L'assistenza giudiziaria internazionale*, cit., p. 192 s., che le classifica – insieme alla rogatoria concelebrata, alle attività sotto copertura, alle consegne sorvegliate e all'osservazione transfrontaliera – tra gli atti compiuti "in territorio straniero" in opposizione agli atti compiuti "nel territorio dello Stato" (videoconferenze transnazionali, audizione mediante conferenza telefonica, intercettazioni, informazioni spontanee) (*ibidem*, p. 215 s.). V. anche G. BARROCU, *La cooperazione investigativa*, cit., p. 143 s.

[250] La decisione quadro del Consiglio n. 2002/465/GAI ha riconosciuto tali forme di collaborazione e le ha promosse anche alla luce delle conclusioni raggiunte dal Consiglio europeo di Tampere (15 e 16 ottobre 1999) che aveva chiesto la costituzione di squadre investigative comuni per combattere il traffico di stupefacenti, la tratta degli esseri umani e il terrorismo. Solo con il d.lgs. n. 34 del 2016 si è attuato il contenuto della decisione quadro. V. R. BELFIORE, *Le squadre investigative comuni nel decreto legislativo n. 34/2016*, in *Cass. pen.*, 2016, p. 3886 s. Tale strumento consente la raccolta transfrontaliera delle prove in modo diverso rispetto al sistema delle rogatorie (G. DI PAOLO, *Lo Spazio di libertà, sicurezza e giustizia dell'UE: recenti novità sul fronte domestico e a livello europeo*, in *Cass. pen.*, 2016,

Nei rapporti con le autorità giudiziarie di Stati diversi da quelli membri dell'Unione europea[252] il procuratore della Repubblica può richiedere la costituzione di una o più squadre investigative comuni con le modalità e alle condizioni stabilite dalla legge, nei casi previsti dagli accordi internazionali. Della costituzione di una o più squadre investigative comuni è data comunicazione al ministro della giustizia.

10. Le prove e le tecnologie moderne

Uno spazio significativo all'interno della cooperazione giudiziaria è occupato dalle forme di assunzione di prove testimoniali che sfruttano le nuove tecnologie[253]. Almeno tre sono le modalità di assistenza che impiegano le moderne tecnologie[254]: videoconferenza, conferenza telefonica[255] e intercettazione internazionale delle comunicazioni.

---

p. 3024): devono infatti essere adottati criteri e regole di indagine compatibili con la disciplina delle attività della polizia giudiziaria in ciascun ordinamento coinvolto di modo che l'attività investigativa svolta sia pienamente utilizzabile perché assimilata ad un'attività di indagine di rilevanza nazionale (R. BELFIORE, *Le squadre*, cit., p. 3886). Il fine di tale forma di cooperazione è infatti quello di favorire l'utilizzo processuale – all'interno dei processi negli Stati membri – dei risultati delle indagini svolte. Si tratta di forme di collaborazione prive di carattere stabile e permanente in cui due o più Stati membri si accordano per costituire un *pool* giudiziario con componenti misti. Secondo il decreto attuativo l'atto costitutivo della squadra deve indicare i componenti, tanto quelli nazionali quanto i membri distaccati, cioè quelli degli altri Stati facenti parte della squadra. La direzione del *team* spetta al membro rappresentante dell'autorità dello stato in cui la squadra interviene e che varia a seconda degli spostamenti territoriali della squadra. La ragione di tale mutevolezza nella direzione è ravvisata nel fatto che nelle operazioni di indagine deve applicarsi la legge dello Stato di intervento, sicché, nel caso in cui la squadra operi in Italia il direttore sarà il pubblico ministero italiano, v. R. BELFIORE, *Le squadre*, cit., p. 3886. L'iniziativa della costituzione di una squadra investigativa comune è del procuratore della Repubblica che deve darne comunicazione al procuratore generale presso la corte di appello o al procuratore nazionale antimafia o antiterrorismo nei casi in cui si proceda per i reati di cui agli artt. 51, commi 3 *bis* e 3 *quater* c.p.p.: si appalesa la rottura con la tradizionale assistenza giudiziaria fondata sulle rogatorie in cui *dominus* è il ministro della giustizia (R. BELFIORE, *Le squadre*, cit., p. 3888). Si veda altresì, specialmente per i profili di compatibilità con l'ordine di indagine europeo, cap. II, § 5.

[251] Norme di attuazione della decisione quadro 2002/465/GAI del Consiglio del 13 giugno 2002, relativa alle squadre investigative comuni, in G.U. Serie Generale, 10 marzo 2016, n. 58. Osserva R. BELFIORE, *Le squadre*, cit., p. 3886, che la "duplicazione" delle fonti è da addebitare al lento processo di ratifica della Convenzione la quale aveva investito fortemente nello strumento di cooperazione.

[252] Vi sono altre convenzioni che contemplano forme analoghe: la Convenzione ONU sul crimine organizzato transazionale; l'Accodo sulla mutua assistenza giudiziaria tra l'Unione europea e gli USA.

[253] Per un quadro, M. DANIELE, *La formazione digitale delle prove dichiarative. L'esame a distanza tra regole interne e diritto sovranazionale*, Giappichelli, 2012.

[254] Sul piano interno, antesignane sono state le tecnologie audiovisive utilizzate durante l'emergenza mafiosa del 1992 cui sono seguite le disposizioni degli artt. 146 *bis* disp. att. c.p.p. L'art. 12 del d.l. 24

Atto ubiquo per definizione[256], la videoconferenza consente l'immediata e reciproca visibilità fra persone che si trovano in luoghi distinti[257]. Nel processo penale la videoconferenza può essere utilizzata tanto per assumere una testimonianza (o altro atto che richieda la "presenza" della persona che lo compie)[258] tanto per consentire la partecipazione dell'imputato[259].

La videoconferenza transnazionale[260] è stata prevista dalla Convenzione MAP del 29 maggio 2000 (ratificata con legge n. 149 del 2016) (artt. 10 e 11)[261] e sperimentata tra alcuni Paesi europei sulla base di intese *ad hoc*, trovando così un'applicazione anticipata rispetto alla ratifica della Convenzione[262]. Sul piano

---

novembre 2000, n. 341 convertito in l. 19 gennaio 2001, n. 4, ha consolidato le ipotesi di cui all'art. 146 *bis* e 147 *bis* disp. att. mentre l'ipotesi della partecipazione a distanza dell'imputato detenuto all'estero è stata introdotta dall'art. 16 della legge n. 367 del 2001.

[255] La conferenza telefonica è prevista dalla Convenzione di assistenza del 2000 e presenta caratteri comuni alla videoconferenza, sebbene se ne differenzi per un aspetto non marginale, potendo lo Stato interessato procedere direttamente a contattare telefonicamente una persona che si trova all'estero, senza bisogno alcuno di assistenza da parte dello Stato in cui questa si trovi (Cfr. R. BELFIORE, *La prova raccolta*, cit., p. 174 s.; A. CIAMPI, *Assunzione*, cit., p. 323; M.R. MARCHETTI, *L'assistenza giudiziaria*, cit., p. 230 s.). Occorre, inoltre, che la persona consenta alla propria audizione mediante conferenza telefonica, consenso che deve essere acquisito preventivamente dallo Stato richiedente; allo Stato richiesto compete la verifica della sussistenza del consenso.

[256] J.P. PIERINI, *Assistenza giudiziaria a favore di autorità straniere e diritto di difesa: è vera incompatibilità*, in *Cass. pen*., 2002, p. 1113.

[257] In generale la videoconferenza è uno strumento assai duttile che si presta a fini diversi: «allontanare, avvicinare, proteggere», così S. BUZZELLI, *Le videoconferenze*, cit., p. 326; EAD., *Videoconferenze*, in AA.VV., *Investigazioni e prove transnazionali*, Giuffrè, 2017, p. 215 s. Per riflessioni interdisciplinari in merito alle nuove tecnologie nel processo penale e, in particolare, riguardo ai rapporti tra videoconferenza e prova dichiarativa, v. M. CHIAVARIO (a cura di), *Nuove tecnologie e processo penale*, cit., p. 90 s.

[258] A. CIAMPI, *Assunzione*, cit., p. 303, afferma che il primo strumento ad aver introdotto una espressa disciplina della videoconferenza è l'accordo fra Italia e Svizzera del 1998 (legge n. 367 del 2001) che completa la CEAG del 1959. V. anche M.R. MARCHETTI, *L'assistenza giudiziaria*, cit., p. 215 s.; Z. SECCHI, *Classificazione*, cit., p. 199 s.

[259] Cfr. D. MANZIONE, *Principi e prassi nel "vissuto" della videoconferenza*, in M. CHIAVARIO (a cura di), *Nuove tecnologie e processo penale*, cit., p. 109 s.

[260] M. DANIELE, *La formazione digitale*, cit., p. 137, denuncia la variegata piattaforma normativa che regola l'esame a distanza transnazionale: l'art. 147 *bis* disp. att. c.p.p., al 5° comma, prevede l'utilizzo dello strumento «quando vi siano gravi difficoltà ad assicurare la comparazione della persona da sottoporre ad esame», e ricomprende l'eventualità che il dichiarante si trovi all'estero; l'art. 205 *ter* disp. att. c.p.p. che rinvia agli accordi internazionali; gli artt. 146 *bis* e 147 *bis* che si applicano in quanto compatibili; le Convenzioni internazionali.

[261] B. PIATTOLI, *Cooperazione giudiziaria*, cit., p. 175. V. anche S. D'ARIENZO, *Profili internazionalistici della "videoconferenza"*, cit., p. 122 s.; E. DE BELLIS, *La videoconferenza nell'assistenza giudiziaria penale*, in *Doc. giust*., 2000, n. 6, c. 1167 s.; Z. SECCHI, *Le novità introdotte dalla Convenzione 20 maggio 2000*, cit., c. 1110 s.

[262] Secondo M.R. MARCHETTI, *L'assistenza giudiziaria*, cit., p. 216, ciò dipende dalla intrinseca bontà dello strumento rispetto all'utilizzo del quale, in mancanza di norme pattizie operanti in concreto, «vi è stato un preliminare accordo tra gli Stati interessati … raggiunto anche sulla base della considerazione che in realtà non si trattava di porre in essere un nuovo tipo di attività, ma di eseguire con nuove modalità atti già previsti».

interno, ad esempio, in attesa della ratifica della Convenzione, avvenuta solo nel 2016, l'art. 16 della legge n. 367 del 2001 ha introdotto, all'interno delle disposizioni di attuazione al codice di procedura, l'art. 205 *ter* c.p.p. ("Partecipazione al processo a distanza per l'imputato detenuto all'estero") che subordina la videoconferenza all'esistenza di accordi internazionali[263].

Il presupposto della videoconferenza consiste nella impossibile o non auspicabile presenza della persona da sentire all'estero. L'istituto rappresenta una sintesi tra le istanze di efficienza caratteristiche della cooperazione giudiziaria e di quelle garantistiche sotto l'egida del contraddittorio per la prova[264]; si tratta infatti di un «metodo alternativo» di assunzione delle dichiarazioni[265].

Si è osservato che utilizzare tale strumento consente di derogare al principio del *locus regit actum* perché l'acquisizione della prova avviene sì nel territorio dello Stato richiesto ma secondo le regole per l'assunzione delle prove stabilite nello Stato del processo[266]: l'ascolto è condotto direttamente dalla autorità giudiziaria dello Stato richiedente o sotto la sua direzione[267]. Viene così meno quel problema di interazione di poteri sovrani dello Stato richiesto con le esigenze processuali dello Stato richiedente che quei risultati probatori deve utilizzare[268]. Si tratta di uno schema che rompe le forme abituali di esecuzione delle rogatorie (e del riparto di competenze tra autorità richiedente e autorità

---

[263] M.B. BORDIERI, *L'impiego della videoconferenza nella cooperazione giudiziaria tra Stati*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 1124, evidenzia che, in assenza di accordi, «si procede con il sistema tradizionale dell'estradizione (...) e delle rogatorie *ex* art. 727 c.p.p. chiedendo rispettivamente la traduzione nel territorio dello Stato dell'imputato ristretto in carcere, o la sua citazione se libero o quella di testi e di periti».

[264] B. PIATTOLI, *Videoconferenza: tecnologie e garanzie. Dà prove atipiche, ma rispetta la difesa*, in *Dir. e giust*., 2005, n. 24, p. 120.

[265] S. BUZZELLI, *Le videoconferenze*, cit., p. 334 s. M. PISANI, *Rogatorie internazionali e videoconferenze*, cit., p. 981, ipotizza trattarsi «di una nuova tipologia di commissione rogatoria, e per così dire di una rogatoria "del terzo tipo", ovvero "a distanza ravvicinata".

[266] B. PIATTOLI, *Videoconferenza*, cit., p. 120.

[267] G. BARROCU, *Le rogatorie*, cit., p. 4, osserva che la videoconferenza produce due vantaggi: permette l'assunzione della prova secondo le modalità previste dalla *lex fori* e, soprattutto, consente di ottemperare ai due principi dell'oralità e dell'immediatezza che contraddistinguono principi cardine del dibattimento. V. anche M.R. MARCHETTI, *L'assistenza giudiziaria*, cit., p. 221.

[268] B. PIATTOLI, *Videoconferenza*, cit., p. 121, osserva che con le videoconferenze si superano le difficoltà «legate all'utilizzazione degli atti compiuti nel territorio europeo, aprendo la via alle prospettive di semplificazione nella circolazione probatoria delineate dalla Costituzione europea». Cfr., sul fronte europeo, la videoconferenza di cui al cap. VI, § 3.

richiesta)[269], infatti, l'attività viene svolta dall'autorità giudiziaria richiedente mentre l'autorità richiesta viene esautorata e si limita a controllare che sul territorio nazionale non si compia alcuna violazione dei principi fondamentali dell'ordinamento interno[270].

Tanto premesso, *de iure condito*, l'intervento riformatore del legislatore del 2017 ha esplicitamente introdotto nel tessuto codicistico l'art. 729 *quater* c.p.p.[271] ("Audizione mediante videoconferenza o altra trasmissione audiovisiva") il quale prevede che, nei casi previsti dagli accordi internazionali, l'audizione e la partecipazione all'udienza davanti all'autorità giudiziaria italiana della persona sottoposta ad indagini (nonché dell'imputato, del testimone o del perito) che si trovi all'estero e che non possa essere trasferito in Italia, possa essere eseguita mediante videoconferenza o altra forma di collegamento audiovisivo a distanza, con la precisazione che, se si tratta di persona indagata o imputata, è necessario acquisirne il consenso[272].

L'autorità giudiziaria e l'autorità straniera competente concordano le modalità della citazione, dell'audizione o della partecipazione a distanza, nonché le eventuali misure relative alla protezione della persona di cui è richiesto l'esame o la partecipazione all'udienza. L'art. 729 *quater* c.p.p. ha precisato che all'autorità straniera competa l'identificazione della persona da sentire o di cui è chiesta la partecipazione all'udienza e debba comunicarle tempestivamente i diritti che le vengono riconosciuti dall'ordinamento italiano e, ove necessario, quelli relativi alla traduzione e alla interpretazione, al fine di garantirne

[269] Normalmente, infatti, alla prima compete «valutare gli aspetti connessi alle concrete modalità di svolgimento dell'attività compiuta sul proprio territorio e, conseguentemente, il potere di verificare, alla luce della normativa interna e internazionale, l'esperibilità della rogatoria in realzione alla validità dei singoli atti attraverso cui essa trova esecuzione» mentre all'autorità dello Stato richiesto competono le «valutazioni proprie della fase iniziale del procedimento … sia tutte le determinazioni, successive all'esecuzione della richiesta, concernenti l'utilizzabilità, a fini probatori, secondo il regime di utilizzabilità degli atti delel rogatorie internazionali, … del materiale raccolto e degli atti compiuti all'estero», così E. DE BELLIS, *La videoconferenza nell'assistenza giudiziaria penale*, cit., c. 1168.

[270] Z. SECCHI, *Classificazione*, cit., p. 199.

[271] Articolo inserito dall'art. 7 comma 1° lett. *d* d.lgs. 3 ottobre 2017, n. 149. V. 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 s.

[272] Inoltre, come vedremo, la videoconferenza è oggetto di previsione anche nella direttiva 2014/41/UE relativa all'ordine europeo di indagine penale, agli artt. 24 (*Audizione mediante videoconferenza o altra trasmissione audiovisiva*) e 25 (*Audizione mediante teleconferenza*).

l'effettivo esercizio. All'imputato e alla persona sottoposta alle indagini è garantita l'assistenza necessaria del difensore e tali soggetti devono essere informati dei diritti e delle facoltà che sono loro riconosciuti dall'ordinamento interno e da quello dello Stato richiedente. I testimoni e i periti sono informati della facoltà di astensione[273] prevista dall'ordinamento interno e da quello dello Stato richiesto.

I commi 6° e 7° prevedono che l'autorità giudiziaria possa mettere a disposizione dello Stato richiesto i mezzi tecnici per procedere all'audizione mediante videoconferenza, ove necessario. Nel verbale redatto dall'autorità giudiziaria procedente deve darsi atto che l'attività è stata compiuta mediante collegamento a distanza.

I moderni mezzi di comunicazione consentono dunque di porre in essere attività che apparentemente non si ingeriscono nella sovranità di altri Stati. Oltre a quelle menzionate, anche le intercettazioni delle telecomunicazioni[274] sembrano possedere questa caratteristica di "neutralità", tuttavia, nel caso di intercettazioni, si profilano questioni non tanto operative quanto problemi di disciplina. Il mezzo di ricerca della prova costituito dall'intercettazione è infatti sottoposto a rigide regole dalla cui osservanza dipende l'utilizzabilità della prova raccolta[275].

Per completezza va ricordato anche l'art. 234 *bis* c.p.p. che prevede la possibilità di acquisire «*documenti e dati informatici conservati all'estero, anche diversi da quelli disponibili al pubblico, previo consenso, in quest'ultimo caso, del legittimo titolare*». La norma è stata introdotta dalla legge 17 aprile 2015, n. 43, "Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 18 febbraio

[273] Sul piano interno, v. l'art. 199 c.p.p. riguardo alla facoltà di astensione dei prossimi congiunti.
[274] A. CIAMPI, *Assunzione*, cit., p. 328; B. PIATTOLI, *Cooperazione giudiziaria*, cit., p. 179 s.; Z. SECCHI, *Classificazione*, cit., p. 203 s.
[275] Una prima forma di regolamentazione è contenuta nella Convenzione di Bruxelles del 2000 dove gli Stati membri dell'Unione hanno previsto – per la prima volta – una disciplina generale e unitaria delle intercettazioni telefoniche (telefonia fissa, mobile, terrestre e satellitare) nonché una disciplina generale «suscettibile di applicazione futura anche a nuove tecnologie», così Z. SECCHI, *Classificazione*, cit., p. 204. Ad avviso dell'Autrice, inoltre, «La disciplina elaborata non ha solo la finalità di garantire gli Stati dagli eccessi di intrusione dettando regole minime comuni, ma anche quella di imporre a tutti i Paesi dell'Unione Europea un obbligo di cooperazione in tale campo, sicché in futuro nessuno potrebbe sottrarsi dal prestare assistenza in tema di intercettazioni delle telecomunicazioni». V. anche M.R. MARCHETTI, *op. ult. cit.*, p. 235 s.

2015, n. 7, recante misure urgenti per il contrasto del terrorismo, anche di matrice internazionale, nonché proroga delle missioni internazionali delle Forze armate e di polizia, iniziative di cooperazione allo sviluppo e sostegno ai processi di ricostruzione e partecipazione alle iniziative delle Organizzazioni internazionali per il consolidamento dei processi di pace e di stabilizzazione" (G.U. Serie Generale n. 91 del 20 aprile 2015). Infine, l'art. 254 *bis* c.p.p., nell'ambito dei mezzi di ricerca della prova, stabilisce la possibilità di sequestro di dati informatici presso fornitori di servizi informatici, telematici e di telecomunicazioni.

Capitolo secondo

LA COOPERAZIONE GIUDIZIARIA NELL'UNIONE EUROPEA E LA PROVA PENALE

1. Il progressivo investimento per la cooperazione in materia penale: dalle origini al Trattato di Amsterdam

2. (*Segue*) Dalla Costituzione europea al Trattato di Lisbona

3. La genesi e il radicamento del principio di reciproco riconoscimento passando per la (non) armonizzazione

4. Il reciproco riconoscimento e la prova: dal fallimento del m.e.r. alla direttiva 2014/41/UE

5. Il microcosmo delle squadre investigative comuni

6. L'avvento della Procura europea nello scenario della prova nell'Unione europea

1. Il progressivo investimento per la cooperazione in materia penale: dalle origini al Trattato di Amsterdam

Il progetto di integrazione[1] europea parte da lontano con l'istituzione delle tre Comunità[2]. L'orizzonte perseguito dal presente lavoro, tuttavia, non consente di soffermarsi neppure brevemente sull'archeologia comunitaria. La ricostruzione, dunque, è necessariamente frammentaria e tocca solo i momenti in cui il percorso di integrazione interessa il processo penale. Una premessa, ancora più antica, però, è inevitabile: la storia del processo penale in Europa è precedente al processo di integrazione europea, semmai è con il sistema comunitario che si delinea una via coerente di sviluppo. Si allude al metodo giudiziario applicato nei territori dell'Europa continentale a partire dal

[1] Per "integrazione" si intende un processo di progressivo avvicinamento dei Paesi membri, dei loro popoli e delle loro culture, obiettivo politico che si attua sia sotto forma di applicazione delle politiche comunitarie sia attraverso l'attuazione di iniziative comuni a livello transnazionale. Fino a Maastricht l'integrazione comunitaria è rimasta quasi totalmente estranea all'area penale; nondimeno, gli orizzonti economico e sociali inaugurati dall'Europea hanno provocato ripercussioni sulla sicurezza e dunque era inevitabile che prima o poi emergesse l'interesse per la sfera penale.

[2] Illustra lo scenario storico-politico del secondo dopoguerra, tra gli altri, U. DRAETTA, *Elementi di diritto dell'Unione Europea. Parte istituzionale. Ordinamento e struttura dell'Unione Europea*, 5ª ed., Giuffrè, 2009, p. 2 s. Per un *excursus* in tema di *coopération judiciaire* nella dimensione comunitaria, B. PIATTOLI, *Cooperazione giudiziaria e pubblico ministero europeo*, Giuffrè, 2002, *passim*. V. anche M. ROMANI, *Servizi di polizia internazionale, cooperazione giudiziaria e terzo pilastro dell'Unione europea*, Cedam, 2009, p. 4 s.

Medioevo[3] e che dura fino all'età delle codificazioni[4]. Dal raffronto emerge un dato distonico ma significativo della differenza tra l'universalismo processuale penale del Medioevo[5] e il processo di integrazione europea: in quest'ultimo caso, lungi dal costituire uno stato di fatto (frutto dell'applicazione del "diritto comune") si tratta di una precisa scelta degli Stati, dapprima secondo le forme di cooperazione di natura intergovernativa, successivamente all'interno del quadro istituzionale comunitario[6].

Tra gli strumenti "europei" di cooperazione giudiziaria penale[7], il precursore – maturato all'interno della cooperazione di natura intergovernativa –

---

[3] In generale, la forza di espansione del "diritto comune" in gran parte dell'Europea è individuata in una spontanea accoglienza da parte di ciascuna nazione «che lo trasformò in patrimonio giuridico proprio e lo assimilò e lo reinterpretò in base alle specifiche tradizioni ed esigenze locali», sicché il diritto comune divenne "europeo" grazie alla «mancanza, nei vari ordinamenti politici europei, di un rispettivo diritto nazionale» e alla presenza in essi «di una molteplicità polverizzata di inorganiche normative particolari», A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico*, Giuffrè, 1982, p. 383 s.

[4] R.E. KOSTORIS, *Diritto europeo e giustizia penale*, in ID. (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, Giuffrè, 2017, p. 1 s., si concentra sul diritto processuale e afferma che, fino all'Illuminismo, pur in un «contesto pulviscolare di fonti» si colgono le tracce di un «metodo giudiziario applicato in modo abbastanza uniforme»; in una fase successiva, dalle codificazioni fino alla seconda metà del '900, «il processo penale vive in una dimensione prettamente statuale»; infine, nella fase attuale, la dimensione statuale «si combina sempre più strettamente con una dimensione sovranazionale nel quadro di un'integrazione europea» che opera «anche sul piano della giustizia penale». L'Autore, inoltre, individua analogie tra il pluralismo delle fonti medioevali e il sistema multilivello dell'attuale struttura delle fonti sovranazionali e dell'intrecciarsi con quelle nazionali e indica nel diritto giurisprudenziale un ruolo centrale. Dopo l'Illuminismo e soprattutto dopo la Rivoluzione francese trovano spazio le spinte autonomistiche e i movimenti di codificazioni: si delineano le realtà nazionali. L'Autore osserva che le codificazioni razionalizzano il diritto ma ne segnano anche la nazionalizzazione: la giustizia penale e la sovranità dei singoli Stati «diventano un binomio indissolubile», R.E. KOSTORIS, *Diritto europeo*, cit., p. 3.

[5] Momento unificante del processo penale medioevale era l'uso del metodo inquisitorio, v. R.E. KOSTORIS, *Diritto europeo*, cit., p. 4.

[6] A. PERDUCA, Intervento alla sessione *Investigazioni, prove e cooperazione giudiziaria su scala europea*, XX Convegno nazionale dell'ASPP su "Processo penale e giustizia europea", in AA.Vv., *Processo penale e giustizia europea. Omaggio a Giovanni Conso*, Giuffrè, 2010, p. 123, definisce quello della costruzione della giustizia europea un «cantiere in corso» il cui *prius* è costituito dal mercato e che trova un primo riconoscimento specifico con il Trattato di Amsterdam dove viene fissato l'obiettivo di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia. B. PIATTOLI, *Cooperazione giudiziaria*, cit., p. 9, sottolinea come per un lungo periodo vi sia stata la «sopravvivenza di uno spirito nazionalistico» di ostacolo all'introduzione di «limiti effettivi al principio di sovranità». V. anche G. BARROCU, *La cooperazione investigativa in ambito europeo. Da Eurojust all'ordine di indagine*, Cedam, 2017, p. 1 s.

[7] La Comunità economica europea si disinteressa inizialmente della cooperazione penale fino agli anni '70 in cui si prende coscienza della dimensione transnazionale di alcune forme di criminalità e della minaccia terroristica, ma è solo negli anni '80 del secolo scorso, con l'eliminazione dei controlli delle frontiere interne e l'attuazione del mercato interno che la cooperazione conosce nuovi sviluppi che hanno portato allo stato attuale. Al contrario nel contesto di Consiglio d'Europa, le prime forme di cooperazione risalgono agli anni '50 (v. Convenzione europea di estradizione del 1957, Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale del 1959). In dottrina, v. G. GRASSO, *Prospettive di uno «spazio*

può essere individuato nell'Accordo di Schengen (firmato il 14 giugno 1985)[8] (insieme alla Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen, CAAS, sottoscritta il 19 giugno 1990 e ratificata dall'Italia con l. 30 settembre 1993, n. 388)[9]: presa coscienza del nuovo fenomeno criminale frutto del mercato unico europeo e dell'eliminazione delle frontiere interne[10], matura la necessità di

---

giudiziario europeo», in *Ind. pen.*, 1996, p. 109; S. MARANELLA, *Cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale (dir. U.E.)*, in *Enc. giur. Treccani*, 2006, p. 1 s.; C. SOTIS, *Il Trattato di Lisbona e le competenze penali dell'Unione europea*, in *Cass. pen*., 2010, p. 1146; A. WEYEMBERGH, *Storia della cooperazione*, in R.E. KOSTORIS (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, cit., p. 198 s.

[8] Strumento per accrescere la coesione in modo "flessibile" tra i Paesi membri dell'Unione, l'Accordo di Schengen creò un'area di libero scambio europeo senza frontiere e la Convenzione di applicazione rese l'accordo definitivo. L'art. 53 della legge n. 388 del 1993 (recante Ratifica ed esecuzione: a) del protocollo di adesione del Governo della Repubblica italiana all'accordo di Schengen del 14 giugno 1985 tra i governi degli Stati dell'Unione economica del Benelux, della Repubblica federale di Germania e della Repubblica francese relativo all'eliminazione graduale dei controlli alle frontiere comuni, con due dichiarazioni comuni; b) dell'accordo di adesione della Repubblica italiana alla convenzione del 19 giugno 1990 di applicazione del summenzionato accordo di Schengen, con allegate due dichiarazioni unilaterali dell'Italia e della Francia, nonché la convenzione, il relativo atto finale, con annessi l'atto finale, il processo verbale e la dichiarazione comune dei Ministri e Segretari di Stato firmati in occasione della firma della citata convenzione del 1990, e la dichiarazione comune relativa agli articoli 2 e 3 dell'accordo di adesione summenzionato; c) dell'accordo tra il Governo della Repubblica italiana ed il Governo della Repubblica francese relativo agli articoli 2 e 3 dell'accordo di cui alla lettera b); tutti atti firmati a Parigi il 27 novembre 1990) prevede che le domande di assistenza giudiziaria possano essere fatte direttamente tra le autorità giudiziarie e nello stesso modo possono essere rinviate le risposte, sebbene resti impregiudicata la facoltà di inviare e rinviare domande da un Ministero della giustizia all'altro o per il tramite degli uffici centrali nazionali dell'Organizzazione internazionale di polizia criminale. Resta impregiudicato, altresì, l'obbligo *ex* art. 204 *bis* disp. att. c.p.p. (*Comunicazioni all'autorità giudiziaria in tema di rogatoria*) di trasmetterne copia al Ministero della giustizia. V. R. BONTEMPI, *Gli Accordi di Schengen*, in B. NASCIMBENE (a cura di), *Da Schengen a Maastricht. Apertura delle frontiere, cooperazione giudiziaria e di polizia*, Giuffrè, 1995, p. 35 s.; G. PORRO, *Le intercettazioni e il diritto internazionale*, in M. CHIAVARIO (a cura di), *Nuove tecnologie e processo penale. Giustizia e scienza: saperi diversi a confronto*, Giappichelli, 2006, p. 168; M. ROMANI, *Servizi di polizia internazionale*, cit., p. 37 s.

[9] D. CARCANO, *Norme comuni e norme internazionali sull'assistenza giudiziaria in materia penale*, in *Doc. giust.*, 2000, n. 6, c. 1050 s.; M.R. MARCHETTI, *L'assistenza giudiziaria internazionale*, Giuffrè, 2005, p. 14 s.; A. PERDUCA, *Le prospettive della cooperazione giudiziaria in Europa dopo Schengen*, in B. NASCIMBENE (a cura di), *Da Schengen a Maastricht*, cit., p. 61 s. E. SELVAGGI, *Il mandato europeo di arresto alla prova dei fatti*, in *Cass. pen*., 2002, p. 2979, rimarca che l'accordo di Schengen «ha aperto la strada a una circolazione delle prove tra gli stati membri (art. 39 commi 1 e 2)».

[10] Già nel 1977 Giscard d'Estaing (Presidente della Repubblica francese), durante il Consiglio Europeo di Bruxelles, osservava che «la costruzione dell'Unione Europea deve arricchirsi di un nuovo concetto, quello di "spazio giudiziario"»; si prendeva presto atto della necessità di semplificare progressivamente le procedure tradizionali di assistenza penale internazionale, a partire dall'estradizione e dell'esigenza di elaborare nuove tecniche, G. GRASSO, *Prospettive*, cit., p. 110 s. V. anche D.G. RINOLDI, *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, in U. DRAETTA-N. PARISI (a cura di), *Elementi di diritto*, cit., p. 13, che osserva come il sistema Schengen avesse «valorizzato la complementarità dei due piani di cooperazione: quello relativo alla creazione di uno spazio comune, entro il quale si potesse attuare pienamente il principio della libera circolazione delle persone; quello della protezione di questo spazio di libertà, sia all'atto dell'attraversamento delle sue frontiere esterne, sia nei confronti dell'esercizio di attività criminose al suo interno, dunque attraverso la cooperazione fra le autorità nazionali preposte alla prevenzione e repressione di queste attività». V. altresì G. ILLUMINATI, *L'armonizzazione della prova penale nell'Unione europea*, in ID. (a cura di), *Prova penale e Unione europea*, BUP, p. 10; A.

adottare misure compensative che, tuttavia, si sviluppano nell'area della cooperazione giudiziaria tradizionale incentrata sul principio della richiesta così da garantire piena discrezionalità agli Stati[11]. L'assistenza tradizionale è infatti connotata dal principio di reciprocità[12] e dalla circostanza che la sovranità nazionale è compressa solo in via volontaria[13].

Un ulteriore tassello del mosaico europeo è identificabile nel Trattato sull'Unione europea (TUE) firmato a Maastricht il 7 febbraio 1992 ed entrato in vigore il 1° novembre 1993, con il quale, superato l'originario approccio meramente mercantile, si è istituita l'Unione europea. A tale data è da far risalire l'inizio della cooperazione giudiziaria in materia penale sottratta all'area di operatività delle convenzioni internazionali *tout court*[14]. Il Trattato ha infatti

---

PASQUERO, *Mutuo riconoscimento delle decisioni penali: prove di federalismo. Modello europeo e statunitense a confronto*, Giuffrè, 2007, p. 3.

[11] L. SALAZAR, *La lotta alla criminalità nell'Unione: passi in avanti verso uno spazio giudiziario comune prima e dopo la Costituzione per l'Europa ed il Programma dell'Aia*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 3511. V. anche G. FIORELLI, *Nuovi orizzonti investigativi: l'ordine europeo d'indagine penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, p. 705 s.; G. MARCHETTI, *I recenti passi avanti compiuti dall'Unione europea nella direzione di un'armonizzazione dei sistemi penali. Aspetti positivi, profili problematici e prospettive di riforma*, Centro studi sul federalismo, novembre 2012, p. 13.

[12] Per l'evoluzione storica del principio, v. U. ALOISI-N. FINI, voce *Estradizione*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. VI, 1968, p. 1009 s.

[13] Lo strumento operativo attraverso cui realizzare questo tipo di cooperazione tradizionale è quello della convenzione internazionale che entra in vigore solo tra gli Stati che la ratificano: è evidente la massima discrezionalità e volontarietà degli Stati. Approfondisce i rapporti mutevoli tra Stato e Unione europea, B. PIATTOLI, *Cooperazione giudiziaria*, cit., p. 10 s.

[14] Secondo E. APRILE, *Diritto processuale penale europeo e internazionale*, Cedam, 2007, p. 26, a partire da tale momento cambia l'ottica che voleva la cooperazione tra Stati mediante specifici istituti sorretti da altrettanti specifici accordi atti a migliorare e favorire i meccanismi intergovernativi. Con il Trattato di Maastricht i progetti di rafforzamento della cooperazione giudiziaria in materia penale non possono «che presupporre una incondizionata accettazione del principio del mutuo riconoscimento dei provvedimenti giudiziari penali», il che si traduce, secondo l'Autore (*cit*., p. 26 s.), in tre direzioni: a) l'istituzione di alcune strutture che rendano più agevoli, rapidi ed efficaci i rapporti di cooperazione; b) la modifica delle norme riguardanti l'esecuzione delle richieste di consegna (da cui è scaturito il mandato d'arresto europeo); c) la selezione di nuovi criteri per risolvere i potenziali conflitti di giurisdizione. Al contempo, ricorda sempre E. APRILE (*cit*., p. 28), è stato avviato «un processo di uniformizzazione ovvero di armonizzazione». L. SALAZAR, *Le fonti tipiche dell'Unione europea*, in G. LA GRECA-M.R. MARCHETTI (a cura di), *Rogatorie penali e cooperazione giudiziaria internazionale*, Giappichelli, 2003, p. 56, sottolinea che grazie alla concettualizzazione del terzo pilastro (v. nel prosieguo) si sono sviluppati strumenti normativi «che presentano caratteristiche di spiccata originalità rispetto ai tradizionali strumenti delle convenzioni multilaterali o bilaterali»: sebbene, in origine, non si ritenne adeguato utilizzare «gli strumenti "tipici" del diritto comunitario», le posizioni comuni, le azioni comuni e la possibilità di elaborare convenzioni concesse al Consiglio dei ministri dell'Unione, rappresentavano un allontanamento dalle convenzioni *tout court*. V. anche A. PASQUERO, *Mutuo riconoscimento*, cit., p. 7 s.; R. SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell'Unione europea*, Giuffrè, 2005, p. 94 s. Secondo E. CATELANI, *Fonti del diritto e cooperazione giudiziaria penale*, in EAD., (a cura di), *L'ordinamento giuridico italiano nello*

previsto il c.d. terzo pilastro relativo alla cooperazione nei settori della giustizia e degli affari interni; la cooperazione in detti settori viene "istituzionalizzata"[15], dunque sottratta alla cooperazione politica tra gli Stati membri[16], indicando una correlazione tra l'obiettivo della creazione di un mercato senza frontiere interne e il fine di favorire, da un lato, la libera circolazione delle persone, dall'altro, l'intervento nel settore penale[17]. Tuttavia, il metodo adottato in seno al terzo pilastro è ancora quello intergovernativo. Le attività nell'area della cooperazione sono centralizzate e razionalizzate ma si consente che, tra un ridotto numero di Stati, possa continuare la cooperazione secondo il "modello" Schengen[18].

Con il Trattato di Amsterdam, firmato il 2 ottobre 1997 ed entrato in vigore il 1° maggio 1999, si vuole costruire un livello elevato di integrazione tra gli Stati membri che sia fondato sulla reciproca fiducia e sul rispetto dei diritti fondamentali[19]. È in seno al Trattato di Amsterdam che si individua un nuovo obiettivo dell'Unione rappresentato dalla volontà di mantenere e stabilire uno Spazio di libertà, sicurezza e giustizia[20]; avviene, inoltre, l'incorporazione

---

"Spazio di libertà, sicurezza e giustizia", Editoriale scientifica, 2014, p. 4 s., tali atti sono espressione di *soft law*.

[15] G. LATTANZI, *La nuova dimensione della cooperazione giudiziaria*, in *Doc. giust*., 2000, n. 6, c. 1039. V. anche E. APRILE-F. SPIEZIA, *I nuovi rapporti tra la giurisdizione penale italiana ed il diritto europeo*, in E. APRILE-F. SPIEZIA (a cura di), *Cooperazione giudiziaria nell'Unione europea prima e dopo il Trattato di Lisbona*, Ipsoa, 2009, p. 37; B. PIATTOLI, *Cooperazione giudiziaria*, cit., p. 65 s. A. CIAMPI, *Assunzione di prove penali all'estero in materia penale*, Cedam, 2003, p. 90 s., mette in luce che il nuovo quadro istituzionale favorisce la conclusione di nuovi strumenti normativi ma anche strumenti di controllo rispetto agli obblighi assunti.

[16] G. GRASSO, *Prospettive*, cit., p. 113.

[17] Cfr. F. FALATO, *Appunti di cooperazione giudiziaria penale*, ESI, 2012, p. 15; B. PIATTOLI, *Cooperazione giudiziaria*, cit., p. 9; T. RAFARACI, *Diritti fondamentali, giusto processo e primato del diritto UE*, in *Proc. pen. giust*., 2014, p. 3. V. anche G. GRASSO, *Prospettive*, cit., p. 114 s., secondo cui la costruzione di un'Europa senza frontiere interne fa emergere «da un lato, esigenze di una intensificata cooperazione giudiziaria tra gli Stati membri e, dall'altro, esigenze di armonizzazione di importanti settori del diritto penale». S. MARANELLA, *Cooperazione giudiziaria*, cit., p. 2, attribuisce al Trattato il ruolo di «vero tornante» nella cooperazione; l'art. 2, infatti, ha incluso tra gli obiettivi dell'Unione quello di «conservare e sviluppare l'Unione quale spazio di libertà, sicurezza e giustizia in cui sia assicurata la libera circolazione delle persone insieme a misure appropriate per quanto concerne i controlli alle frontiere esterne, l'asilo, l'immigrazione, la prevenzione della criminalità e la lotta contro quest'ultima».

[18] A. WEYEMBERGH, *Storia della cooperazione*, cit., p. 201 s.

[19] B. PIATTOLI, *Cooperazione giudiziaria*, cit., p. 80 s.

[20] L'Unione si fa carico di assicurare ai cittadini la sicurezza e la lotta alla criminalità. R.E. KOSTORIS, *Processo penale, diritto europeo e nuovi paradigmi del pluralismo giuridico postmoderno*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2015, p. 1179, precisa che l'idea dello «Spazio» risale alla cooperazione giudiziaria e di polizia del c.d. terzo pilastro (e al metodo intergovernativo) nel senso che la premessa ideale va ravvisata «nell'obiettivo di contrastare con "misure compensative" i flussi di criminalità transfrontaliera che l'attuazione del mercato interno e l'eliminazione dei controlli alle frontiere a seguito degli Accordi di

dell'*acquis* di Schengen all'interno dell'Unione[21]. In particolare, la cooperazione non è più concepita come compensazione dell'eliminazione delle barriere interne ma la costruzione dello Spazio è un obiettivo politico e strategico in sé[22]. La concettualizzazione di tale Spazio rappresenta la prima ferita al principio di stretta territorialità statuale in materia penale[23] perché si tratta di uno Spazio ulteriore – sovranazionale, appunto – rispetto a quello del territorio nazionale[24]. È nella vigenza del Trattato di Amsterdam, peraltro, che si conclude la Convenzione di assistenza penale fra gli Stati del 29 maggio 2000, fonte di innovativi istituti tesi a semplificare la cooperazione, ferma restando la natura di "assistenza" giudiziaria[25] e l'adozione del metodo intergovernativo[26] (v. cap. I, § 2).

Schengen avevano fatalmente incrementato»; in termini, ID., *Processo penale e paradigmi europei*, Giappichelli, 2018, p. 166, nt. 3. V. anche E. APRILE-F. SPIEZIA, *I nuovi rapporti*, cit., p. 39; S. BUZZELLI, voce *Processo penale europeo*, in *Enc. dir*., 2008, Annali, II, t. 1, p. 705 s.; L. SALAZAR, *La lotta alla criminalità*, cit., p. 3511.

[21] A. PASQUERO, *Mutuo riconoscimento*, cit., p. 12; B. PIATTOLI, *Cooperazione giudiziaria*, cit., p. 89 s.; M. ROMANI, *Servizi di polizia internazionale*, cit., p. 59 s.

[22] È interessante la notazione secondo cui il «il concetto di Spazio non abolisce il concetto di territorio nazionale, ma si aggiunge ad esso per chiarire che i territori nazionali che compongono l'Unione costituiscono un'unità geografica comune», così A. WEYEMBERGH, *Storia della cooperazione*, cit., p. 204. V. anche F. RUGGIERI, *Guida alla lettura e organizzazione dei contribuiti*, in EAD. (a cura di), *Processo penale e regole europee*, Giappichelli, 2017, p. 5. Sotto altra prospettiva si è osservato che «il concetto di "spazio" non fa riferimento ad un territorio, più o meno esteso, non è un grande luogo, ma, (...), un àmbito de-localizzato, così da alterare uno dei caratteri fisionomici del diritto moderno, ossia la territorialità» con la conseguenza che «una visione de-localizzata ad un singolo Stato consente una visione meno politica, meno settoriale e più tecnica, al fine di raggiungere un obiettivo comune», così E. CATELANI, *Fonti del diritto*, cit., p. 8.

[23] A. WEYEMBERGH, *Storia della cooperazione*, cit., p. 204. V. anche V. ESPOSITO, voce *Rapporti giurisdizionali con autorità straniere*, in *Enc. giur. Treccani*, XXV, Roma, 1991, p. 1.

[24] Sui rapporti spazio-territorio, S. BUZZELLI, voce *Processo penale europeo*, cit., p. 704.

[25] G. LATTANZI, *La dimensione*, cit., c. 1040, mette in luce che rimane sullo sfondo una concezione ispirata ad una forma di "concessione" nei confronti di un altro Stato mentre, rileva l'Autore, la logica sottesa allo Spazio di libertà, sicurezza e giustizia dovrebbe essere quella di realizzare l'obiettivo previsto dal Trattato nell'interesse comune di tutti gli Stati membri. V. anche B. PIATTOLI, *Cooperazione giudiziaria*, cit., p. 168 s.

[26] Come si è detto, con tale metodo – dove l'approccio politico prevale – gli Stati cooperano ma salvaguardano la propria sovranità, F. TRAPELLA, *Il provvedimento che attua la Convenzione di Bruxelles del 2000: una lunga gestazione e un destino incerto*, in *Proc. pen. giust.*, 2018**,** p. 117. V. anche O. DOMINIONI, *Considerazioni introduttive*, in AA.VV., *Investigazioni e prove transnazionali*, Giuffrè, 2017, p. 17 s. che identifica in due contrapposte ispirazioni politiche il fondamento della cooperazione intergovernativa: la «volontà di non intaccare la sovranità statale e le sue prerogative di potere punitivo e di potere giurisdizionale» da un lato e volontà di attribuire «primario rilievo costituzionale» alla «tutela dei diritti dei singoli».

Il Trattato di Amsterdam – innovando profondamente l'assetto istituzionale dell'Unione – conferisce al terzo pilastro[27] uno strumentario normativo caratteristico che sarà poi sorpassato dal Trattato di Lisbona[28]. Per realizzare un'integrazione più intensa tra gli Stati membri – immutata la diversità dei sistemi nazionali di giustizia penale – è previsto l'utilizzo delle decisioni-quadro e delle decisioni, conservando però la possibilità di utilizzare le posizioni comuni[29] e le convenzioni[30]. Le decisioni-quadro[31] sono preferite «*per il ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri*» (art. K.6, par. 2°, lett. *b* TUE) mentre le decisioni sono utilizzate per «*qualsiasi altro scopo coerente con gli obiettivi (…) escluso qualsiasi ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli stati membri*» (art. K.6, par. 2°, lett. *c* TUE).

[27] Approfondisce le caratteristiche giuridiche del c.d. terzo pilastro, E. PISTOIA, *Cooperazione penale nei rapporti fra diritto dell'Unione europea e diritto statale*, ESI, 2008, p. 40 s., nonché l'impatto sull'ordinamento giuridico interno, EAD., *cit*., p. 221 s. V. anche A. PASQUERO, *Mutuo riconoscimento*, cit., p. 10 s.; L. SALAZAR, *Le fonti tipiche dell'Unione europea*, cit., p. 63 s.

[28] La materia penale confinata nel terzo pilastro sta a significare che gli Stati membri hanno voluto conservare la piena sovranità nell'esercizio della funzione normativa in questo settore, secondo E. APRILE, *I rapporti tra diritto processuale penale e diritto dell'Unione europea, dopo la sentenza della Corte di giustizia sul «*caso Pupino*» in materia di incidente probatorio*, in *Cass. pen*., 2006, p. 1351.

[29] Le posizioni comuni «definiscono l'orientamento dell'Unione in merito ad una questione specifica» (art. K.6, par. 2, lett. *a* TUE).

[30] Art. K.6, par. 2, lett. *d* TUE.

[31] A. PASQUERO, *Mutuo riconoscimento*, cit., p. 30 s. Le decisioni-quadro sono obbligatorie per tutti gli Stati membri anche se prive di efficacia diretta e vincolano gli Stati quanto al risultato da ottenere; le autorità nazionali conservano discrezionalità in ordine alla forma e ai mezzi con i quali dare attuazione nel diritto interno. Le decisioni-quadro non hanno però efficacia diretta neppure quando sia precise e incondizionate. Si veda, tuttavia, quanto affermato dalla Corte di giustizia con la sentenza Pupino (Corte giust. CE, Grande Sezione, 16 giugno 2005, C-105/03, in *Cass. pen*., 2005, p. 3167 s.; in *G. dir*., 2005, n. 26, p. 67) che stabilisce un obbligo in capo al giudice nazionale di interpretare il diritto interno alla luce della lettera e dello scopo della decisione-quadro non trasposta, al fine di conseguire il risultato perseguito. In particolare la Corte di giustizia affermò che la competenza della stessa «sarebbe privata dell'aspetto essenziale del suo effetto utile se i singoli non avessero il diritto di far valere le decisioni-quadro al fine di ottenere un'interpretazione conforme del diritto nazionale dinanzi ai giudici degli Stati membri». Riguardo alla sentenza Pupino, v. A. FABBRICATORE, *Caso Pupino: sul riconoscimento dell'efficacia diretta delle deciisoni quadro*, in *Dir. pen. proc*., 2006, p. 540; V. MANES, *L'incidenza delle «decisioni-quadro» sull'interpretazione in materia penale: profili di diritto sostanziale*, in *Cass. pen*., 2006, p. 1331; F. VIGANÒ, *Recenti sviluppi in tema di rapporti tra diritto comunitario e diritto penale*, in *Dir. pen. proc*., 2005, p. 1433. Circa l'influenza del diritto dell'Unione sul diritto processuale penale interno, v. E. APRILE, *I rapporti tra diritto processuale penale*, cit., p. 1349 s. V. anche B. NASCIMBENE, *Le garanzie giurisdizionali nel quadro della cooperazione giudiziaria penale europea*, in *Dir. pen. proc*., 2009, p. 520 s.

Due anni più tardi, il Consiglio europeo di Tampere[32] (15 e 16 ottobre 1999) conclude i lavori con l'intendimento di rafforzare il settore del terzo pilastro di cui viene dichiarata la natura trasversale[33]; inoltre è ribadita l'esigenza di evitare che gli autori di crimini possano trarre vantaggio dalla diversità del sistemi giudiziari in vigore nei singoli Stati[34]. Due i principi fondamentali estraibili dal documento programmatico (successivamente ribaditi nei Programmi dell'Aja e di Stoccolma): si è affermato che il reciproco riconoscimento[35] delle decisioni giudiziarie[36] deve diventare il fondamento della cooperazione giudiziaria nell'Unione anche in materia penale[37] e che deve perseguirsi il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri[38].

---

[32] E. CALVANESE-G. DE AMICIS, *Le nuove frontiere della cooperazione giudiziaria penale nell'Unione europea*, in *Doc. giust*., 2000, n. 6, c. 1303 s.

[33] Si afferma che «tutte le competenze e gli strumenti di cui l'Unione dispone (…) devono essere sfruttati in maniera integrata e coerente per istituire lo Spazio di libertà, sicurezza e giustizia» e si aggiunge che «le tematiche della giustizia e degli affari interni devono essere integrate nella definizione e nell'attuazione di altre politiche e attività dell'Unione». Osserva J.A.E. VERVAELE, *L'europeizzazione del diritto penale e la dimensione penale dell'integrazione europea*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2005, p. 142, che è con il Consiglio europeo di Tampere che si ha il «primo forte impulso all'europeizzazione del diritto penale». V. anche A. PASQUERO, *Mutuo riconoscimento*, cit., p. 46 s.; B. PIATTOLI, *Cooperazione giudiziaria*, cit., p. 94 s.

[34] E. APRILE, *Diritto processuale penale europeo*, cit., p. 23.

[35] «Riconoscere una decisione emessa da un giudice penale di uno Stato Membro significa, infatti, attribuirle gli stessi effetti giuridici che verrebbero prodotti se fosse stata una decisione interna, senza il filtro dell'autorità politica che tradizionalmente presiede il vaglio della richiesta di cooperazione», così L. MARAFIOTI, *Orizzonti investigativi europei, assistenza giudiziaria e mutuo riconoscimento*, in T. BENE-L. LUPÀRIA-L. MARAFIOTI (a cura di), *L'ordine europeo di indagine. Criticità e prospettive*, Giappichelli, 2016, p. 11.

[36] Il principio deve applicarsi non solo rispetto alle sentenze ma a tutte le decisioni giudiziarie, compresi i provvedimenti relativi al sequestro e alla confisca di beni. Per le prove, si afferma che devono essere ammissibili dinanzi ai tribunali degli altri Stati membri, così A. CIAMPI, *Assunzione*, cit., p. 83; 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 d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, Giuffrè, 2011, p. 476.

[37] Assunto tale nuovo ruolo, il principio del reciproco riconoscimento è sdoganato rispetto all'obiettivo di rafforzare la sola libertà di iniziativa economica orientandosi, invece, a promuovere la potestà punitiva oltre i confini territoriali, oltre che a spingere in direzione di interventi normativi «di omogeneizzazione dei reati e delle garanzie procedurali», così F. FALATO, *Appunti di cooperazione giudiziaria penale*, cit., p. 17. T. RAFARACI, *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia nel crogiuolo della costruzione europea*, in ID., (a cura di), *L'area di libertà, sicurezza e giustizia. Alla ricerca di un equilibrio fra priorità repressive ed esigenze di garanzia*, Giuffrè, 2007, p. 13 s., sottolinea che il reciproco riconoscimento si fonda su «una professione di vicendevole fiducia tra gli Stati membri circa l'operato degli organi di ciascuno di essi, intesa come fattore in grado di neutralizzare ogni estraneità e diversità e di far sì, pertanto, che l'atto compiuto nell'uno Stato possa produrre i suoi effetti tipici dell'altro». B. PIATTOLI, *Cooperazione giudiziaria*, cit., p. 96, ricorda che pre-requisito del reciproco riconoscimento è che, pur nella diversità dei sistemi giudiziari, gli Stati assicurino «analoghi livelli di garanzie procedurali». M. CHIAVARIO, *Giustizia europea e processo penale: nuovi scenari e nuovi problemi*, in *Leg. pen.*, 2008, p. 468, osserva che «tra fiducia e armonizzazione ci deve essere interazione, non contrapposizione o sovrapposizione dell'una

Inoltre, il Consiglio europeo di Tampere realizza una prima forma di "unità provvisoria di cooperazione giudiziaria" (Pro-*Eurojust*)[39] che ha il compito di agevolare il coordinamento tra le autorità nazionali responsabili dell'azione penale, di prestare assistenza nelle indagini aventi ad oggetto la criminalità organizzata e di cooperare con la Rete giudiziaria europea[40].

Per quanto qui di interesse, il Trattato di Nizza, sottoscritto il 26 febbraio 2001 ed entrato in vigore il 1° febbraio 2003, attribuisce rilievo ad *Eurojust*[41]

---

sull'altra». In questo senso, v. anche E. APRILE-F. SPIEZIA, *I nuovi rapporti*, cit., p. 23, nt. 35; L. SALAZAR, *La lotta alla criminalità*, cit., p. 3511; A. WEYEMBERGH, *Storia della cooperazione*, cit., p. 209.

[38] Le ricadute pratiche di tali principi sono evidenti: l'accesso dei cittadini ai tribunali sarebbe agevolato se vi fosse una convergenza degli ordinamenti giuridici e se le sentenze e le altre decisioni adottate da ciascuna autorità giudiziaria nazionale fossero reciprocamente rispettate ed eseguite dall'autorità giudiziaria di un altro Stato membro. Secondo L. SALAZAR, *La lotta alla criminalità*, cit., p. 3519, l'affermazione di questi due principi può essere definita strategia del «doppio binario»: vi è «un'azione dichiaratamente incentrata sulla affermazione del principio del mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie, non disgiunta tuttavia dalla prosecuzione mirata del processo di armonizzazione, che deve anzi porsi con il primo in rapporto di equilibrata sinergia».

[39] Decisione 2000/799/GAI del 14 dicembre 2000. V. L. SALAZAR, *Eurojust: una prima realizzazione della decisione del Consiglio europeo di Tampere*, in *Doc. giust*., 2000, n. 6, c. 1339 s.

[40] La Rete giudiziaria europea è stata istituita con l'azione comune 98/428/GAI del 29 giugno 1998 e si compone di uno o più "punti di contatto" all'interno di ciascuno Stato membro, avente il compito di fornire dati e informazioni di ordine giuridico o pratico riguardo al proprio sistema giudiziario o a quello degli altri Stati membri, al fine di rendere più agevole la cooperazione giudiziaria. V. E. CALVANESE-G. DE AMICIS, *La rete giudiziaria europea: natura, problemi e prospettive*, in *Cass. pen*., 2001, p. 698 s.; G.C. CASELLI-G. DE AMICIS, *Il coordinamento delle indagini transnazionali fra assistenza giudiziaria ed indagini comuni*, in G. MELILLO-A. SPATARO-P.L. VIGNA (a cura di), *Il coordinamento delle indagini di criminalità organizzata e terrorismo*, Giuffrè, 2004, p. 173 s.; F. FALATO, *Appunti di cooperazione giudiziaria penale*, cit. p. 165 s.; B. PIATTOLI, *Cooperazione giudiziaria*, cit., p. 59 s.; E. SELVAGGI, *La rete giudiziaria europea: uno strumento per migliorare la cooperazione giudiziaria in materia penale*, in *Doc. giust*., 2000, n. 6, c. 1123; ID., *Le nuove forme della cooperazione: un ponte verso il futuro*, in G. LA GRECA-M.R. MARCHETTI (a cura di), *Rogatorie penali*, cit., p. 478 s.

[41] Già istituito dal Consiglio dell'Unione con la decisione 2002/187/GAI del 28 febbraio 2002 (entrata in vigore il 6 marzo 2002), *Eurojust* ha sede all'Aja ed è dotato di indipendenza e di personalità giuridica, ha natura di organo giudiziario e gestisce una propria banca dati. Lo Stato italiano ha dato attuazione alla decisione del Consiglio dell'Unione con la l. 14 marzo 2005, n. 41, prevedendo che il membro nazionale distaccato presso *Eurojust* sia nominato con decreto del ministro della giustizia e scelto tra i giudici o i magistrati del pubblico ministero che esercitano funzioni giudiziarie o che si trovino collocati temporaneamente fuori ruolo, ma che abbiano almeno venti anni di anzianità di servizio. In dottrina, v. E. CATELANI, *Fonti del diritto*, cit., p. 13 s.; G. DE AMICIS, *L'attuazione di* Eurojust *nell'ordinamento italiano*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 1439; ID., *La costruzione di* Eurojust *nell'ambito del «terzo pilastro» dell'Unione europea*, in *Cass. pen.*, 2001, p. 1964; F. DE LEO, *Da* Eurojust *al pubblico ministero europeo*, in *Cass. pen*., 2003, p. 1432 s.; E. SELVAGGI, *Le nuove forme della cooperazione*, cit., p. 480 s. Successivamente è intervenuta la decisione-quadro 2009/426/GAI del 16 dicembre 2008 (G.U. dell'Unione europea L 138/14 del 4 giugno 2009), v. F. SPIEZIA, *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, p. 2000 s. V. anche, A. MACRILLÒ, Eurojust *e l'attuazione degli accordi Onu contro il crimine organizzato transnazionale*, in L. FILIPPI-P. GUALTERI-P. MOSCARINI-A. SCALFATI, *La circolazione investigativa nello spazio giuridico europeo: strumenti, soggetti, risultati*, Cedam, 2010, p. 45 s.; P. MOSCARINI, *Eurojust e il pubblico ministero europeo: dal coordinamento*

come organismo protagonista del miglioramento della cooperazione giudiziaria penale e deputato al rafforzamento dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia.

2. (*Segue*) Dalla Costituzione europea al Trattato di Lisbona

Cronologicamente è poi seguito il Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa[42], firmato a Roma il 29 ottobre 2004 e naufragato nel 2009 a causa degli esiti negativi dei *referendum* in Francia e nei Paesi Bassi che hanno interrotto il processo di ratifica. Nondimeno, la c.d. Costituzione europea aveva previsto la soppressione della struttura a pilastri e l'adozione del "metodo comunitario" nello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia, ad eccezione di specifiche situazioni (tra cui, l'ammissibilità reciproca delle prove e altre questioni procedurali)[43]. Inoltre, il Trattato, raffigurandosi un ampio scenario, si prefigurava la costituzionalizzazione del principio del mutuo riconoscimento[44] e di *Eurojust*

---

investigativo alle indagini coordinate, in *Dir. pen. proc*., 2011, p. 638. Da ultimo, è entrato in vigore il Regolamento UE 2018/1727 del 14 novembre 2018 che istituisce l'Agenzia dell'Unione europea per la cooperazione giudiziaria penale (*Eurojust*) che sostituisce e abroga la decisione 2002/187/GAI del Consiglio (in G.U. L 295/138 del 21 novembre 2018); in proposito v. L. SALAZAR, *La riforma di Eurojust e i suoi riflessi sull'ordinamento italiano*, in *Dir. pen. cont*., 2019, 1, p. 43 s., nonché E. ZANETTI, *Nasce l'agenzia dell'Unione europea per la cooperazione giudiziaria penale,* in *Dir. proc. giust*., 2019, 2, on line.

[42] Sul tema, M. BARGIS, *Studi di diritto processuale penale. Questioni europee e ricadute italiane*, vol. II, 2ª ed., Giappichelli, 2007, p. 2 s. (EAD., *Costituzione per l'Europa e cooperazione giudiziaria penale in materia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 144 s.); G. DE AMICIS-G. IUZZOLINO, *Lo spazio comune di libertà, sicurezza e giustizia nelle disposizioni penali del Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa*, in *Cass. pen*., 2004, p. 3067 s.; V. GREVI, *Linee di cooperazione giudiziaria in materia penale nella Costituzione europea*, in ID., *Scritti sul processo penale e sull'ordinamento penitenziario*, vol. II, *Il codice di procedura penale del 1988*, t. II, Cedam, 2011, p. 1263 s.; M. PISANI, *Il «processo penale europeo»: problemi e prospettive*, in *Riv. dir. proc*., 2004, p. 676.

[43] Si riconosce il legame tra armonizzazione del diritto e della procedura penale e l'armonizzazione dei principi in materia di diritti fondamentali e giusto processo; v. J.A.E. VERVAELE, *L'europeizzazione del diritto penale*, cit., p. 129.

[44] G. DE AMICIS-G. IUZZOLINO, *Lo spazio comune di libertà, sicurezza e giustizia*, cit., p. 3067 s. Già la Relazione finale del Gruppo X, istituito in seno ai lavori per la Costituzione europea, aveva raggiunto una posizione unitaria, nel solco delle conclusioni del Consiglio di Tampere, riguardo al mutuo riconoscimento delle decisione giudiziarie e alla necessità di un ravvicinamento normativo, v. F. DE LEO, *La Convenzione sul Futuro dell'Europa e la cooperazione giudiziaria in materia penale*, in *Dir. pen. proc*., 2003, p. 377 s. L'Autore sottolinea che il gruppo di studio sembra prendere atto che il ravvicinamento delle normative non è solo un percorso alternativo rispetto a quello basato sulla fiducia reciproca bensì espressione di una visione realistica secondo cui solo «un certo grado di armonizzazione consente di accettare più facilmente i risultati raggiunti in un altro Stato». V. anche M. BARGIS, *Studi*, cit., p. 22 s.

nonché, limitatamente ai reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione, l'istituzione della Procura europea.

Successivamente il Consiglio europeo di Bruxelles (4 e 5 novembre 2004) elabora il Programma dell'Aja (2004)[45], programma quinquennale che enumera le priorità relative al rafforzamento della libertà, della sicurezza e della giustizia nell'Unione europea con particolare riferimento al rafforzamento della fiducia reciproca e alla cooperazione giudiziaria in materia penale. Il Consiglio riconosce che la cooperazione giudiziaria possa essere potenziata dal consolidamento della fiducia reciproca ma valorizza come tale fiducia debba «*trovare fondamento nella certezza che tutti i cittadini europei* [abbiano] *accesso ad un sistema giudiziario rispondente a livelli di qualità elevati*» e che sia necessario istituire «*un'efficace rete europea di formazione delle autorità giudiziarie*» funzionale alla «*valutazione obiettiva e imparziale dell'attuazione delle politiche dell'UE nel settore della giustizia*» (3.2.)[46].

Il Programma dell'Aja, poi, si focalizza sul reciproco riconoscimento e sul ravvicinamento delle legislazioni[47]. Quanto al reciproco riconoscimento – ritenuto fondamento della cooperazione giudiziaria – il Programma prende atto che «*presuppone l'elaborazione di norme equivalenti in materia di diritti processuali nei procedimenti penali*» (3.3.1.)[48]. Riguardo al ravvicinamento delle

[45] V. *Programma dell'Aja: rafforzamento della libertà, della sicurezza e della giustizia nell'Unione europea*, in G.C.U.E., 3 marzo 2005, n. C 53, p. 1 s. Il Programma dell'Aja si proponeva di sviluppare ulteriormente la nozione di Spazio penale europeo sancendo altresì il principio di disponibilità in materia di cooperazione di polizia teso a garantire la libera circolazione delle informazioni, A. WEYEMBERGH, *Storia della cooperazione*, p. 210. M. BARGIS, *Studi*, cit., p. 36 s., sottolinea che dinanzi al valore primario della sicurezza non possono essere recessive le «garanzie previste a tutela della libertà e dei diritti fondamentali» ritenendo che solo valorizzando questo polo della relazione «si potrà compiere il passo che separa l'Europa dei mercati dall'Europa dei diritti». V. anche F. SPIEZIA, *Le linee evolutive della cooperazione giudiziaria penale in ambito europeo*, in E. APRILE-F. SPIEZIA, *Cooperazione giudiziaria*, p. 169.

[46] V. 3.2. *Programma dell'Aja*.

[47] Secondo M. BARGIS, *op. ult. cit.*, p. 249, pur convivendo le due linee direttrici costituite dal mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie e dall'armonizzazione fra le legislazioni penali, dal Programma dell'Aja «pare emergere con maggiore nettezza un ruolo ausiliario dell'armonizzazione rispetto al principio del reciproco riconoscimento».

[48] Frutto del reciproco riconoscimento è, *in primis*, la decisione-quadro 2002/584/GAI del 13 giugno 2002 sul mandato di arresto europeo, cui sono seguiti, tra gli altri, la decisione-quadro 2003/577/GAI del 22 luglio 2003 relativa all'esecuzione nell'Unione europea dei provvedimenti di blocco dei beni o di sequestro probatorio, la decisione-quadro 2008/909/GAI del 27 novembre 2008 sul reciproco riconoscimento delle sentenze penali che irrogano pene detentive o misure privative della libertà

legislazioni – che agevola «*il reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie e delle sentenze e la cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale avente una dimensione transfrontaliera*» – il Programma si sofferma sul ravvicinamento del diritto penale sostanziale che «*riguarda aree di criminalità particolarmente grave con dimensione transfrontaliera*» (3.3.2.)[49]. Non solo: il programma dell'Aja afferma anche il "principio di disponibilità" nello scambio di informazioni[50].

Naufragato il progetto di Costituzione europea[51], il Trattato di Lisbona, firmato il 13 dicembre 2007 ed entrato in vigore il 1° dicembre 2009, costituisce l'ultimo tassello del processo di integrazione europea[52] e ripropone i contenuti là già previsti in materia di cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale.

L'art. 3 del TUE individua, tra gli obiettivi dell'Unione, la creazione di «*uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia senza frontiere interne in cui sia*

---

personale, la decisione-quadro 2008/978/GAI del 18 dicembre 2008 sul mandato di ricerca delle prove. V. F. BIANCO, *Mutuo riconoscimento e principio di legalità alla luce delle nuove competenze dell'Unione europea in materia penale*, in G. GRASSO-L. PICOTTI-R. SICURELLA (a cura di), *L'evoluzione del diritto penale*, cit., p. 173 s. Il principio del reciproco riconoscimento è stato poi codificato dal combinato disposto degli artt. 67, par. 3 e 82, par. 1 TFUE dal quale si evince, secondo F. FALATO, *Appunti di cooperazione giudiziaria penale*, cit., p. 114, che il «riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie» è «misura» idonea a garantire un elevato livello di sicurezza all'interno dell'Unione ed è «principio» su cui si fonda la cooperazione giudiziaria in materia penale in ambito unionale.

[49] Di qui l'iniziativa volta ad operare un ravvicinamento effettivo delle legislazioni quanto alla definizione di organizzazione criminale e delle relative sanzioni (proposta di decisione-quadro del Consiglio del 19 gennaio 2005 relativa alla lotta contro la criminalità organizzata).

[50] J.A.E. VERVAELE, *Il progetto di decisione quadro sul mandato di ricerca della prova*, in G. ILLUMINATI (a cura di), *Prova penale*, cit., p. 153. Il principio è riaffermato a proposito dell'ordine di indagine europeo (v. cap. III, § 2).

[51] S. ALLEGREZZA, *L'armonizzazione della prova penale alla luce del Trattato di Lisbona*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 3884, soprattutto nt. 8. Secondo A. GIARDA, *Un decennio di giustizia penale europea prima del Trattato di Lisbona*, in M.R. MARCHETTI (a cura di), *I nuovi orizzonti della giustizia penale europea*, Giuffrè, 2015, p. 29 s., il Trattato di Lisbona rappresenta un fallimento, perché si è persa l'opportunità di una Costituzione vera e propria per l'Europa. Mancando un ordinamento autonomo, sottolinea l'Autore, si perpetua il problema di «fonti normative eterogenee che nascono dalla giustapposizione tra diritto nazionale e diritto sovranazionale quali espressioni di strumentazioni organizzative che sono *Trattati* e non *Costituzioni*».

[52] Dal punto di vista istituzionale è abolita la struttura a pilastri, pertanto, la cooperazione di polizia e giudiziaria viene assoggettata al metodo comunitario anziché a quello intergovernativo; viene estesa, inoltre, la competenza della Corte di giustizia. In dottrina, v. S. ALLEGREZZA, *L'armonizzazione*, cit., p. 3884; E. APRILE-F. SPIEZIA, *I nuovi rapporti*, cit., p. 6 s.; C. SOTIS, *Il Trattato di Lisbona*, cit., p. 1151 s.; ID., *Le competenze penali dell'Unione previste nel Trattato di Lisbona: una lettura d'insieme*, in C.E. PALIERO-F. VIGANÒ (a cura di), *Europa e diritto penale*, Giuffrè, 2013, p. 43 s.

assicurata la libera circolazione delle persone»[53]. Con un'inversione di uno dei geni che hanno dato origine a un'entità nata come un'unione economica basata su valori mercantili (unione che ha sempre costituito il primario fine della Comunità), per gli scenari *post* Lisbona, il Trattato antepone lo Spazio di libertà sicurezza e giustizia al «mercato interno»[54]. Con la formale consacrazione all'interno del TUE, la materia penale non è più strumento ancillare di tutela degli interessi comunitari, bensì «strumento per la realizzazione di uno Spazio di Libertà, Sicurezza e Giustizia»[55].

Dal punto di vista strutturale e, per così dire, ontologico, il Trattato di Lisbona ha "comunitarizzato"[56] il settore della cooperazione giudiziaria penale[57].

---

[53] Cfr. D.G. RINOLDI, *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, cit., p. 2 s.; v. anche A. DI STASI, *Spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia e cooperazione giudiziaria in materia penale*, in L. KALB (a cura di), *"Spazio europeo di giustizia" e procedimento penale italiano*, Giappichelli, 2012, p. 10 s. S. BUZZELLI, voce *Processo penale europeo*, cit., p. 705 s., approfondisce separatamente i tre lemmi di quella che definisce "triade", le ambiguità interpretative (in breve: libertà fisica o libertà dei dati personali? *safety* o *security*? giustizia o giustiziabilità?) e le derive possibili (securitarismo, smantellamento del diritto alla riservatezza). F. RUGGIERI, *Guida alla lettura*, cit., p. 5, osserva che lo spazio giudiziario europeo «non è solo la somma delle singole sovranità degli Stati membri». T. RAFARACI, *Diritti fondamentali*, cit., p. 3, sottolinea che «Sapere di poter contare, in caso di rischio penale da affrontare in un Paese diverso dal proprio, su uno standard di garanzie essenziale costituisce un passaggio importante verso la creazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, contribuendo quanto meno a ridurre una sicura remora a spostarsi spontaneamente da un Paese a un altro dell'UE».

[54] Lo evidenzia, tra gli altri, C. AMALFITANO, *Spazio giudiziario europeo e libera circolazione delle decisioni penali*, in S.M. CARBONE-M. CHIAVARIO (a cura di), *Cooperazione giudiziaria civile e penale nel diritto dell'Unione europea*, Giappichelli, 2008, p. 42 s. V. anche N. PARISI, *Cooperazione fra le autorità nazionali ed europee incaricate "dell'applicazione della legge" nello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia. I principi fondanti la circolazione internazionale delle informazioni*, in R. DEL COCO-E. PISTOIA (a cura di), *Stranieri e giustizia penale. Problemi di perseguibilità e di garanzie nella normativa nazionale ed europea*, Cacucci, 2014, p. 106. Sottolinea le difficoltà di sviluppare un'altra Europa (rispetto a quella ispirata ai valori mercantili), *id est*, un'Europa dei diritti, S. BUZZELLI, voce *Processo penale europeo*, cit., p. 704, che ritiene che la «primigenitura» mercantile continui «a pesare sull'impianto delle garanzie individuali».

[55] Cfr. D.G. RINOLDI, *L'assetto dello «Spazio di libertà, sicurezza e giustizia» dopo il Trattato di Lisbona: elementi di continuità e di discontinuità*, in N. PARISI-M. FUMAGALLI MERAVIGLIA-A. SANTINI-D.G. RINOLDI (a cura di), *Scritti in onore di Ugo Draetta*, Editoriale Scientifica, 2011, p. 627 s. V. anche G. LATTANZI, *Introduzione*, in M.R. MARCHETTI (a cura di), *I nuovi orizzonti*, p. 3 s. F. SIRACUSANO, *Procedure di cooperazione giudiziaria e garanzie difensive: lungo la strada, a piccoli passi*, in *Arch. pen.*, 2016, 3, p. 2, osserva che il Trattato ha rappresentano «lo spartiacque rispetto a due modi di intendere la politica in ambito penale in Europa».

[56] Con il termine "comunitarizzazione" si intende propriamente il passaggio di un settore dal metodo intergovernativo a quello "comunitario" già appartenente al 1° pilastro dell'Unione europea e, poi, con la soppressione di questi ad opera del Trattato di Lisbona, all'Unione europea *tout court*; tale metodo implica il coinvolgimento delle istituzioni comunitarie.

[57] Parla di "trasmutazione" di istituti del diritto della cooperazione penale, G. DE AMICIS, *Dalle rogatorie all'ordine europeo di indagine: verso un nuovo diritto della cooperazione giudiziaria penale*, in *Cass. pen.*, 2018, p. 23. V. anche S. CAMPAILLA, *La "circolazione" giudiziaria europea dopo Lisbona*, in *Proc. pen. giust.*, 2011, p. 90 s.; G. DARAIO, *La circolazione della prova nello spazio giudiziario europeo*, in L.

Soppressa la struttura in pilastri[58] e superata la distinzione tra primo e terzo pilastro ne sono derivate una serie di rimodulazioni strutturali: basti pensare alla possibilità conferita alle Istituzioni europee di adottare atti normativi tipici del modello comunitario (regolamenti e direttive)[59] e al differente ruolo della Corte di Giustizia, la cui competenza è ampliata secondo gli artt. 251-281 TFUE[60]. Altresì, il Trattato di Lisbona ha esteso anche alla materia penale la possibilità di attivare procedure di infrazione per il mancato adeguamento degli Stati membri al diritto comunitario[61].

Sotto il profilo "contenutistico", relativamente alle attività di cooperazione, il Trattato ha cristallizzato il principio del mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie[62] e ha individuato le basi giuridiche in materia di ravvicinamento

---

KALB (a cura di), *"Spazio europeo di giustizia"*, cit., p. 522; R.E. KOSTORIS, *Processo penale*, cit., p. 1180 s.

[58] V. G. GRASSO, *La «competenza penale» dell'Unione Europea nel quadro del Trattato di Lisbona*, in G. GRASSO-L. PICOTTI-R. SICURELLA (a cura di), *L'evoluzione del diritto penale*, p. 684 s.; N. PARISI, *Cooperazione fra le autorità nazionali ed europee*, cit., p. 103 s.

[59] Le decisioni e le decisioni-quadro già adottate non perdono efficacia in forza della disciplina di diritto transitorio prevista dall'art. 9 del Titolo VII del Protocollo n. 36 allegato al Trattato che prevede una graduale sostituzione e aggiornamento delle decisioni-quadro con direttive; v. F. FALATO, *Appunti di cooperazione giudiziaria penale*, cit., p. 32 s. V. anche G. DARAIO, *La circolazione*, cit., p. 530; A. WEYEMBERGH, *Storia della cooperazione*, cit., p. 213. S. ALLEGREZZA, *L'armonizzazione*, cit., p. 3885, tra l'altro, evidenzia un profilo innovativo rispetto al progetto di Costituzione che è rappresentato dalla «possibilità di cooperazioni rafforzate, che nascono dall'accordo di almeno nove stati membri». V. anche G. GRASSO, *La «competenza penale»*, cit., p. 683 s.

[60] B. NASCIMBENE, *Le garanzie giurisdizionali*, cit., p. 522 s.; N. PARISI-D.G. RINOLDI, *Introduzione. Per un diritto penale europeo: i Trattati di Unione e sul suo funzionamento nonché la Carta dei diritti fondamentali*, in A. DAMATO-P. DE PASQUALE-N. PARISI (a cura di), *Argomenti di diritto penale europeo*, 2ª ed., Giappichelli, 2013, p. XV s.; A. WEYEMBERGH, *Storia della cooperazione*, cit., p. 214.

[61] E. SELVAGGI, *L'ordine europeo di indagine – EIO: come funziona?*, in *Cass. pen.*, 2018, p. 44.

[62] R.E. KOSTORIS, *Processo penale*, cit., p. 1197, precisa che in virtù del mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie si verifica una «ibridazione 'orizzontale'» tra Stato membro e Stato membro (quella verticale è tra Unione e Stati membri): in primo luogo viene definito «l'oggetto (ambiti e regole) dello strumento» derivante dall'innesto tra norma europea e norma nazionale di recepimento; successivamente, occorre "tradurre" i comandi normativi in atti concreti. Secondo l'Autore, dunque, si verifica uno «scambio di prodotti giudiziari confezionati secondo regole nazionali diverse»; in termini, ID., *Processo penale e paradigmi europei*, cit., p. 191 s. Sulla distinzione tra integrazione verticale e orizzontale, v. anche S. MARCOLINI, *La circolazione della prova nello spazio giudiziario europeo tra vecchi e nuovi modelli: la difficile convivenza tra efficienza e tutela*, in G. GRASSO-L. PICOTTI-R. SICURELLA (a cura di), *L'evoluzione del diritto penale*, cit., p. 536 s. Osserva S. MARANELLA, *Origine ed evoluzione della cooperazione giudiziaria in materia penale nell'Unione europea*, Parte II, in *Temi Romana*, 2015, 4, p. 19, che il principio del mutuo riconoscimento «è chiamato (...) a superare il tradizionale atteggiamento di "*national protectionism*" (...) fondato su una presunta inadeguatezza degli altri sistemi normativi»: in pratica il principio «impone allo Stato di destinazione di un "oggetto" (che ben può essere una sentenza ovvero una decisione) di rinunciare ad applicare a tale oggetto la propria normativa interna, in favore di quello dello Stato di provenienza». V. anche F. BIANCO, *Mutuo riconoscimento*, cit., p. 172 s.

delle legislazioni[63] (anche processuali)[64] attraverso l'importante innovazione della procedura legislativa ordinaria[65], ha rafforzato i poteri di *Eurojust*[66] e di *Europol* e ha profilato la figura del pubblico ministero europeo[67].

In particolare, nell'ottica di armonizzazione processuale, l'art. 82, par. 2° TFUE prevede la possibilità di adottare direttive contenenti "norme minime" [68] in

[63] Agli Stati membri è tuttavia concesso ricorrere al meccanismo interruttivo del c.d. "freno di emergenza" (*emergency brake*): lo Stato che ritenga che un progetto si ponga contro aspetti fondamentali del proprio sistema di giustizia penale, può ottenere la sospensione della procedura legislativa. V. F. BIANCO, *Mutuo riconoscimento*, cit., p. 200; G. DARAIO, *La circolazione*, cit., p. 532. Secondo A. WEYEMBERGH, *Storia della cooperazione*, cit., p. 216 s., il ravvicinamento è concepito dal Trattato di Lisbona «*solo in funzione servente*, per facilitare il mutuo riconoscimento e la cooperazione giudiziaria penale e di polizia» e in ciò ravvisa un limite all'art. 82 TFUE.

[64] L'art. 82 par. 1 TFUE dispone che, sotto il profilo processuale, debbano essere adottate misure intese a: «a) definire norme e procedure per assicurare il riconoscimento in tutta l'Unione di qualsiasi tipo di sentenza e di decisione giudiziaria; b) prevenire e risolvere i conflitti di giurisdizione tra gli Stati membri; c) sostenere la formazione dei magistrati e degli operatori giudiziari; d) facilitare la cooperazione tra le autorità giudiziarie o autorità omologhe degli Stati membri in relazione all'azione penale e all'esecuzione delle decisioni». V. D.G. RINOLDI, *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, cit., p. 67.

[65] Aver sottoposto l'area dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia alla procedura legislativa ordinaria determina un maggior coinvolgimento democratico nel processo decisionale, cfr. F. BIANCO, *Mutuo riconoscimento*, cit., p. 198. Nondimeno, ad evitare equivoci è necessario puntualizzare che, con il Trattato di Lisbona, l'Unione non ha spodestato (appropriandosene) la competenza legislativa dei singoli Stati membri, autolimitando la propria attività legislativa in osservanza dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità. L'Unione interviene con proprio atto solo se l'obiettivo perseguito non sia autonomamente realizzabile dagli Stati e l'Unione sia invece in grado di perseguirlo in modo migliore (sussidiarietà); inoltre, il contenuto e la forma dell'atto dell'Unione non deve travalicare quanto necessario per il conseguimento dell'obiettivo che l'azione si prefigge di raggiungere (proporzionalità). Come avverte G. DARAIO, *La circolazione*, cit., p. 532, dalla lettura degli artt. 67, par. 1 TFUE e 82, par. 2 TFUE emerge che le «istituzioni comunitarie detentrici della potestà normativa, prima di partorire direttive che avviino percorsi di integrazione suscettibili di incidere su aspetti fondamentali del sistema giuridico o della tradizione giuridica penale del singolo Stato membro» dovrebbero avviare un'attenta riflessione perché «l'esercizio della funzione giurisdizionale nel settore penale – che, come si sa, costituisce il nocciolo dello *jus imperii* dello Stato – si attua attraverso procedimenti che rappresentano spesso il precipitato di tradizioni giuridiche maturate attraverso la storia peculiare di ciascun Paese». V. anche R. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 14ª ed., Neldiritto, 2017, p. 105; T. RAFARACI, *Diritti fondamentali*, cit., p. 2. In termini di "cessione" limitata (e "guidata" dai principi di leale coopearzione, sussidiarietà, rispetto dell'identità nazionale e di proprorzionalità) delle quote di sovranità, v. anche G. STEA, *La cooperazione per la neutralizzazione del crimine transnazionale tra sovranità,* ne bis in idem *e cittadinanza*, in *Arch. pen*., 2019, 1, p. 7. Invece, secondo T. BENE, *L'ordine europeo di indagine: criticità e prospettive*, in T. BENE-L. LUPÀRIA-L. MARAFIOTI (a cura di), *L'ordine europeo di indagine*, cit., p. 2, è attuale la strategia dell'Unione volta ad erodere progressivamente le competenze dei legislatori nazionali.

[66] V. G. DE AMICIS, *Organismi europei di cooperazione e coordinamento investigativo*, in *Cass. pen*., 2016, p. 4586 s.; P. MOSCARINI, *Eurojust e il pubblico ministero europeo*, cit., p. 640.

[67] S. ALLEGREZZA, *L'armonizzazione*, cit., p. 3885 s., individua due possibili scenari delineati dal Trattato di Lisbona nella materia di interesse: uno che vede «come protagonista il principio del mutuo riconoscimento, pietra miliare del settore», l'altro, certamente più ambizioso che postula «la creazione di un pubblico ministero europeo» definito la «grande innovazione» del Trattato costituzionale. In termini, EAD., *L'armonizzazione della prova penale alla luce del Trattato di Lisbona*, in G. ILLUMINATI (a cura di), *Prova penale*, cit., p. 165.

tema di ammissibilità reciproca delle prove fra gli Stati membri i quali possono comunque mantenere o introdurre un livello più elevato di tutela delle persone. L'adozione di norme minime è espressamente finalizzata a «*facilitare il riconoscimento reciproco delle sentenze e delle decisioni giudiziarie*»[69].

Intravisto nel circolo virtuoso "norme minime comuni-incremento dell'affidamento nei sistemi altrui-più efficace collaborazione", il Programma di Stoccolma del 10 e 11 dicembre 2009[70] ribadisce la necessità di adottare norme minime comuni per facilitare il riconoscimento delle sentenze e delle decisioni giudiziarie nonché la cooperazione giudiziaria in materia penale[71]. Stabilita la

---

[68] Norme minime possono essere adottate anche riguardo i diritti della persona nella procedura penale, i diritti delle vittime della criminalità e altri elementi specifici della procedura penale, individuati dal Consiglio in via preliminare mediante una decisione; per adottare tale decisione il Consiglio delibera all'unanimità previa approvazione del Parlamento europeo. Già V. GREVI, *Linee di cooperazione giudiziaria*, cit., p. 1270 s., sottolineava che le «norme minime» sono uno «strumento *soft*» e rispettoso delle «differenze tra le tradizioni e gli ordinamenti giuridici» tra gli Stati membri e, dunque, rappresentano «una utile base di sperimentazione verso quel sistema comune di giustizia penale, che costituisce uno dei più urgenti punti di approdo del futuro ordinamento giuridico dell'Unione europea». V. anche M. BARGIS, *La cooperazione penale nell'Unione europea tra mutuo riconoscimento e armonizzazione: analisi e prospettive*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, p. 916. M. CHIAVARIO, *Giustizia europea*, cit., p. 468, afferma che le norme minime sono «regole intermedie fra i grandi principi e le regole procedurali di maggior dettaglio, giustamente da lasciare al legislatore nazionale». Del resto, nell'Unione europea rilevano i principi di sussidiarietà e proporzionalità sicché è comprensibile e coerente la scelta di riservare le regole di dettaglio alle normative degli Stati membri. Al riguardo, v. T. RAFARACI, *Diritti fondamentali*, cit., p. 2; F. SIRACUSANO, *Procedure di cooperazione*, cit., p. 7.

[69] Con l'art. 82, par. 2, primo periodo, TFUE, le istanze di mutuo riconoscimento e quelle di armonizzazione non sono rappresentate in modo alternativo e opposto bensì in modo da convergere tra loro, in questo senso, R.E. KOSTORIS, *Processo penale*, cit., 2015, p. 1200. S. RUGGERI, *Procedimento penale, diritto di difesa e garanzie partecipative nel diritto dell'Unione europea*, in *Dir. pen. cont*., 22 settembre 2015, p. 3, osserva che con il Trattato di Lisbona il cammino di europeizzazione della giustizia penale «non si limita più solo a settori del diritto penale transnazionale (le procedure di consegna, la prova transnazionale, ecc.) ma si estende anche all'armonizzazione del diritto processuale nazionale». Si sofferma sulla distinzione, anche terminologica, tra riconoscimento reciproco e ravvicinamento, A. DI STASI, *Spazio europeo di libertà*, cit., p. 20, la quale precisa che a proposito del principio del reciproco riconoscimento si parla di «attuazione» con ciò chiarendo che «la cooperazione giudiziaria in materia penale "include" il ravvicinamento normativo mentre la cooperazione "è fondata" sul principio del riconoscimento delle decisioni giudiziarie», segno, secondo l'Autrice, della consapevolezza delle «difficoltà nella realizzazione di una legislazione processuale penale comune, o anche solo omogenea» e, di contro, del «massiccio ricorso all'attuazione del principio del mutuo riconoscimento» secondo cui le istituzioni europee hanno legiferato. Anche S. ALLEGREZZA, *L'armonizzazione*, cit., p. 3887, sottolinea che «in un'ottica di mutuo riconoscimento è prioritario individuare gli ostacoli alla libera circolazione e rimuoverli» e aggiunge che deve essere bandito il metodo funzionalista che privilegia l'imposizione di un risultato piuttosto che l'elaborazione condivisa. In termini, v. EAD., *L'armonizzazione*, cit., p. 167.

[70] "*Programma di Stoccolma – Un'Europa aperta e sicura al servizio e a tutela dei cittadini*", adottato a Stoccolma il 10 e 11 dicembre 2009, pubblicato in G.U.U.E. C n. 115/2010.

[71] Punto 3.2. «Il riconoscimento reciproco ha come conseguenza che le decisioni pronunciate a livello nazionale hanno effetti, in particolare, sull'ordinamento giuridico degli altri Stati membri. Per poter sfruttare appieno queste realizzazioni sono pertanto necessarie misure volte ad accrescere la fiducia reciproca». Dunque, l'Unione «è chiamata a sostenere gli sforzi degli Stati membri volti a migliorare

tabella di marcia per il periodo 2010-2014, il Programma ha sottolineato come sia ineludibile «*un certo livello di ravvicinamento delle legislazioni per promuovere un'interpretazione comune delle questioni da parte di giudici e pubblici ministeri consentendo, in tal modo, che il principio di riconoscimento reciproco sia applicato correttamente tenuto conto delle differenze degli ordinamenti giuridici e delle tradizioni giuridiche degli Stati membri*» (punto 3.3.)[72].

In tale contesto sono maturate le iniziative aventi ad oggetto i diritti delle vittime[73] e degli imputati e indagati[74], quelle volte a consolidare il mutuo riconoscimento delle decisioni[75] e ad accrescere gli scambi di informazioni tra le autorità nonché il tentativo di approntare un sistema generale di acquisizione delle prove[76].

3. La genesi e il radicamento del principio di reciproco riconoscimento passando per la (non) armonizzazione

Si è detto come il fondamento delle forme più avanzate di cooperazione giudiziaria europea sia stato individuato, per la prima volta dal Consiglio europeo di Cardiff del 1998, nel principio del «mutuo riconoscimento»[77]; detto principio è

---

l'efficacia dei sistemi giudiziari nazionali, favorendo lo scambio di migliori prassi e lo sviluppo di progetti innovatori relativi alla modernizzazione della giustizia». In dottrina, v. A. WEYEMBERGH, *Storia della cooperazione*, cit., p. 219 s.

[72] G. DE AMICIS, *Dalle rogatorie*, cit., p. 22.

[73] V. direttiva 2012/29/UE che sostituisce la decisione-quadro del 2001.

[74] V. direttiva 2010/64/UE sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali; direttiva 2012/13/UE sul diritto all'informazione nell'ambito dei procedimenti penali; direttiva 2013/48/UE sul diritto al difensore; 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 minori indagati o imputati e la 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 m.a.e., A. WEYEMBERGH, *Storia della cooperazione*, cit., p. 219 s.

[75] Espressione del rafforzamento del mutuo riconoscimento sono le direttive 2011/99/UE sull'ordine di protezione europeo e la direttiva 2014/41/UE sull'ordine di indagine.

[76] Lo precisa S. MONTALDO, *A caccia di… prove. L'ordine europeo di indagine penale tra complesse stratificazioni normative e recepimento nell'ordinamento italiano*, in *Giur. pen*., 5 novembre 2017, p. 1 s.

[77] Le origini del principio vanno ricercate all'interno delle coordinate di base del mercato comune europeo (v. Corte Giust. C.E. 20 febbraio 1979, C-120/78, Rewe-Zentral, meglio noto come il caso *Cassis de Dijon*), v. R. BELFIORE, *La prova penale "raccolta" all'estero*, Aracne, 2014, p. 183.

diventato l'architrave del sistema europeo di cooperazione giudiziaria[78] e fa intravedere una volontà di evoluzione della cooperazione[79], da tradizionale verso uno "spazio di giustizia comune"[80]. Ciò ha segnato un mutamento (e un superamento) di paradigma rispetto al tradizionale «principio della richiesta»[81] che canonizzava i lenti e complessi strumenti di cooperazione tra Stati e organizzazioni internazionali e sovranazionali. In altri termini, la logica che ha ispirato il cambiamento nella cooperazione giudiziaria è stata quella di abbandonare il modello fondato sulla richiesta di assistenza (una forma di concessione legata al principio di reciprocità e alla cortesia internazionale) per lasciare spazio a una combinazione di moduli operativi diversi, genericamente caratterizzati da un'apertura di credito nei confronti degli altri Stati, ritenuti portatori di pari valori giuridici[82].

Il rafforzamento del processo avviato a Cardiff si è avuto con il Consiglio europeo di Tampere (15-16 ottobre 1999), pochi mesi dopo l'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam, che fissa il principio del reciproco riconoscimento delle

---

[78] G. MELILLO, *Il mutuo riconoscimento e la circolazione della prova*, in T. RAFARACI (a cura di), *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, cit., p. 466. V. anche O. MAZZA, *Il principio del mutuo riconoscimento nella giustizia penale, la mancata armonizzazione e il mito taumaturgico della giurisprudenza penale*, in *Riv. it. proc*., 2009, p. 394; ID., *Presunzione d'innocenza e diritto di difesa*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, p. 1401 s.; F. FALATO, *Appunti di cooperazione giudiziaria penale*, cit., p. 111 s. G. IUZZOLINO, voce *Mandato d'arresto europeo*, in *Enc. giur. Treccani*, Agg. XV, 2007, p. 1 s., afferma che il mutuo riconoscimento è configurato come un nuovo «ordine categoriale» applicabile ad ogni settore della cooperazione giudiziaria e ad ogni tipologia di provvedimento. L. SALAZAR, *La lotta alla criminalità*, cit., p. 3512, sottolinea non essere casuale che il principio venne evocato per la prima volta durante la Presidenza britannica, atteso che il Regno Unito è stato sempre contrario al processo di armonizzazione.

[79] R. BELFIORE, *La prova penale*, cit., p. 127, attribuisce al principio il passaggio fondamentale per l'evoluzione della cooperazione.

[80] G. BARROCU, sub *art. 696 c.p.p.*, cit., p. 3070, osserva che la cooperazione si è allargata oltre la tradizionale assistenza e sino a una «vera e propria cooperazione procedimentale».

[81] M. DANIELE, *Ricerca e formazione della prova*, in R.E. KOSTORIS (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, cit., p. 408; J.R. SPENCER, *Il principio del mutuo riconoscimento*, *ivi*, p. 316.

[82] G. DE AMICIS, *Cooperazione giudiziaria e criminalità transnazionale: l'esigenza del coordinamento investigativo*, in *Giur. mer.*, 2003, p. 2661, indica quali siano questi «moduli»: reciproco riconoscimento dei provvedimenti senza mediazioni governative, filtri e verifiche di legittimità, scambio reciproco di informazioni, dialogo rapido e diretto tra autorità giudiziarie, cooperazione di carattere «operativo» tramite un'attività spontanea di coordinamento investigativo. E. SELVAGGI, *Il mandato europeo*, cit., p. 2979, precisa al riguardo che, pur trovando collocazione all'interno dell'area della mutua assistenza, le previsioni che consentono la «trasmissione diretta delle rogatorie tra autorità giudiziarie» e quelle che disciplinano «indagini congiunte attraverso squadre investigative comuni» hanno «trasformato la cooperazione giudiziaria: dal concetto tradizionale di una assistenza essenzialmente intergovernativa essa è divenuta una cooperazione tra autorità giudiziarie, nella direzione inequivoca di una giustizia transnazionale». V. anche G. GRASSO, *Prospettive*, cit., p. 112.

decisioni giudiziarie e delle sentenze assumendo che il principio «*dovrebbe diventare il fondamento della cooperazione giudiziaria nell'Unione*»[83] invitando Consiglio e Commissione ad adottare un programma di misure per attuarlo[84]. L'attentato terroristico alle Torri gemelle dell'11 settembre 2001[85], seguito da quello in Spagna del 11 marzo 2004[86], uniti alla constatazione della dimensione transnazionale del crimine hanno, infine, impresso un'accelerazione all'utilizzo dello strumento del reciproco riconoscimento[87].

Così brevemente richiamata la cronistoria dei provvedimenti precedenti, occorre precisare che, con il Trattato di Lisbona – all'interno del perimetro della cooperazione giudiziaria penale europea contrassegnato dall'art. 82 TFUE – emergono due linee direttrici che orientano il legislatore europeo[88]: il mutuo

---

[83] Per le conclusioni della Presidenza, v. *Cass. pen.*, 2000, p. 302 s. M. BARGIS, *Studi*, cit., p. 224, osserva, in proposito, che «se da un lato il principio del reciproco riconoscimento assurgeva a fulcro della cooperazione giudiziaria», dall'altro «il ravvicinamento delle legislazioni» veniva definito necessario e affiancato al mutuo riconoscimento, senza chiarire se fosse necessario in sé oppure in funzione di quest'ultimo. V. anche R. BELFIORE, *Il mandato europeo di ricerca delle prove e l'assistenza giudiziaria nell'Unione europea*, in *Cass. pen*., 2008, p. 3895; G. DARAIO, *La circolazione,* cit., p. 513 s.; G. DE AMICIS, *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. 327.

[84] Osserva M. TROGU, sub *art. 1, D.lg. 21.6.2018, n. 108*, in A. MARANDOLA (a cura di), *Cooperazione giudiziaria penale*, Giuffrè, 2018, p. 1010, che le conclusioni non hanno «forza vincolante nell'ordinamento dell'Unione» perché appartengono alla categoria della c.d. *soft law*; nondimeno, questa natura «non ha impedito l'approvazione, tra il 2002 e il 2009, di varie decisioni-quadro fondate sul principio» ivi enunciato. Differente è ora il rango del principio del mutuo riconoscimento dopo la consacrazione contenuta nell'art. 82 TFUE.

[85] M. BARGIS-E. SELVAGGI, *Introduzione*, in M. BARGIS-E. SELVAGGI (a cura di), *Mandato d'arresto europeo: dall'estradizione alle procedure di consegna*, Giappichelli, 2005, p. VIII. Per il terrorismo internazionale degli anni '60, da cui la nascita – fuori dal quadro comunitario – del gruppo TREVI (Terrorismo, Radicalismo, Estremismo e Violenza internazionale), nel 1975, v. M. ROMANI, *Servizi di polizia internazionale*, cit., p. 42 s.

[86] L. SALAZAR, *La lotta alla criminalità*, cit., p. 3512. Mette in luce il rapporto con i fatti dell'11 settembre 2001 anche G. MELILLO, *Il principio del mutuo riconoscimento*, cit., p. 468, nonché G. BORGIA, *Pubblico ministero europeo: tra presente e passato, nuove prospettive alla luce dei recenti atti di terrorismo*, in *Arch. pen*., 2016, 2, p. 9.

[87] La prima attuazione europea del principio del mutuo riconoscimento all'interno di un sistema ancora connotato dal sistema della mutua assistenza è rintracciabile nella decisione-quadro del 13 giugno 2002 (2002/584/GAI) cui è seguita la legge di attuazione 22 aprile 2005, n. 69, avente ad oggetto il mandato di arresto europeo, v. M. BARGIS, *op. ult. cit*., p. IX.

[88] Individua le due linee direttrici già S. ALLEGREZZA, *Cooperazione giudiziaria, mutuo riconoscimento e circolazione della prova penale nello spazio giudiziario europeo*, in T. RAFARACI (a cura di), *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, cit., p. 695, a proposito della cooperazione *pre* Lisbona. Nello stesso senso anche F. DE LEO, *La Convenzione sul Futuro dell'Europa*, cit., p. 378, che fa riferimento a un «doppio binario di cooperazione, da porre sullo stesso piano, l'uno basato sulla fiducia nei sistemi giudiziari dei singoli Stati membri e l'altro basato su una prospettiva d'integrazione», nonché M. BARGIS, *Studi*, cit., p. 223. Secondo F. SIRACUSANO, *Tra mutuo riconoscimento e armonizzazione preventiva: quali prospettive per la circolazione della prova dichiarativa nell'ambito dell'Unione europea?*, in *Arch. pen*., 2012, 1, p.

riconoscimento delle decisioni giudiziarie e l'armonizzazione (o ravvicinamento) fra le legislazioni degli Stati membri[89].

Dal punto di vista contenutistico, la cooperazione europea ha optato visibilmente per un modello incentrato, *in primis*, sul mutuo riconoscimento. Infatti, preso atto delle criticità che connotano il modello di assistenza giudiziaria (elevata discrezionalità, filtri politici, canale diplomatico, procedure lente), la cooperazione – in seno all'Unione europea – è andata esplorando altre vie

---

15, si tratta di una «svolta epocale» perché il Trattato prende atto «dell'impossibilità per il mutuo riconoscimento – senza una preventiva opera di armonizzazione in alcuni settori "sensibili" – di reggere da solo il peso dell'Europa allargata e sempre più eterogenea (anche sotto il profilo delle regole probatorie)». Già in riferimento alla Costituzione europea si evidenziava il «rapporto di almeno tendenzialità strumentalità» tra l'esigenza del ravvicinamento tra gli ordinamenti penalistici statali e l'esigenza del riconoscimento reciproco delle rispettive decisioni giudiziarie, nel senso che la prima «si configura come una direttrice politica necessaria per soddisfare più agevolmente» la seconda (cfr. V. GREVI, *Linee di cooperazione giudiziaria*, cit., p. 1263 s.). Anche M. BARGIS, *Studi*, cit., p. 22 s., sempre in riferimento alla Costituzione per l'Europa, afferma che l'attuazione del reciproco riconoscimento sarebbe facilitata da «misure di armonizzazione tese a elevare il livello di fiducia fra Stati membri», fiducia che costituisce «presupposto indispensabile per l'operatività del suddetto principio». Nello specifico, secondo la Costituzione per l'Europa, l'armonizzazione – nei limiti di quanto necessario per facilitare il riconoscimento reciproco e la cooperazione di polizia e giudiziaria nelle questioni penali aventi dimensione transnazionale – doveva avvenire tramite "norme minime" che tenessero in considerazione le differenze tra le tradizioni e gli ordinamenti giuridici degli Stati membri: emerge che quello dell'armonizzazione era già un nodo nevralgico necessariamente da districare per superare la diffidenza degli Stati membri dell'Unione (V. M. BARGIS, *Studi*, cit., p. 26). Sempre in seno alla Costituzione per l'Europea era previsto un meccanismo in grado di sospendere la procedura legislativa: il c.d. *emergency brake*, un "freno di emergenza" azionabile quando un membro del Consiglio ritenesse che un progetto di legge quadro europea fosse idoneo ad incidere su aspetti fondamentali dell'ordinamento giudiziario penale di uno Stato membro.

[89] M. BARGIS, *Studi*, cit., p. 223, evidenzia che se è innegabile la «funzione ausiliaria, e per così dire propedeutica» della prospettiva dell'armonizzazione «rispetto al riconoscimento reciproco» nondimeno la prima risponde anche «a funzioni autonome»: quella di garantire ai cittadini europei un «livello elevato di sicurezza, in uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia» (art. 29 TUE) da perseguire anche mediante il «ravvicinamento, ove necessario, delle normative degli Stati membri». Cauto sull'armonizzazione intesa come possibile «globalizzazione procedurale» è E. AMODIO, *Giusto processo,* procès équitable *e* fair trial*: la riscoperta del giusnaturalismo processuale in Europa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, p. 106 s., che critica altresì l'enfasi delle formule quali "prova europea" e simili, formule evocative del pericolo «di una fuorviante semplificazione» sotto il «mantello dell'Europa» e avverte che l'armonizzazione dei sistemi processuali non deve tradursi «in una forzata omologazione che comporta arretramenti sul piano delle garanzie». L'Autore osserva inoltre che un modello processuale unico è ostacolato non tanto (o non solo) dalle differenti discipline ma anche da «strutture di fondo», quale lo *status* ordinamentale del pubblico ministero, *dominus* in Italia della fase delle indagini, la mancanza di una disciplina di garanzia per l'imputato nella fase *pre-trial* per quanto riguarda l'Inghilterra e, ancora, del principio francese secondo cui sul giudice grava la ricerca della verità materiale. V. anche L. MARAFIOTI, *Orizzonti investigativi*, cit., p. 15. S. ALLEGREZZA, *Cooperazione*, cit., p. 702, a proposito di armonizzazione, distingue tra ravvicinamento spontaneo in cui «la prossimità dei sistemi normativi può sorgere da una cultura giuridica condivisa, da convergenze anche spontanee, seppur embrionali, che contribuiscono a creare comuni paradigmi di riferimento», ravvicinamento indotto nel senso di imposto «al legislatore dall'ossequio dovuto agli impegni assunti in campo internazionale» e, infine, derivante dalla «unificazione di un determinato settore, ovvero dalla creazione in ambito sovranazionale di un *corpus* normativo condiviso». V. anche E. APRILE-F. SPIEZIA, *I nuovi rapporti*, cit., p. 18.

sempre più orientate a una presunta comunanza di valori e di fiducia con l'obiettivo di superare il modello tradizionale dell'assistenza giudiziaria piuttosto che impegnarsi nell'edificazione di un diritto processuale penale comune[90].

In generale, il principio del mutuo riconoscimento postula una fiducia reciproca[91] tra gli Stati (che «sottointende il superamento del "principio della richiesta"»)[92] i quali conservano e lasciano immutate le legislazioni interne; in altri termini, vincola gli Stati membri senza impegnarli a mutare la propria legislazione[93]; si comprende, dunque, come sia stato meglio accettato dagli Stati che lo hanno preferito all'armonizzazione (quale convergenza delle legislazioni

[90] O. MAZZA, *Presunzione d'innocenza*, cit., p. 1402. V. anche A. NIETO MARTÌN, *Modelli di organizzazione giudiziaria nel diritto penale europeo*, in C.E. PALIERO-F. VIGANÒ (a cura di), *Europa e diritto penale*, cit., p. 178.

[91] Precondizione del mutuo riconoscimento è una "fiducia reciproca" tra gli Stati (così G. DE AMICIS, *Dalle rogatorie*, cit., p. 24), nonché, secondo G. MELILLO, *Il mutuo riconoscimento*, cit., p. 468, «un certo grado di armonizzazione delle legislazioni sostanziali e processuali»; l'Autore precisa come il principio del mutuo riconoscimento possa essere utilizzato anche in assenza di armonizzazione. Circa la reciproca fiducia, S. ALLEGREZZA, *Cooperazione*, cit., p. 694, sottolinea trattarsi più di un obiettivo che di un dato acquisito. Anche G. FIORELLI, *Nuovi orizzonti investigativi*, cit., p. 707, precisa come «l'instaurazione di un clima di *confiance mutuelle* (…) non può darsi per acquisita, ma necessita di solide basi, di un sostrato di norme minime uniformi in grado di tener conto delle differenze esistenti tra i vari ordinamenti giuridici»; secondo l'Autrice, «la mancanza di un previo ravvicinamento delle legislazioni e delle prassi applicative – suscettibile di esporre a rischio di compressione le garanzie dell'individuo – fa, pertanto, della reciproca fiducia un obiettivo da raggiungere più che una premessa da cui muovere»; in termini, EAD., *Dimensione transfrontaliera della giustizia penale: l'ordine investigativo europeo*, in R. DEL COCO-E. PISTOIA (a cura di), *Stranieri e giustizia penale*, cit., p. 89. L. MARAFIOTI, *Orizzonti investigativi*, cit., p. 11, ricorda come il punto 3.1. della Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo sul riconoscimento reciproco delle decisioni definitive in materia penale del 26 luglio 2000, COM (2000) 495 def., evidenzi la duplice prospettiva della fiducia tra gli Stati: da un lato quella legislativa, relativa all'adeguatezza della normativa nazionale, dall'altro quella sul piano esecutivo e giudiziario, riguardo alla corretta applicazione da parte degli organi interni. Sotto ulteriore profilo, V. FAGGIANI, *Le crisi sistemiche dello Stato di diritto e i loro effetti sulla cooperazione giudiziaria nell'UE*, in *Dir. pen. cont*., 2019, 2, p. 208, mette in luce che il concetto di fiducia reciproca non è stato recepito nei Trattati né il diritto derivato o la Corte di giustizia ne hanno fornito una nozione chiara. Nondimeno il fondamento della fiducia reciproca può rinvenirsi, secondo l'Autrice, nell'art. 2 TUE, tra i «valori costituenti il nucleo duro del patrimonio costituzionale degli Stati dell'Unione». Prosegue spiegando che «la necessità di favorire l'adesione all'UE di un numero sempre maggiore di Stati per avanzare nel processo di integrazione rese necessario costruire la finzione della protezione equivalente, mediante il filtro del riconoscimento mutuo, nella speranza che anche i nuovi Stati raggiungessero rapidamente lo standard minimo richiesto». In dottrina, v. anche O. DOMINIONI, *Considerazioni introduttive*, cit., p. 18; E. CATELANI, *Fonti del diritto*, cit., p. 11; G. LASAGNI, *Profili critici sullo sviluppo della circolazione probatoria nell'Unione europea. Alcuni parametri di valutazione dei sistemi di cooperazione europei alla luce della direttiva OEI*, in M. CAIANIELLO-A. DI PIETRO (a cura di), *Indagini penali e amministrative in materia di frodi IVA e doganali*, Cacucci, 2016, p. 349; J.R. SPENCER, *Il principio del mutuo riconoscimento*, cit., p. 321.

[92] In argomento, T. BENE, *Direttive europee in tema di reciproco riconoscimento*, *Il Libro dell'Anno del diritto*, 2017, p. 684 s.

[93] Così O. MAZZA, *Presunzione d'innocenza*, cit., p. 1402. V. anche F. BIANCO, *Mutuo riconoscimento*, cit., p. 171 s.; G. FIORELLI, *Dimensione transfrontaliera*, cit., p. 89; R.E. KOSTORIS, *Processo penale*, cit., p. 1198; N. PARISI, *Cooperazione*, cit., p. 111 s.; A. PASQUERO, *Mutuo riconoscimento*, cit., p. 53 s.

di più Stati, secondo *standard* comuni agli stessi)[94]. Nondimeno, in forza del rapporto fiduciario sottostante al reciproco riconoscimento, gli Stati sono spinti a collaborare con ordinamenti aventi una legislazione diversa dalla propria[95].

Dal punto di vista pratico vi è un annullamento del filtro politico in favore del dialogo diretto tra autorità procedenti e, quindi, un passaggio dai rapporti politico-diplomatici a quelli giudiziari[96] insieme ad un'accelerazione dei tempi di esecuzione[97]: il reciproco riconoscimento impone ad uno Stato di prendere atto di una decisione giudiziaria emanata da una autorità giudiziaria di un altro Paese e

---

[94] In un'accezione logico-formale, l'armonizzazione è il «processo che conduce ad instaurare una relazione funzionale fra sistemi […] in maniera che essi, all'esito del processo, risultino compatibili l'uno con l'altro e coerenti con il contesto di riferimento, armonici appunto», così, S. MANACORDA, *L'armonizzazione dei sistemi penali: una introduzione*, in AA.VV., *La giustizia penale italiana nella prospettiva internazionale*, Giuffrè, 2000, p. 35. In un contesto prettamente giuridico, invece, per armonizzazione si intende «una tecnica normativa che persegue il ravvicinamento di ordinamenti tra loro diversi», così S. ALLEGREZZA, *Cooperazione*, cit., p. 702. V. anche F. FALATO, *Appunti di cooperazione giudiziaria penale*, cit., *passim.* Secondo un'altra definizione l'armonizzazione è «un processo nel quale diversi elementi sono combinati o adattati l'uno all'altro, in modo da formare un insieme coerente, conservando la loro peculiarità» (la definizione è attribuita a M. Boodman da S. GLESS, *Strategie e tecniche per l'armonizzazione della prova*, in G. ILLUMINATI (a cura di), *Prova penale*, cit., p. 145 s.). Dopo aver citato altre fonti, l'Autrice perviene alla conclusione che l'armonizzazione è al tempo una procedura e una condizione da realizzare. In un'altra prospettiva, M. BARGIS, *Studi*, cit., p. 226 s., distingue la «armonizzazione praticata a livello europeo tramite le decisioni-quadro e le correlate norme di adeguamento» dall'armonizzazione «per così dire "indotta" negli Stati membri dai parametri elaborati dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo» e, ancora, «l'armonizzazione collegata in via "diretta" a pronunce della Corte europea». S. MARCOLINI, *La circolazione della prova*, cit., p. 537, chiarisce che «l'armonizzazione può seguire percorsi assai diversi e può realizzarsi almeno secondo quattro modelli (maximum standard, better law, orientamento prevalente, minimo comune denominatore».

[95] Osserva G. DE AMICIS (*I primi anni di esperienza del mandato di arresto*, in AA.VV., *Processo penale e giustizia europea. Omaggio a Giovanni Conso*, cit., p. 268 s.) che il principio del mutuo riconoscimento «rappresenta, al tempo stesso, il "presupposto" ed il "fine" dell'attuale processo di trasformazione dei meccanismi di funzionamento della cooperazione giudiziaria: "presupposto", perché solo accettando la piena operatività del principio sarà possibile immaginare l'effettiva realizzazione di quello spazio giuridico europeo che costituisce uno dei principali obiettivi dell'UE; "fine", perché il completamento di tale «spazio», a sua volta, richiede proprio la definitiva affermazione di quel principio». C. AMALFITANO, *Spazio giudiziario*, cit., p. 46, osserva che per rafforzare la fiducia reciproca è necessario il ravvicinamento delle legislazioni nazionali perché strumento che riduce «il grado di "differenza" tra le legislazioni degli Stati membri, contribuisce ad aumentarne la fiducia reciproca», dunque, «facilita la rinuncia all'esercizio delle prerogative sovrane (...) e semplifica la libera circolazione delle decisioni penali». In questo senso v. anche S. ALLEGREZZA, *Cooperazione*, cit., p. 694 s. Critico è G. DARAIO, *La circolazione*, cit., p. 582, che si chiede se per far circolare la prova nel territorio europeo (e contrastare efficacemente la criminalità transnazionale) si possa prescindere da una «preventiva ed adeguata armonizzazione procedurale nel settore probatorio», concentrando le iniziative sull'applicazione del principio del mutuo riconoscimento o non sia invece necessario sfruttare «la potenzialità traslativa del risultato probatorio conseguito *ultra fines*» che dipende «dalla "qualità dell'accertamento" e, conseguentemente, dalla possibilità di verificare il metodo attraverso cui è raccolta la prova su cui si fonda la decisione riconosciuta».

[96] O. MAZZA, *Il principio del mutuo riconoscimento*, cit., p. 394. V. anche G. MELILLO, *Il principio del mutuo riconoscimento*, cit., p. 468 s.

[97] R. BELFIORE, *La prova penale*, cit., p. 223. È quanto emblematicamente si verifica con l'ordine di indagine europeo.

di accettarne gli effetti[98]. Si giustifica un siffatto meccanismo con il "dogma" dell'appartenenza alla medesima cultura giuridica[99] e dell'elevato grado di affidamento, tuttavia solo presunto dalla adesione di tutti gli Stati membri dell'Unione europea al Consiglio d'Europa[100].

Come si è detto, il principio è stato codificato dal Trattato di Lisbona che ha assorbito i contenuti della Costituzione europea[101]. L'intento è quello di pervenire ad un sistema di libera circolazione delle decisioni giudiziarie all'interno dell'Unione europea[102] e in sostituzione alle classiche relazioni

[98] E. SELVAGGI, *L'ordine europeo*, cit., p. 47, afferma che «il mutuo riconoscimento non costituisce solo il principio che informa i singoli atti comunitari che su di esso si fondano ma costituisce principio generale di diritto europeo che deve valere quale criterio interpretativo» e si accompagna con quello della «prevalenza del diritto europeo»: ciò evoca «la giurisprudenza della Corte di giustizia», *id est* «il *diritto europeo così come interpretato dalla Corte di giustizia*».

[99] Nel senso che l'Unione europea è «fattore formativo del diritto» e che «la tradizione europea è un sistema vitale, dinamico, sempre in movimento», v. F. FALATO, *Sistema integrato di fonti e di interpretazioni*, in F. FALATO-F. CARINGELLA (a cura di), *Scritti di cooperazione giudiziaria penale*, Dike giuridica, 2018, p. 3 s. Si interroga su un possibile denominatore comune imprescindibile per la costruzione di istituti ispirati al mutuo riconoscimento, O. DOMINIONI, *Considerazioni introduttive*, in AA.VV., *Investigazioni e prove transnazionali*, cit., p. 18.

[100] G. GRASSO, *Prospettive*, cit., p. 112. V. anche S. ALLEGREZZA, *Cooperazione*, cit., p. 694. G. ILLUMINATI, *Premessa*, in ID. (a cura di), *Prova penale*, cit., p. 6, sottolinea le difficoltà di costruire «una cultura giuridica europea, anche in materia penale» per evidenziare la connessione tra il fallimento dei tentativi di armonizzare i sistemi processuali nazionali e il più ampio spazio che ha trovato il principio del mutuo riconoscimento.

[101] In merito alla Costituzione per l'Europa, v. M. BARGIS, *Studi*, cit., p. 19. C. AMALFITANO, *Le prime direttive europee sul ravvicinamento "processuale": il diritto all'interpretazione, alla traduzione e all'informazione nei procedimenti penali*, in R. DEL COCO-E. PISTOIA (a cura di), *Stranieri e giustizia penale*, cit., p. 2, evidenzia come il Trattato di Lisbona, oltre a cristallizzare il principio a livello primario, «(*ii*) dedica una disposizione *ad hoc* al ravvicinamento delle legislazioni penali sotto il profilo sostanziale […]; (*iii*) conferisce all'Unione una competenza penale "accessoria" (art. 83, par. 2), legittimandola all'adozione di direttive contenenti norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni anche in settori di competenza dell'Unione […] che siano stati oggetto di misure di armonizzazione, qualora il ravvicinamento si riveli indispensabile […] per garantire l'attuazione efficace della politica dell'Unione nel settore volta a volta rilevante; (*iv*) rafforza il ruolo di *Eurojust* (art. 85) e prevede la possibile istituzione di una Procura europea, "a partire da *Eurojust*" (art. 86)». V. anche G. DE AMICIS, *Problemi e prospettive*, cit., p. 327; P. MOSCARINI, *Eurojust e il pubblico ministero europeo*, cit., p. 641; L. SALAZAR, *Di un sistema penale europeo (e dei suoi attori) prima e dopo il Trattato di Lisbona*, in G. GRASSO-L. PICOTTI-R. SICURELLA (a cura di), *L'evoluzione del diritto penale*, cit., p. 730.

[102] F. BIANCO, *Mutuo riconoscimento*, cit., p. 171. Secondo R.E. KOSTORIS, *Processo penale*, cit., p. 1199 s., è forte il rischio di «una risposta di tipo immunitario» perché i «prodotti giudiziari» non possono essere paragonati alle merci in quanto obbediscono «alle logiche interne dei loro ordinamenti di provenienza» che sono frutto di impostazioni ideali che non possono essere trasferiti con leggerezza da un contesto ad un altro, in assenza di una «omogeinizzazione delle legislazioni nazionali almeno su alcuni aspetti di fondo». Ulteriormente l'Autore (*cit.*, p. 1202) precisa che «chi è chiamato a recepire o a eseguire un prodotto formato all'estero deve adattarsi a trattare materiale di fattura anche molto diversa rispetto a quello che avrebbe confezionato a casa, in nome di un (male inteso) senso di 'fiducia', e con un livello di armonizzazione per il momento ancora troppo debole». In termini, ID., *Processo penale e paradigmi europei*, cit., p. 194. V. anche O. MAZZA, *Il principio del mutuo riconoscimento*, cit., p. 394 s. e p. 398 nonché J.R. SPENCER, *Il principio del mutuo riconoscimento*, cit., p. 318 s. che sottolinea che

esistenti. L'art. 82 del TFUE, infatti, sancisce che la «*cooperazione giudiziaria penale […] è fondata sul reciproco riconoscimento delle sentenze e delle decisioni giudiziarie*»[103] e «*include il ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri*».

Peraltro, il par. 2° dell'art. 82 TFUE ha individuato alcuni temi che potranno costituire oggetto di interventi di ravvicinamento normativo da parte del Parlamento europeo e del Consiglio secondo la procedura legislativa ordinaria. Tali interventi sono quelli all'emanazione di "norme minime" aventi ad oggetto i diritti della persona nella procedura penale, i diritti delle vittime della criminalità e l'ammissibilità reciproca delle prove tra gli Stati membri[104]. Secondo il par. 2° dell'art. 82 TFUE, le norme minime devono tener conto delle «*differenze tra le tradizioni giuridiche e gli ordinamenti giuridici degli Stati membri*»[105].

«mentre la libera circolazione delle merci esige che gli Stati membri si astengano dall'intervenire, la libera circolazione delle decisioni giudiziarie esige, al contrario, che queste siano recepite ed eseguite». L. MARAFIOTI, *Orizzonti investigativi*, cit., p. 14, sottolinea che la ragioni della difficoltà di far circolare la prova è data dalle differenze tra le tradizioni giuridiche nazionali in siffatta materia, che esprimono, peraltro, un proprio «contemperamento tra esigenze di accertamento, tutela dell'individuo ed efficienza processuale».

[103] F. RUGGIERI, *Dal principio del mutuo riconoscimento alle nuove prospettive della cooperazione in materia penale alla luce del Trattato di Lisbona. Il plus valore della creazione del pubblico ministero europeo*, in G. GRASSO-L. PICOTTI-R. SICURELLA (a cura di), *L'evoluzione del diritto penale*, cit., p. 460, evidenzia che le disposizioni dedicate alla cooperazione giudiziaria in materia penale «promuovono una più estesa armonizzazione della normativa di diritto penale sostanziale e processuale nazionale, ribadiscono l'importanza della reciproca fiducia tra gli ordinamenti dei Paesi che compongono l'Unione Europea e incentivano la creazione di organismi comuni». L'Autrice critica però come la figura del pubblico ministero europeo «al centro di questo campo di forze non sempre univocamente orientate» non sia «definita in modo inequivoco».

[104] Secondo C. AMALFITANO, *Le prime direttive europee*, cit., p. 4, si tratta di un compromesso rispetto al tentativo fallito di un approccio omnicomprensivo alla disciplina in materia. V. anche A. DAMATO, *Il diritto penale processuale*, in A. DAMATO-P. DE PASQUALE-N. PARISI (a cura di), *Argomenti*, cit., p. 1 s.; A. PASQUERO, *Mutuo riconoscimento*, cit., p. 1 s.; S. RUGGERI, *Procedimento penale*, cit., p. 3.

[105] Taluno ha evidenziato i rischi che porta con sé l'utilizzo delle direttive consentito dal Trattato di Lisbona per l'elaborazione di norme minime: l'armonizzazione, infatti, per chiara previsione normativa, deve tenere conto «delle differenze tra le tradizioni giuridiche e gli orientamenti giuridici degli Stati membri» e «non impedisce agli Stati membri di mantenere o introdurre un livello più elevato di tutela delle persone»: emerge così il tema della «ampiezza del margine nazionale di apprezzamento» (in questi termini, A. BALSAMO-S. RECCHIONE, *La costruzione di un modello europeo di prova dichiarativa: il "nuovo corso" della giurisprudenza e le prospettive aperte dal Trattato di Lisbona*, in *Cass. pen*., 2010, p. 3622). V. anche G. DE AMICIS, *Limiti e prospettive*, cit., p. 479 s., secondo il quale le norme minime non dovrebbero riguardare solo i criteri di ammissione e di trasferimento di alcune tipologie di prove ma prevedere un numero chiuso di norme di esclusione di determinate fonti di prova (*i.e*., le prove illecite in quanto contrarie ai principi fondamentali degli ordinamenti degli Stati membri); inoltre, secondo l'Autore dovrebbero esserci norme minime estese alla ricerca della prova nella fase pre-processuale.

Il rafforzamento della fiducia reciproca dovrà dunque essere favorito mediante il ravvicinamento delle legislazioni nazionali, strumento complementare al principio del reciproco riconoscimento[106]. Operando una riduzione della "differenza" tra le legislazioni degli Stati, il ravvicinamento contribuisce ad aumentare la fiducia reciproca. Si tratta di un "circolo virtuoso", per vero già individuato dal Programma di Stoccolma del 2009; infatti, il ravvicinamento facilita la rinuncia all'esercizio delle prerogative sovrane e semplifica la libera circolazione delle decisioni penali[107].

Si è osservato che la fiducia tra gli Stati, ingrediente fondamentale del meccanismo del mutuo riconoscimento, andrebbe coltivata non essendo un

---

[106] C. AMALFITANO, *Spazio giudiziario*, cit., p. 46 s. V. anche F. DE LEO, *La Convenzione sul Futuro dell'Europa*, cit., p. 378; R.E. KOSTORIS, *Processo penale*, cit., p. 1198; F. SIRACUSANO, *Tra mutuo riconoscimento e armonizzazione preventiva*, cit., p. 16. Criticamente G. ILLUMINATI, *L'armonizzazione della prova penale nell'Unione europea*, in ID. (a cura di), *Prova penale*, cit., p. 11, si chiede come debba essere concepita l'armonizzazione: se strumento destinato «ad oliare la macchina del processo penale per farla funzionare meglio, più in fretta e in maniera più efficiente» oppure se l'armonizzazione debba intendersi come «un valore in sé che deve dare luogo ad una scelta culturale, una scelta soprattutto identitaria rispetto a quello che vogliamo che sia l'Unione europea e a quello che significa essere cittadini dell'Unione europea».

[107] C. AMALFITANO, *Le prime direttive europee*, cit., p. 3. G. ILLUMINATI, *L'armonizzazione della prova penale*, cit., p. 12, prospetta la duplice possibilità che l'armonizzazione possa «rappresentare un incentivo al mutuo riconoscimento» ma anche «una via di fuga proprio per evitare l'armonizzazione». V. anche F. BIANCO, *Mutuo riconoscimento*, cit., p. 200 s.; A. DI STASI, *Spazio europeo di libertà*, cit., p. 51; B. NASCIMBENE, *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia a due anni dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2011, 4, p. 24. Sul nesso tra ravvicinamento e fiducia reciproca, già *pre* Lisbona, G. DE AMICIS, *Cooperazione giudiziaria*, cit., p. 2663, efficacemente sintetizza che se «l'armonizzazione facilita la cooperazione e la rende più rapida e snella, è pur vero che il coordinamento e l'intensificazione dei meccanismi di funzionamento della cooperazione sembrano in grado di avvicinare enormemente le prassi applicative ed il diritto vivente e i vari sistemi penali tra i quali emerge il bisogno di collaborazione» concludendo nel senso che «cooperazione giudiziaria, armonizzazione delle legislazioni e principio del reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie (...) vanno interpretati ed accettati come imprescindibili paradigmi di riferimento tra loro necessariamente interdipendenti». Secondo F. SIRACUSANO, *Tra semplificazione e ibridismo: insidie e aporie dell'Ordine europeo di indagine penale*, in *Arch. pen*., 2017, 3, p. 2, l'armonizzazione cui fa riferimento l'art. 82, par. 2 TFUE è da interpretare in «chiave funzionalistica»; pur con regole differenti ma «collegate fra di loro da un dispositivo che ne permetta una certa omologazione», è possibile un'armonizzazione «funzionale a rendere ammissibile la prova anche fuori dai confini nazionali». Ad avviso di M.M. PISANI, *Problemi di prova in materia penale. La proposta di direttiva sull'Ordine Europeo di Indagine*, in *Arch. pen*., 2011, 3, p. 35, «una estensiva applicazione del reciproco riconoscimento può seriamente realizzarsi soltanto a seguito di una vasta armonizzazione, altrimenti, quell'equilibrio bilanciato, tipico dell'ordinamento nazionale, s'infrange e, nella sovrapposizione di sistemi di natura diversi, si compromette la tutela dei diritti dell'individuo». V. anche V. MONETTI-L. SALAZAR, *Proposte specifiche in tema di cooperazione penale*, in G. AMATO-E. PACIOTTI (a cura di), *Verso l'Europa dei diritti*, Il Mulino, 2005, p. 105; T. RAFARACI, *Lo spazio di libertà*, cit., p. 14 s.; N. PARISI, *Cooperazione*, cit., p. 113; EAD., *Riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie penali*, confiance mutuelle *e armonizzazione delle garanzie procedurali negli Stati membri dell'Unione europea*, in N. PARISI-M. FUMAGALLI MERAVIGLIA-A. SANTINI-D.G. RINOLDI (a cura di), *Scritti in onore di Ugo Draetta*, cit., p. 503 s.

dogma assoluto[108] bensì il prodotto di una "valutazione positiva di fatti, circostanze, relazioni"[109], un giudizio presuntivo e ottimistico di affinità o derivante da precedenti che attestano un margine di garanzia. Inoltre, il principio del reciproco riconoscimento – nelle intenzioni iniziali – doveva essere solo il primo tassello di un disegno più complesso nel senso che a questo principio "ideale" doveva progressivamente accompagnarsi una armonizzazione delle legislazioni nazionali. La direttrice dell'armonizzazione però è rimasta "figlia di un dio minore"[110] rispetto a quella contrassegnata dalla fiducia reciproca che, obbedendo a una concezione più "ideale" di cooperazione, sembra essere meno problematica di un'azione di armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri[111].

Non vi è dubbio che l'utilizzo del principio di mutuo riconoscimento appaia più fluido quando vi sia una armonizzazione[112] delle legislazioni ma quest'ultima non ne costituisce un presupposto indefettibile, potendo il mutuo riconoscimento essere utilizzato anche in mancanza di armonizzazione e, addirittura, secondo

---

[108] S. ALLEGREZZA, *Cooperazione giudiziaria*, cit., p. 694; O. MAZZA, *Presunzione d'innocenza*, cit., p. 1402.

[109] Enc. Treccani, voce *fiducia*. V. anche E. CATELANI, *Fonti del diritto*, cit., p. 3.

[110] Secondo O. MAZZA, *Presunzione d'innocenza*, cit., p. 1402, la produzione normativa è eloquente e mostra come si sia data priorità agli atti normativi ispirati al principio del mutuo riconoscimento «mentre la decisione quadro sul rispetto dei diritti processuali dell'imputato, volta a introdurre regole di garanzia comuni, è rimasta arenata allo stato di proposta»; inoltre, «l'armonizzazione in ambito processuale si è manifestata solo con la decisione quadro relativa alla posizione della vittima».

[111] O. MAZZA, *Il principio del mutuo riconoscimento*, cit., p. 395, osserva che «se a livello teorico il reciproco riconoscimento postula l'armonizzazione, in pratica tale principio si presta ad essere impiegato in modo altrettanto efficace come succedaneo dell'armonizzazione stessa, sterilizzando il problema delle diversità esistenti fra i singoli ordinamenti degli Stati membri». V. anche ID., *Presunzione d'innocenza*, cit., p. 1402 s.

[112] S. GLESS, *Strategie e tecniche per l'armonizzazione*, cit., p. 148 s., distingue tre metodi di armonizzazione: a) l'approccio globale (regole uniformi per tutti gli Stati); b) l'armonizzazione attraverso il reciproco riconoscimento (del mezzo di prova e non del risultato probatorio); c) l'armonizzazione tramite la C.e.d.u. che ha individuato un possibile elemento di connessione nello *standard* di giusto processo (ma non riguardo specificamente alla prova). L'Autrice conclude nel senso che, esclusa una unificazione delle procedure penali europee, allo stato, solo il principio del mutuo riconoscimento dei mezzi di prova (e non del risultato probatorio) «come singolo elemento di informazione nel processo di accertamento del fatto» rappresenta una opzione possibile, sebbene si tratti di una conclusione cauta: «la prova deve realizzare uno scopo prettamente giuridico nel quadro di un ordinamento giuridico nazionale in prevalenza improntato ad una certa tradizione, la quale genera – tra l'altro – fiducia in una determinata procedura di accertamento del fatto». Non è solo un problema di "tradizioni": anche la C.e.d.u. può costituire un parametro di riferimento ma non basta, infatti, «la prova della colpevolezza deve basarsi su di una prova attendibile e "giusta" dal punto di vista di coloro che formulano l'imputazione a carico di chi è ritenuto responsabile». V. anche L. MARAFIOTI, *Orizzonti investigativi*, cit., p. 16.

alcuni, esserne un surrogato[113]. In proposito in dottrina è stato evidenziato che il mutuo riconoscimento «rischia di rimanere una espressione assiomatica» in mancanza di «parallelo processo di adeguato ravvicinamento normativo in materia di diritto penale, sostanziale e processuale, idoneo a sorreggere»[114] il principio del mutuo riconoscimento ed a creare le condizioni di «fiducia reciproca»[115]. Ciò è tanto più evidente riguardo alla prova penale che è strettamente legata alle peculiarità di un sistema processuale[116]. Sotto una prospettiva più pragmatica si è messo in luce come sia necessario un parallelo processo di ravvicinamento normativo per combattere efficacemente le forme di criminalità moderne, la mera cooperazione rivelandosi inadeguata a tal fine[117].

In conclusione, i tratti distintivi della cooperazione ispirata al modello del mutuo riconoscimento consistono nella trasmissione diretta delle richieste tra le autorità giudiziarie, senza filtri politici; la celerità dei tempi di evasione delle richieste; la tendenziale assenza di discrezionalità in capo all'autorità di esecuzione che può rifiutarla solo in presenza di un tassativo elenco di motivi di rifiuto[118]. Tali caratteristiche si trovano esplicitate nella disciplina dell'ordine di indagine europeo (v. cap. III, § 4).

4. Il reciproco riconoscimento e la prova: dal fallimento del m.e.r. alla direttiva 2014/41/UE

[113] G. MELILLO, *Il mutuo riconoscimento e la circolazione della prova*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 355. V. anche ID., *Il mutuo riconoscimento e la circolazione della prova*, in T. RAFARACI (a cura di), *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, cit., p. 468; F. SIRACUSANO, *Procedure di cooperazione*, cit., p. 9.
[114] Così, L. SALAZAR, *Di un sistema penale europeo*, cit., p. 730.
[115] L. SALAZAR, *op. ult. cit.*, p. 730. V. anche G. DARAIO, *La circolazione*, cit., p. 525; G. MELILLO, cit., p. 272; F. SPIEZIA, *Il coordinamento giudiziario*, cit., p. 1991.
[116] V. CAMPILONGO, *La circolazione della prova nel contesto europeo, tra mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie ed armonizzazione normativa*, in *Cass. pen.*, 2014, p. 709; F. SIRACUSANO, *Tra mutuo riconoscimento e armonizzazione preventiva*, cit., passim.
[117] A. BERNARDI, *Strategie per l'armonizzazione dei sistemi penali europei*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2002, p. 789 s.
[118] R. BELFIORE, *La prova penale*, cit., p. 223.

I primi strumenti ispirati al principio di reciproco riconoscimento per l'acquisizione delle prove[119] sono la decisione-quadro 2003/577/GAI del Consiglio per l'esecuzione, nell'Unione europea, di provvedimenti di blocco dei beni o di sequestro probatorio[120] e la decisione-quadro 2008/978/GAI del Consiglio disciplinante il mandato europeo di ricerca delle prove (c.d. m.e.r.)[121] che si applica solo alle prove preesistenti[122].

Se ne ricava come lo strumento normativo che si va ad esaminare – l'ordine di indagine europeo – abbia avuto un lungo periodo di gestazione malgrado fosse emersa da tempo la volontà-necessità di superare le numerose difficoltà del sistema rogatoriale[123]. Infatti, benché fosse chiara l'esigenza di individuare uno strumento idoneo a far circolare nello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia la prova formata (o da formare) all'interno di uno Stato membro[124], il primo tentativo in tal senso rappresentato dal mandato europeo di ricerca della prova si è rivelato, nei fatti, deludente sebbene abbia costituito il momento in cui

---

[119] S. GLESS, *Strategie e tecniche per l'armonizzazione*, cit., p. 147, ha cura di precisare che quando si discute di armonizzazione della prova in ambito europeo si fa riferimento ai mezzi di prova (*evidence*) e non al risultato probatorio (*proof*).

[120] La decisione «ha previsto la possibilità che gli Stati membri riconoscano ed eseguano immediatamente nel loro territorio provvedimenti di sequestro finalizzati all'acquisizione di fonti di prova ovvero alla successiva confisca», così G. DI PAOLO, *Lo Spazio di libertà, sicurezza e giustizia dell'UE: recenti novità sul fronte domestico e a livello europeo*, in *Cass. pen.*, 2016, p. 3023. V. anche G. DARAIO, *L'attuazione della d.q. 577/2003 sul reciproco riconoscimento dei provvedimenti di sequestro a fini di prova o di confisca*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, p. 1133. La decisione-quadro 2003/577/GAI è stata recepita in Italia con il d.lgs. 15 febbraio 2016, n. 35 e, in seguito sostituito dalla direttiva 2014/41/UE, recepita in Italia con d.l.gs. 21 giugno 2017, per quanto riguarda il sequestro probatorio; il sequestro a fini di confisca, invece, rimane disciplinato dalla decisione-quadro citata ma destinata ad essere sostituita, a decorrere dal 19 dicembre 2020, dal Regolamento 2018/1805, cfr. A.M. MAUGERI, *Il Regolamento (UE) 2018/1805 per il reciproco riconoscimento dei provvedimenti di congelamento e di confisca: una pietra angolare per la cooperazione e l'efficienza*, in *Dir. pen. cont*., 2019, 1, p. 36.

[121] Come si vedrà nel prosieguo, tra gli altri, F. SPIEZIA, *Le linee evolutive*, cit., p. 175, ritiene che la decisione-quadro sia deficitaria perché non ha «introdotto uno strumento "orizzontale" in materia di acquisizione degli elementi di prova».

[122] Si tratta di un sistema frammentario che rende difficile il compito delle autorità e al cui superamento è ispirata la direttiva sull'ordine di indagine europeo.

[123] I tentativi precedenti del legislatore hanno rappresentato «un'ottima palestra per l'articolazione dell'impianto normativo» dell'ordine di indagine europeo, così G. COLAIACOVO, *I nuovi orizzonti della giustizia penale europea – Convegno annuale dell'associazione fra gli studiosi del processo penale "G.D. Pisapia" – Milano, 24-26 ottobre 2014*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 1660, a proposito dell'intervento di M.R. MARCHETTI, *Oltre le rogatorie*, in EAD. (a cura di), *I nuovi orizzonti della giustizia penale europea*, cit., p. 207 s. Sull'inadeguatezza del sistema tradizionale rogatoriale, v., tra gli altri, B. PIATTOLI, *Cooperazione giudiziaria*, cit., p. 45.

[124] In merito alla circolazione della prova «occorre determinare che tipo di flessibilità abbiano i sistemi, nel travaso da un procedimento all'altro, e quale sia il valore della prova costituita altrove», in questi termini G. ILLUMINATI, *L'armonizzazione della prova penale*, cit., p. 14.

l'assistenza giudiziaria prefigurata dalle Convenzioni ha mutato fisionomia declinando in cooperazione; ciò in virtù dell'affermarsi del principio del mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie che si è allungato anche sulla prova[125].

Più precisamente, la decisione-quadro 2008/978/GAI del Consiglio dell'Unione europea del 18 dicembre 2008, relativa al mandato europeo di ricerca delle prove (m.e.r.) diretto all'acquisizione di oggetti, documenti e dati da utilizzare nei procedimenti penali, dopo negoziazioni complesse[126], è entrata in vigore il 19 gennaio 2009 ma non è mai stata recepita dall'Italia[127]. Il m.e.r. avrebbe dovuto consentire una riduzione dei tempi di assistenza giudiziaria[128],

---

[125] G. DARAIO, *La circolazione*, cit., p. 569. Secondo G. MELILLO, *Il principio del mutuo riconoscimento*, cit., p. 471, «trasferito sul terreno dell'assunzione e della successiva circolazione della prova, l'introduzione del principio del mutuo riconoscimento paga le difficoltà e i ritardi delle politiche di armonizzazione degli ordinamenti processuali». Anche F. SIRACUSANO, *Tra mutuo riconoscimento e armonizzazione preventiva*, cit., p. 6 s., attribuisce al m.e.r. l'attestazione della tendenza europea a privilegiare «il mutuo riconoscimento rispetto alla strada dell'armonizzazione». M.M. PISANI, *Problemi di prova*, cit., p. 17, in proposito, è categorica, là dove afferma che «l'adozione di uno strumento omnicomprensivo per l'applicazione del reciproco riconoscimento, in tema di prove, non è praticabile» perché, benché sia apprezzabile l'obiettivo «della semplificazione delle relazioni tra autorità giudiziarie, non ci si può limitare a prevedere una disciplina unica ed uguale per prove, mezzi di prova e mezzi di ricerca della prova, senza distinzione tra le fasi processuali, e tra autorità competenti allo svolgimento delle ricerche»; proiettandosi sul progetto di direttiva, l'Autrice ritiene indispensabile «limitare il campo di applicazione della direttiva a quegli atti di indagine richiesti da un'autorità giudiziaria, attraverso una decisione che sia anch'essa di natura giudiziaria, impugnabile (...) in entrambi gli Stati per questioni formali come per il merito, escludendo le attività di indagine di polizia e le operazioni di forze di polizia». V. altresì S. ALLEGREZZA, *Cooperazione*, cit., p. 704 s.

[126] Per un cenno alle difficili negoziazioni che hanno preceduto la decisione-quadro, v. J.A.E. VERVAELE, *Il progetto di decisione quadro*, cit., p. 153 s., nonché G. DE AMICIS, *Limiti e prospettive*, cit., p. 484, nt. 10.

[127] G. MELILLO, *Il principio del mutuo riconoscimento*, cit., p. 472 s. V. anche E. APRILE-F. SPIEZIA, *Cooperazione giudiziaria penale nell'Unione europea*, cit., p. 175; M. BARGIS, *Studi*, cit., p. 28 s.; R. BELFIORE, *La prova penale*, cit., p. 193 s.; EAD., *Il mandato europeo di ricerca delle prove*, cit., p. 3896 s.; G. DE AMICIS, *Il mandato europeo di ricerca delle prove: un'introduzione*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 3033; ID., *Limiti e prospettive*, cit., p. 491 s.; F. FALATO, *Appunti di cooperazione giudiziaria penale*, cit., p. 153 s.; G. FIORELLI, *Nuovi orizzonti investigativi*, cit., p. 709; A. MANGIARACINA, *La circolazione della prova dichiarativa in ambito nazionale ed europeo*, in *Giust. pen.*, 2010, III, c. 441 s.; **S**. MARANELLA, *Origine ed evoluzione*, cit., p. 21 s.; M.R. MARCHETTI, *Il mandato europeo di ricerca delle prove*, in P. CORSO-E. ZANETTI (a cura di), *Studi in onore di Mario Pisani, II*, La Tribuna, 2010, p. 369 s.; EAD., *Dalla Convenzione di assistenza giudiziaria in materia penale dell'Unione europea al mandato europeo di ricerca delle prove e all'ordine 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*, Giuffrè, 2011, p. 150 s.; M. PISANI, *Per un "mandato europeo di ricerca delle prove"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, p. 1534; ID., *Sul mandato europeo di ricerca delle prove*, *ivi*, 2006, p. 1147; ID., *La decisione quadro sul mandato europeo di ricerca delle prove*, *ivi*, 2009, p. 479; L. PULITO, *La circolazione della prova penale in Europa dopo il trattato di Lisbona*, in *Giust. pen.*, 2010, I, c. 378 s.; F. SPIEZIA, *Le linee evolutive*, cit., p. 175.

[128] Lo strumento, occorre ribadirlo, si colloca «nel filone dedicato all'assistenza giudiziaria», così M.R. MARCHETTI, *Il mandato europeo*, cit., p. 369.

tanto riguardo alle modalità di trasmissione[129] che alla fase di decisione[130] ed esecuzione[131]; ciò anche in considerazione del fatto che il m.e.r. riguardava «soltanto elementi probatori disponibili per l'autorità straniera antecedentemente alla richiesta»[132], circostanza che avrebbe permesso una riduzione dei tempi. Accanto ai due macro modelli di assunzione della prova all'estero consistenti nel "trasferimento probatorio" *ex* art. 78 disp. att. c.p.p.[133] e nella "raccolta delle prove" inter-nazionale attraverso strumenti tradizionali di assistenza giudiziaria (*in primis*, la rogatoria[134]), il c.d. m.e.r. si proponeva di costituire un ulteriore modello di "circolazione transnazionale" che si àncora, appunto, sul reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie, nel senso che conferisce efficacia a un provvedimento emesso da uno Stato ma eseguito nel territorio di un altro[135].

Più precisamente il mandato europeo di ricerca delle prove è una decisione giudiziaria emessa da un'autorità competente di uno Stato membro (di emissione) per far acquisire all'autorità competente di un altro Stato (di

---

[129] La trasmissione del mandato doveva avvenire direttamente tra le autorità giudiziarie degli Stati membri interessati. La trasmissione poteva essere agevolata dal ricorso ai punti di contatto della Rete giudiziaria europea, al fine di ottenere le necessarie informazioni dallo Stato di esecuzione.

[130] Il riconoscimento e l'esecuzione del m.e.r. dovevano avvenire in tempi ristretti e prefissati in modo tassativo sulla base delle regole processuali previste nell'ordinamento dello Stato richiesto per la ricerca e l'acquisizione della prova, salva l'opposizione di motivi di rifiuto o di rinvio dell'esecuzione espressamente individuati. L'obiettivo era quello di garantire una cooperazione "rapida, efficace e coerente", v. G. DE AMICIS, *Il mandato europeo di ricerca della prova*, cit., p. 3037 s. M.R. MARCHETTI, *Il mandato europeo*, cit., p. 370 s., sottolinea che l'innovazione introdotta dall'utilizzo del principio del reciproco riconoscimento avrebbe inciso «sensibilmente sulla funzionalità degli istituti imponendo l'esecuzione del provvedimento emesso (…): quindi non solo – e non tanto – un obbligo di prestare assistenza (…) quanto l'esclusione di qualsiasi valutazione sul merito del provvedimento da eseguire». Lo scopo di ridurre i margini di valutazione da parte dell'autorità giudiziaria richiesta era infatti quello di far sì che l'assistenza potesse raggiungere un certo «grado di rapidità ed effettività».

[131] Si prevedeva inoltre la possibilità di indicare espressamente l'esigenza di rispettare determinate forme e procedure secondo le regole dello Stato richiedente a cui lo stato richiesto doveva conformarsi salva la contrarietà ai principi fondamentali del proprio ordinamento giuridico, analogamente a quanto previsto dalla Convenzione MAP del 2000 (art. 4).

[132] Così, M. BARGIS, *Studi*, cit., p. 28; M.R. MARCHETTI, *Oltre le rogatorie*, cit., p. 213; EAD., *Il mandato europeo di ricerca delle prove*, cit., p. 369 s. A proposito dell'insufficienza del m.e.r., v. anche M. MENNA, *Mandato di ricerca della prova e sistemi probatori*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, p. 373 s. (ID., *Mandato di ricerca della prova e sistemi probatori*, in T. RAFARACI (a cura di), *La cooperazione di polizia e giudiziaria*, cit., p. 175 s.).

[133] Si utilizza una prova formata all'interno di un procedimento estero al di fuori del meccanismo rogatoriale, v. cap. I, § 8.

[134] V. cap. I § 3.

[135] In dottrina, V. CAMPILONGO, *La circolazione della prova*, cit., p. 712 s.; G. DE AMICIS, *Il mandato europeo di ricerca della prova*, cit., p. 3035 s.; M. PISANI, *La decisione-quadro sul mandato europeo di ricerca delle prove*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2009, p. 479 s.; ID., *Sul mandato europeo di ricerca delle prove*, *ivi*, 2006, p. 1149 s.

esecuzione) oggetti, documenti e dati presenti sul territorio dello Stato di esecuzione[136]. I procedimenti interessati dal m.e.r. sono i procedimenti penali e quelli penali-amministrativi, a condizione che siano previsti «*strumenti di impugnazione davanti al giudice penale, nonché procedimenti avviati dall'autorità giudiziaria in relazione a fatti punibili anche se non dal diritto penale*»[137]. L'euro mandato doveva essere compilato secondo il formulario allegato alla decisione-quadro e dotato di certificazione attestante l'esattezza delle informazioni in esso contenute, dunque, trasmesso dall'autorità giudiziaria di emissione direttamente a quella di esecuzione[138].

Nelle intenzioni, il m.e.r. avrebbe dovuto consentire la raccolta transnazionale della prova in modo rapido, efficace e coerente, tuttavia, il limite più vistoso del meccanismo[139] – che ne ha decretato il fallimento – è rappresentato dal ridotto ambito operativo: la decisione-quadro ha escluso espressamente dalla sua applicabilità le prove c.d. dinamiche (intercettazioni, audizione di persone informate sui fatti, ecc.) concentrandosi sull'acquisizione di prove precostituite (oggetti, documenti o dati reperibili in altri Stati) oltre che per la raccolta delle dichiarazioni delle persone presenti all'atto della sua esecuzione. Inoltre, il diverso ambito applicativo del m.e.r. rispetto al meccanismo della rogatoria, nella versione successiva alla Convenzione MAP del 2000, ha determinato la coesistenza di entrambi gli strumenti, con frammentazione della disciplina dovuta all'assenza di criteri di raccordo[140]. Infine, vi è chi ha

---

[136] R. BELFIORE, *La prova penale*, cit., p. 195 s.

[137] J.A.E. VERVAELE, *Il progetto di decisione quadro sul mandato di ricerca della prova*, cit., p. 156.

[138] G. DARAIO, *La circolazione*, cit., p. 571. S. MARANELLA, *Origine ed evoluzione,* cit., p. 21, sottolinea che una novità rilevante è rappresentata dall'aver eliminato «ogni fase di valutazione discrezionale politico/amministrativa» e ristretto «il momento di controllo giudiziario alla sola verifica della sussistenza di requisiti formali e ad un ristretto elenco tassativo di ipotesi in cui l'esecuzione può essere negata».

[139] Altresì si è criticata la mancanza di una «compiuta enunciazione dei diritti della difesa e la predisposizione di un sistema di rimedi atti ad impedire l'utilizzabilità degli elementi probatori raccolti in violazione di legge», così S. MARANELLA, *Origine ed evoluzione*, cit., p. 24 s. V. anche A. GUALAZZI, *Lineamenti europei del diritto di difesa*, in L. FILIPPI-P. GUALTIERI-P. MOSCARINI-A. SCALFATI (a cura di), *La circolazione investigativa*, cit., p. 205; S. RUGGERI, *Procedimento penale*, cit., p. 32.

[140] Sul mancato coordinamento, v. M. DANIELE, *Ricerca e formazione della prova*, cit., p. 418. V., anche, R. BELFIORE, *La prova penale*, cit., p. 201 s.; EAD., *Il mandato europeo di ricerca delle prove*, cit., p. 3901 s.; G. DE AMICIS, *Limiti e prospettive*, cit., p. 498; ID., *Il mandato europeo di ricerca della prova*, cit., p. 3041: nonostante i rilievi critici e denunciando i limiti oggettivi «in ordine al perimetro del suo campo di applicazione (...) e le molte ombre che si addensano sulla sua effettiva utilità», l'Autore ritiene

evidenziato problemi di coordinamento tra il sistema articolato dalla decisione-quadro e il modello accolto dal codice di procedura penale italiano in ordine al recupero di materiale probatorio pre-acquisito all'estero secondo il disposto degli artt. 238 c.p.p. e 78 disp. att. c.p.p.[141].

Riscontrata l'inadeguatezza del m.e.r.[142], soprattutto per la coesistenza di strumenti eterogenei[143], sulle sue macerie si sono gettate le basi per la costruzione di un sistema differente: il "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)[144] prospettava la possibilità di superare quel modello e di introdurre un unico strumento da utilizzare per tutte le attività istruttorie da svolgersi oltre i confini dello Stato del processo[145]. Il Libro verde passava in rassegna le norme vigenti distinguendo due categorie: quelle che disciplinano strumenti basati sull'assistenza giudiziaria[146] e quelli basati sul reciproco riconoscimento[147] e avvertiva del rischio concreto che la diversità dei fattori sia idonea a compromettere l'efficacia della cooperazione (peraltro, si sottolineava come gli strumenti di assistenza giudiziaria fossero lenti e poco

---

che il m.e.r. abbia costituito un momento significativo «nel processo di costruzione di un sistema europeo integrato di raccolta e circolazione delle fonti di prova, obbligando i legislatori nazionali ad una revisione critica del tradizionale assetto dei rispettivi ordinamenti».

[141] R. BELFIORE, *Il mandato europeo di ricerca delle prove*, cit., p. 3898 s., fa riferimento, in particolare, alle disposizioni che richiedono che le prove dell'altro procedimento siano state assunte in incidente probatorio o in dibattimento e comunque formate davanti a un organo imparziale e nel contraddittorio nonché, nel caso di prove dichiarative, che il difensore dell'imputato abbia partecipato all'assunzione nella prova nel processo di origine.

[142] Il Regolamento 2016/95 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 gennaio 2016, relativo all'abrogazione di alcuni atti nel settore della cooperazione di polizia e della cooperazione giudiziaria in materia penale (G.U.U.E., 2 febbraio 2016, L 26/9) ha abrogato formalmente la decisione-quadro.

[143] V. la decisione-quadro 2003/577/GAI concernente l'esecuzione nell'Unione europea di provvedimenti di blocco di beni o di sequestro probatorio, la Convenzione di Bruxelles del 29 maggio 2000, la Convenzione europea di Strasburgo del 20 aprile 1959.

[144] S. MARCOLINI, *La circolazione della prova*, cit., p. 539 s. V. anche M. CAIANIELLO, *Verso l'attuazione della direttiva UE sull'ordine europeo di indagine penale*, in M. CAIANIELLO-A. DI PIETRO (a cura di), *Indagini penali e amministrative*, cit., p. 305; G. DE AMICIS, *Limiti e prospettive*, cit., p. 501; F. FALATO, *Appunti di cooperazione giudiziaria penale*, cit., p. 159; A. MANGIARACINA, *La circolazione della prova dichiarativa*, cit., c. 445 s.; M.M. PISANI, *Problemi di prova*, cit., p. 3.

[145] M. DANIELE, *Ricerca e formazione della prova*, cit., p. 418.

[146] La Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale di Strasburgo del 20 aprile 1959, la Convenzione relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea di Bruxelles del 29 maggio 2000, la Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen tra i governi degli Stati dell'Unione economica Benelux, della Repubblica federale di Germania e della Repubblica francese relativo all'eliminazione graduale dei controlli alle frontiere comuni del 19 giugno 1990.

[147] Decisione-quadro 2008/978/GAI del Consiglio relativa al mandato europeo di ricerca delle prove.

efficaci e non prevedano moduli *standard* mentre quelli basati sul reciproco riconoscimento siano insoddisfacenti nella misura in cui riguardano solo determinati tipi di prove). Oggetto specifico di attenzione del Libro verde è anche il problema dell'ammissibilità delle prove[148] che, negli strumenti allora vigenti, era affrontato solo in via indiretta, nulla disponendo circa regole comuni per la raccolta delle prove; in proposito il Libro verde suggeriva l'adozione di norme comuni[149].

In breve, preso atto della frammentazione del quadro giuridico che contemplava strumenti basati su principi eterogenei, maturava dapprima l'esigenza di sostituire la disciplina con un unico strumento basato sì sul principio del reciproco riconoscimento ma esteso a tutti i tipi di prova (salva la possibilità di predisporre specifiche disposizioni per determinate prove).

Di poco successiva è l'iniziativa, avviata il 28 aprile 2010 da otto Stati membri (Belgio, Bulgaria, Estonia, Spagna, Lussemburgo, Austria, Slovenia e Svezia)[150], che ha portato alla proposta di direttiva[151] concernente l'ordine investigativo europeo con l'obiettivo di sostituire tutti gli strumenti di cooperazione nella materia *de qua*[152].

---

[148] «Le regole sull'ammissione ed esclusione della prova sono centrali in qualunque processo: in particolare nei processi penali, ove l'esercizio di poteri istruttori entra spesso in collisione con le libertà fondamentali. Inoltre attraverso il giudizio di pertinenza/rilevanza si definisce il *thema probandum*, che risulta determinante del contenuto dell'accertamento e quindi della sua efficacia»: in questo senso G. ILLUMINATI, *L'armonizzazione della prova penale*, cit., p. 13. V. anche S. TESORIERO, *La cooperazione transnazionale nelle indagini in materia di frodi IVA e doganali: strumenti tradizionali e nuove opportunità*, in M. CAIANIELLO-A. DI PIETRO (a cura di), *Indagini penali e amministrative*, cit., p. 54, secondo cui le omissioni del legislatore europeo riguardo la disciplina del regime di ammissibilità della prova rivelano tanto le difficoltà pratiche dovute alla diversità dei sistemi giuridici nazionali ma altresì le difficoltà politico-culturali, considerato che le regole probatorie sono il prodotto, ritenuto irrinunciabile, di ciascun legislatore nazionale, che implica un peculiare bilanciamento di valori.

[149] Su questo profilo, critico, rispetto alla direttiva 2014/41/UE che in parte opera in tal senso, è A. BALSAMO, *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*, cit., p. 230, che riscontra come al nuovo strumento non si sia accompagnata una «contestuale armonizzazione delle regole di acquisizione e di utilizzazione delle prove». V. anche T. BENE, *L'ordine europeo*, cit., p. 2.

[150] M. CAIANIELLO, *Verso l'attuazione*, cit., p. 306; G. DE AMICIS, *Limiti e prospettive*, cit., p. 505; F. FALATO, *Appunti di cooperazione giudiziaria penale*, cit., p. 160.

[151] M. BARGIS, *La cooperazione penale nell'Unione europea*, cit., p. 919 s.; G. FIORELLI, *Dimensione transfrontaliera*, cit., p. 92 s. V. anche, per una critica alla proposta, G. DE AMICIS, *L'ordine europeo di indagine*, europeanrights.eu, 15 luglio 2010; M.M. PISANI, *Problemi di prova*, cit., p. 7 s.

[152] Tali strumenti sono la Convenzione europea sulla mutua assistenza giudiziaria penale del 20 aprile 1959, la Convenzione di applicazione degli Accordi di Schengen del 19 giugno 1990; la Convenzione sulla mutua assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea del 29

L'ultimo strumento normativo eurounitario sul tema è, appunto, costituito dalla direttiva 2014/41/UE relativa all'ordine di indagine europeo, con lo scopo di razionalizzare e snellire gli istituti così da semplificarne e accelerarne le procedure[153]: la direttiva ha previsto che l'ordine possa essere utilizzato per cercare e formare qualsiasi tipologia di prova[154] (con l'eccezione delle attività svolte dalle squadre investigative comuni)[155], sostituendo e superando così le disposizioni previste dagli altri strumenti di assistenza giudiziaria[156].

5. Il microcosmo delle squadre investigative comuni

Accanto a forme di assistenza operativa per la ricerca e l'assunzione di prove all'estero, vi sono altre forme di cooperazione "non rogatoriale", precipuamente finalizzate all'accertamento e alla repressione di fenomeni criminali a carattere transnazionale[157]. Un cenno deve essere fatto a tali forme investigative perché il provvedimento che disciplina l'ordine di indagine europeo le menziona espressamente, come verrà presto chiarito[158], in punto limiti all'applicabilità della direttiva a tali strumenti.

---

maggio 2000; la decisione-quadro 2003/577/GAI del 22 luglio 2003 sul congelamento dei beni da sottoporre a sequestro e confisca, la decisione-quadro 2008/978/GAI del 18 dicembre 2008 sul mandato europeo di ricerca delle prove.

[153] Cfr. M.R. MARCHETTI, *Progetti di riforma sulla cooperazione internazionale*, cit., p. 677.

[154] Si tratta, secondo R. BELFIORE, *Riflessioni a margine della direttiva sull'ordine europeo di indagine penale*, in *Cass. pen*., 2015, p. 3288 s., di un segno di rottura rispetto alla decisione-quadro sul mandato di ricerca della prova.

[155] Lo sottolinea M. DANIELE, *Ricerca e formazione della prova*, cit., p. 418.

[156] Cfr. R. BELFIORE, *Riflessioni a margine della direttiva*, cit., p. 3289. In dottrina, v. anche A. BALSAMO, *Verso un modello di prova dichiarativa europea*, cit., 2015, p. 229; 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; L. CAMALDO-F. CERQUA, *La direttiva sull'ordine europeo di indagine penale: le nuove prospettive per la libera circolazione delle prove*, in *Cass. pen*., 2014, p. 3511 s.; M. DANIELE, *Ordine europeo di indagine*, in AA.VV., *Investigazioni e prove transnazionali*, cit., p. 53 s.; M.R. MARCHETTI, *Prospettive di riforma del libro XI c.p.p., ivi*, p. 31 s. Secondo A. SCALFATI, *Note minime su cooperazione investigativa e mutuo riconoscimento*, in *Proc. pen. giust*., 2017, p. 217, la direttiva ha l'obiettivo di rivisitare e raggruppare le discipline aventi ad oggetto la circolazione probatoria (ad eccezione del regime delle squadre investigative comuni, v. cap. III).

[157] In argomento, T. BENE, *Direttive europee*, cit., p. 685.

[158] Cfr. cap. III, § 2 e cap. V, § 1.

Le squadre investigative comuni (o *joint investigation team*)[159] costituiscono un modello di cooperazione di carattere "operativo", con tale espressione intendendo attività svolte a fini investigativi e non di acquisizione probatoria in senso stretto[160] (benché sia possibile che, in aggiunta all'attività informativa-investigativa, si renda necessario procedere anche all'acquisizione probatoria[161]) per quei reati che coinvolgono il territorio di più Stati. Segnatamente si favorisce un dialogo diretto tra le autorità giudiziarie, dando maggiore rilievo al procuratore della Repubblica (e alla sua facoltà di dare impulso alla costituzione di una squadra investigativa) in luogo del ministro della

[159] La possibilità di ricorrere a tale organismo è stata delineata dapprima dal Consiglio europeo di Tampere del 1999, successivamente prevista dall'art. 13 della Convenzione di Bruxelles del 29 maggio 2000, dall'art. 20 del II Protocollo addizionale alla Convenzione europea di assistenza giudiziaria del 1959, adottato in data 8 novembre 2001 e, infine, prevista dalla decisione-quadro 2002/465/GAI del Consiglio, cui è stata data attuazione in Italia dal d.lgs. 15 febbraio 2016, n. 34, in G.U. n. 58 del 10 marzo 2016. Infine, attualmente, sul piano interno, si deve far riferimento anche all'art. 729 *quinquies* c.p.p. (v. *supra*, cap. I, § 5). In dottrina, v. G. BARROCU, *La cooperazione investigativa in ambito europeo*, cit., p. 143 s.; ID., *Le squadre investigative comuni*, in M.R. MARCHETTI-E. SELVAGGI (a cura di), *La nuova cooperazione giudiziaria penale*, Cedam, 2019, p. 383 s.; R. BELFIORE, *La prova penale*, cit., p. 164 s.; EAD., *Le squadre investigative comuni nel decreto legislativo n. 34/2016*, in *Cass. pen*., 2016, p. 3886 s.; T. BENE-A. MARANDOLA (a cura di), *Il d.lgs. 15 febbraio 2016, n. 34*, cit., p. 52 s.; L. CAMALDO, *Le squadre investigative comuni: la normativa di attuazione dopo una lunga attesa (d. lgs. 15 febbraio 2016, n. 34)*, in F. RUGGIERI (a cura di), *Processo penale e regole europee*, Giappichelli, 2017, p. 17 s.; G. DE AMICIS, *Il d.lgs. 15 febbraio 2016, n. 34: l'attuazione delle squadre investigative comuni nell'ordinamento italiano*, in *Cass. pen*., 2016, supplemento al n. 5, p. 5; F. FALATO, *Appunti di cooperazione*, cit., p. 185 s.; A. MANGIARACINA, *Verso nuove forme di cooperazione giudiziaria: le squadre investigative comuni*, in *Cass. pen*., 2004, p. 2189 s.; M.R. MARCHETTI, *L'assistenza giudiziaria internazionale*, Giuffrè, 2005, p. 192 s.; G. MELILLO, *Il tormentato cammino delle squadre investigative comuni fra obblighi internazionali e legislazione nazionale*, in *Dir. pen. proc*., 2008, p. 121 s.; ID., *Tecniche investigative speciali e squadre investigative comuni*, in G. ILLUMINATI (a cura di), *Prova penale e Unione europea*, cit., p. 93 s.; M. PERROTTI, *Squadre investigative comuni*, cit., p. 1007; ID., *L'uso delle informazioni raccolte dalle squadre investigative comuni*, in F. FALATO-F. CARINGELLA (a cura di), *Scritti di cooperazione*, cit., p. 303 s.; M. ROMANI, *Servizi di polizia internazionale, cooperazione giudiziaria e terzo pilastro dell'Unione europea*, Cedam, 2009, p. 163 s.; F. RUGGIERI, *Le nuove frontiere dell'assistenza penale internazionale*, cit., p. 131; A. SCELLA, *Verso le squadre investigative comuni: lo scenario italiano*, in *Quest. Giust*., 2010, n. 5, p. 138; ID., *Squadre investigative comuni*, in AA.VV., *Investigazioni e prove transnazionali*, cit., p. 141 s.; A. VITALE, *Le squadre investigative comuni*, in L. FILIPPI-P. GUALTERI-P. MOSCARINI-A. SCALFATI, *La circolazione investigativa nello spazio giuridico europeo: strumenti, soggetti, risultati*, Cedam, 2010, p. 67 s.

[160] Sottolineano la distinzione, G.C. CASELLI-G. DE AMICIS, *Il coordinamento delle indagini transnazionali fra assistenza giudiziaria ed indagini comuni*, in G. MELILLO-A. SPATARO-P.L. VIGNA (a cura di), *Il coordinamento delle indagini di criminalità organizzata e terrorismo*, Giuffrè, 2004, p. 192 s. V. anche A. CIAMPI, *Assunzione di prove penali all'estero in materia penale*, cit., p. 33; G. DE AMICIS, *Cooperazione giudiziaria e corruzione internazionale*, Giuffrè, 2007, p. 331 s.; G. IUZZOLINO, *Le squadre investigative comuni*, in *Dir. e giust*., 2003, n. 15, p. XI s. V., inoltre, C. PONTI, *Riforma dell'assistenza giudiziaria penale*, cit., p. 32, che riconduce tale carattere alla genesi delle forme concepite nel quadro della cooperazione di polizia.

[161] Puntualizza questa possibilità, A. VITALE, *Le squadre investigative comuni*, cit., p. 77.

giustizia (in modo del tutto omogeneo con le linee che vedono l'eliminazione del tradizionale vaglio di opportunità politica e l'esercizio di un potere di veto).

Requisiti per la costituzione del *team* sono che le indagini condotte da uno Stato membro riguardino reati che comportano «*inchieste difficili e di notevole portata*» che presentano «*un collegamento con altri Stati membri*» oppure l'ipotesi in cui le indagini svolte da più Stati membri concernono reati che, per le circostanze del caso «*esigono un'azione coordinata e concertata*» (art. 1, par. 1°, lett. *a* e *b*, decisione-quadro 2002/465/GAI).

La costituzione della squadra presuppone la stipulazione di un accordo costitutivo fra gli Stati interessati che identifichi lo scopo della squadra, la durata (limitata ma prorogabile) e le persone (direttore e membri) che ne faranno parte[162]. L'iniziativa può essere assunta da qualsiasi Stato membro (ma anche del membro nazionale di *Eurojust*[163] o da parte di *Europol*[164]). Stante la natura "operativa" del *pool* investigativo, possono farne parte sia autorità giudiziarie che funzionari di polizia (è una forma ibrida di cooperazione).

La squadra opera al di fuori dai meccanismi di assistenza giudiziaria e, anzi, ne segna il superamento: stipulato l'atto costitutivo si viene a creare uno "spazio comune"[165]. Le prove vengono acquisite secondo le regole previste dalle legislazioni nazionali di ciascuno Stato membro, a seconda del luogo in cui l'atto specifico deve essere compiuto. Titolare dell'attività è la squadra nel suo

[162] Taluno ha proposto che, già nella redazione del piano d'azione operativo, allegato all'atto costitutivo, vengano concordate «forme e modalità di acquisizione della prova rispettose dei principi fondamentali e delle regole da seguire negli ordinamenti dei diversi Stati membri coinvolti nella relativa attività», così G. DE AMICIS, *Il d.lgs. 15 febbraio 2016, n. 34*, cit., p. 11. In questo senso anche T. BENE-A. MARANDOLA (a cura di), *Il d.lgs. 15 febbraio 2016, n. 34*, cit., p. 60.

[163] Secondo la legge 14 marzo 2005, n. 41 che ha recepito la decisione 2002/187/GAI del 28 febbraio 2002, il membro nazionale di *Eurojust* può chiedere alle autorità competenti degli Stati membri di valutare l'opportunità di «istituire una squadra investigativa comune con le autorità competenti di altri Stati membri, conformemente ai pertinenti strumenti di cooperazione» (art. 5, comma 2°, lett. *a*, n. 4 legge n. 41 del 2005). Medesima richiesta può essere avanzata dal collegio di *Eurojust*; cfr. L. CAMALDO, *Le squadre investigative*, cit., p. 21. V., da ultimo, Regolamento UE 2018/1727 del 14 novembre 2018 che istituisce l'Agenzia dell'UE per la cooperazione giudiziaria penale (*Eurojust*).

[164] Regolamento 2016/794/UE dell'11 maggio 2016. In dottrina, v. L. CAMALDO, *Le squadre investigative*, cit., p. 21.

[165] Così, A. SCELLA, *Squadre investigative*, cit., p. 149.

complesso e, dunque, l'acquisizione probatoria è imputabile a ciascuno degli Stati che ne fanno parte[166].

Il legislatore nazionale (d. lgs. 15 febbraio 2016, n. 34) ha fissato alcune regole circa l'utilizzabilità degli atti di indagine assunti dalla squadra investigativa[167]: i verbali degli atti non ripetibili effettuati dalla squadra entrano legittimamente a far parte del fascicolo *ex* art. 431 c.p.p. allo stesso modo degli atti irripetibili compiuti dal pubblico ministero o dalla polizia giudiziaria nazionali (art. 6, comma 2° d. lgs. 34 del 2016)[168]. Per gli altri atti, il decreto (art. 6, comma 3°) stabilisce che abbiano la medesima efficacia degli atti corrispondenti compiuti secondo le disposizioni del codice e che, dunque, siano utilizzabili secondo la legge italiana. Nondimeno, l'efficacia non determina direttamente ed automaticamente l'utilizzabilità nel processo penale italiano ma solo la valutabilità alla stregua dei consueti parametri probatori[169].

Degno di interesse – anche per la diversità di disciplina rispetto al principio di specialità della rogatoria (e dell'ordine di indagine) – è il regime di utilizzabilità[170] delle informazioni «*non altrimenti reperibili*» ottenute nell'ambito delle attività della squadra (art. 6, comma 4°)[171]: *in primis* per le

---

[166] A. VITALE, *Le squadre investigative comuni*, cit., p. 77 s.

[167] Il legislatore sovranazionale aveva tralasciato il profilo relativo all'utilizzabilità, preferendo rimetterlo alle legislazioni nazionali, cfr. R. BELFIORE, *Le squadre investigative comuni nel decreto legislativo n. 34/2016*, in *Cass. pen.*, 2016, p. 3892. V. anche T. BENE, *Direttive europee*, cit., p. 686 s.; T. BENE-A. MARANDOLA, *Il d.lgs. 15 febbraio 2016, n. 34*, cit., p. 60.

[168] Lo sottolinea G. BARROCU, *La cooperazione investigativa in ambito europeo*, cit., 178 s. È stato inoltre osservato che perplessità potrebbe suscitare «l'acquisizione di atti che, sebbene irripetibili, siano stati compiuti all'estero senza che la difesa abbia avuto la possibilità di intervenire, tutte le volte in cui tale possibilità sia invece prevista nel nostro codice di rito»: in questi termini, R. BELFIORE, *Le squadre*, cit., p. 3893.

[169] V. *Relazione illustrativa al d.lgs. 15 febbraio 2016, n. 34*. In dottrina, v. L. CAMALDO, *Le squadre investigative*, cit., p. 33, fa notare analogie e differenze rispetto all'utilizzabilità degli atti assunti mediante rogatoria: per gli atti irripetibili vi è la comune inclusione nel fascicolo per il dibattimento (art. 431, comma 1°, lett. *d* c.p.p.) mentre l'attività del *team* che si caratterizzi come ripetibile «subisce un trattamento diverso rispetto ai verbali degli atti (...) assunti all'estero a seguito di rogatoria» (che entrano nel fascicolo per il dibattimento secondo il disposto dell'art. 431, comma 1°, lett. *f* c.p.p.); nello stesso senso anche G. BARROCU, *La cooperazione investigativa in ambito europeo*, cit., p. 179; R. BELFIORE, *Le squadre*, cit., p. 3893; T. BENE-A. MARANDOLA, *Il d.lgs. 15 febbraio 2016, n. 34*, cit., p. 60. Sulle discrepanze di trattamento, v. già G. MELILLO, *Il tormentato cammino delle squadre investigative comuni fra obblighi internazionali e legislazione nazionale*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 126.

[170] In questo senso utilizzabilità è termine con significato più ampio rispetto all'utilizzabilità processuale delle informazioni raccolte. V. già l'art. 13, par. 10° Convenzione MAP 2000 nonché l'art. 1, par. 10°, decisione-quadro; A. VITALE, *Le squadre investigative comuni*, cit., p. 78.

[171] Cfr. G. BARROCU, *La cooperazione investigativa in ambito europeo*, cit., p. 180.

finalità pattuite in sede di redazione dell'accordo costitutivo (art. 6, comma 4°, lett. *a*), ma altresì per il perseguimento di altri reati e, segnatamente, per scongiurare una minaccia alla sicurezza pubblica (art. 6, comma 4°, lett. *c*) o per altri scopi concordati (consenso dello Stato sul cui territorio le informazioni sono state assunte, art. 6, comma 4°, lett. *b*)[172].

Ciò premesso in termini generali, per quel che qui rileva, la direttiva sull'ordine di indagine europeo, all'art. 3, espressamente esclude dal suo ambito di applicazione l'attività svolta dalle squadre investigative comuni, negando che l'ordine possa essere impiegato per la costituzione della squadra investigativa e per l'acquisizione di prove nel suo alveo. All'interno della squadra investigativa comune, dunque, non vi è spazio per una collaborazione diversa da quella di indagini congiunte in uno "spazio comune", quello della squadra, all'interno del quale i componenti si muovono liberamente, senza alcuna richiesta di assistenza (né di rogatoria né di ordine di indagine europeo) e sulla sola base dell'accordo sottoscritto con l'atto costitutivo[173]. Nondimeno, quando la squadra ritenga di chiedere la collaborazione di uno Stato che non ne faccia parte, potrà avvalersi dell'ordine di indagine per chiederne l'assistenza[174] (cfr. art. 3 dir.: «*eccetto ai fini dell'applicazione, rispettivamente, dell'articolo 14, paragrafo 8*[175]*, della convenzione e dell'articolo 1, paragrafo 8 della decisione quadro*»).

6. L'avvento della Procura europea nello scenario della prova nell'Unione europea

[172] T. BENE-A. MARANDOLA, *Il d.lgs. 15 febbraio 2016, n. 34*, cit., p. 61 s., ritengono eccessivamente "elastiche" tali clausole peraltro sfornite di sanzioni processuali in caso di utilizzo illegittimo o di diniego di informazioni; v. anche R. BELFIORE, *Le squadre*, cit., p. 3896.
[173] In argomento, R. BELFIORE, *Le squadre*, cit., p. 3891.
[174] Così, T. BENE-A. MARANDOLA, *Il d.lgs. 15 febbraio 2016, n. 34*, cit., p. 61. Già R. BELFIORE, *Le squadre*, cit., p. 3891, osservava che il regime delle squadre investigative accantonava le procedure rogatoriali salva l'ipotesi in cui «la squadra necessiti dell'assistenza di un Paese terzo, ovvero – almeno fino a quando non sarà data attuazione alla direttiva 2014/41/UE sull'ordine europeo di indagine penale – di uno Stato membro che non abbia partecipato alla squadra».
[175] Cfr. art. 14, par. 8° Conv. MAP: «Se la squadra investigativa comune ha bisogno dell'assistenza di uno Stato membro che non ha partecipato alla costituzione della squadra, ovvero di un paese terzo, le autorità competenti dello Stato di intervento ne possono fare richiesta alle autorità competenti dell'altro Stato interessato conformemente agli strumenti o disposizioni pertinenti».

Per descrivere un quadro il più possibile accurato delle modalità con cui un elemento di indagine può "circolare" sul territorio dell'Unione europea, ferma restando la scelta tendenziale verso il principio del reciproco riconoscimento e verso singole, parziali e minime forme di ravvicinamento delle legislazioni processuali, è necessario fare un breve cenno al pubblico ministero europeo[176], per un duplice ordine di ragioni.

In primis, il Trattato di Lisbona (art. 86 del TFUE) profila la possibilità di istituire il pubblico ministero europeo, raccogliendo, come altrove, l'eredità del *Corpus iuris*[177] e ponendo tale super-organo come una ulteriore forma di cooperazione, all'uopo fornendo la base legale per l'iniziativa legislativa dell'Unione[178].

[176] EPPO (*European Public Prosecutor's Office*).

[177] Ricorda S. ALLEGREZZA, *L'armonizzazione*, cit., p. 169 s., come il primo atto a contemplare la necessità di un maggiore coordinamento investigativo fu il c.d. Appello di Ginevra del 1° ottobre 1996, un documento redatto e sottoscritto da sette magistrati europei che allertavano circa l'inadeguatezza degli strumenti giudiziari a fronteggiare i crimini. In questa prospettiva, sottolinea l'Autrice, il pubblico ministero europeo potrebbe essere «una misura compensativa degli squilibri creati dall'apertura delle frontiere e dal progressivo allargamento dei confini dell'Unione». Successivo è il «Libro verde sulla tutela penale degli interessi finanziari comunitari e sulla creazione di una Procura europea» (COM (2001) 715 def.). In dottrina, tra gli altri, v. S. ALLEGREZZA, *Statuto e poteri del pubblico ministero europeo*, in M.R. MARCHETTI (a cura di), *I nuovi orizzonti*, cit., p. 279 s.; R. BELFIORE, *La prova penale*, cit., p. 231 s.; L. CAMALDO, *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*, cit., p. 69 s.; G. GRASSO, *La «competenza penale»*, cit., p. 713 s.; L. LUPÀRIA, *Profili dell'azione penale "europea"*, in *Ind. pen*., 2001, p. 931 s.; R.E. KOSTORIS, *Pubblico ministero europeo e indagini "nazionalizzate"*, in *Cass. pen*., 2013, p. 4738; P. MOSCARINI, *Eurojust e il pubblico ministero europeo*, cit., p. 641; R. ORLANDI, *Qualche rilievo intorno alla vagheggiata figura di un pubblico ministero europeo*, in L. PICOTTI (a cura di), *Possibilità e limiti di un diritto penale dell'Unione europea*, 1999, p. 207; B. PIATTOLI, *Cooperazione giudiziaria*, cit., p. 179 s.; S. RUGGERI, *Indagini e azione penale nei procedimenti di competenza della nuova procura europea*, in *Proc. pen. giust*., 2018, p. 600 s.; V. SCIARABBA, *L'istituzione della Procura europea e la cooperazione rafforzata: nuove prospettive?*, in www.europeanrights.eu, 31 maggio 2017; C. SOTIS, *Il Trattato di Lisbona*, cit., p. 1159 s.; ID., *Le competenze penali dell'Unione previste nel Trattato di Lisbona: una lettura d'insieme*, cit., p. 54 s.; A. VENEGONI, *Considerazioni sulla normativa applicabile alle misure investigative intraprese dal Pubblico Ministero Europeo nella proposta di Regolamento COM (2013) 534*, in *Dir. pen. cont*., 20 novembre 2013. Tra gli ultimi contributi, L. PRESACCO, *Profili ordinamentali del pubblico ministero europeo*, in *Cass. pen*., 2018, p. 4399 s.

[178] Così, L. SALAZAR, *Habemus EPPO! La lunga marcia della Procura europea*, in F. FALATO-F. CARINGELLA (a cura di), *Scritti di cooperazione*, cit., p. 117 s.; v. anche G. BORGIA, *Pubblico ministero europeo*, cit., p. 1.

La seconda ragione consiste nel fatto che tale figura è attualmente oggetto di un Regolamento[179] dell'Unione europea che entrerà in vigore in un futuro prossimo (si prevede alla fine del 2020).

Una trattazione esaustiva – che tenga conto della struttura e delle competenze dell'ufficio – non è possibile e neppure sembra pertinente in questa sede. Pare invece utile riflettere su determinati precipitati che la disciplina della Procura europea è idonea a provocare sul sistema della prova penale nel territorio dell'Unione europea anche in vista di un possibile ampliamento della competenza della Procura europea (ai reati gravi aventi dimensione transnazionale) che, per ora, è limitata ai reati (c.d. PIF) che ledono gli interessi finanziari dell'Unione[180].

Il punto fermo da cui iniziare una riflessione è dato dal fatto che al pubblico ministero europeo spetta l'esercizio dell'azione penale davanti alle giurisdizioni nazionali, secondo le regole del giudizio previste in ciascun ordinamento; nondimeno, la fase preliminare – di indagine – presuppone l'elaborazione di norme comuni per disciplinare il funzionamento dell'organo inquirente[181]; inoltre gli atti di indagine compiuti dalla Procura europea sono «destinati a proiettarsi, dopo l'esercizio dell'azione penale, in una pluralità di sistemi giudiziari»[182], ponendo un tangibile problema di utilizzabilità. Si prevede, infatti, che gli elementi raccolti siano ammissibili al processo senza richiedere alcuna procedura di convalida, indipendentemente dalle regole di raccolta e acquisizione delle prove che possono essere diverse nei vari ordinamenti in cui le indagini sono

[179] 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.U.E, L 283/1 del 31 ottobre 2017. In dottrina, v. L. CAMALDO, *L'istituzione della Procura europea: il nuovo organo investigativo affonda le proprie radici negli ordinamenti nazionali*, in *Cass. pen*., 2018, p. 958 s. V. anche G. BARROCU, *La cooperazione investigativa*, cit., p. 75 s.; M.R. MARCHETTI, *Rapporti giurisdizionali con autorità straniere*, cit., p. 1174 s.; R. SICURELLA, *Spazio europeo e giustizia penale: l'istituzione della Procura europea*, in *Dir. pen. proc*., 2018, p. 845 s.

[180] L'art. 86, par. 4 TFUE, infatti, prevede la possibilità di ampliare la sfera di competenza sino ad includervi tutti quei reati che rientrano nella categoria «criminalità grave che presenta una dimensione transnazionale», S. ALLEGREZZA, *L'armonizzazione*, cit., p. 172; in dottrina, v. anche L. SALAZAR, *Definitivamente approvato il Regolamento istitutivo della Procura europea (EPPO)*, in *Dir. pen. cont*., 13 ottobre 2017; ID., *Habemus EPPO!*, cit., p. 113 s.; A. VENEGONI, *Procura Europea e reati di terrorismo: un connubio impossibile?*, in *Quest. giust*., 12 febbraio 2015.

[181] Cfr. S. ALLEGREZZA, *L'armonizzazione*, cit., p. 172.

[182] Così, A. BALSAMO, *Verso un modello di prova dichiarativa europea*, cit., p. 231.

condotte o il processo celebrato[183]. I problemi si ampliano in quei sistemi, come quello italiano, in cui, salvo deroghe, gli atti di indagine non sono spendibili nella fase del giudizio. Rimane però salva la competenza delle autorità nazionali dove si svolge il processo di valutare liberamente gli atti.

Quanto al modello teorico prescelto, una prima conclusione è quella che ravvisa nelle modalità operative con cui viene svolta l'attività investigativa da parte della Procura europea – che prescinde tanto dalla rogatoria quanto da altre forme di cooperazione – un modello di "integrazione"[184], ultima tappa dell'itinerario che vede i passaggi intermedi dell'assistenza giudiziaria e della cooperazione. Nondimeno, il legislatore ha rinunciato (*recte*: ha abdicato) nuovamente a dettare una disciplina probatoria unitaria che, per quanto limitata alla Procura europea, avrebbe potuto costituire la bozza per un diritto processuale penale europeo[185].

Secondo il Regolamento UE 2017/1939 la disciplina applicabile agli atti di indagine è quella della *lex fori*, quella dell'ordinamento dello Stato in cui ha sede il Procuratore europeo delegato assegnatario del procedimento. Vi è dunque un superamento del tributo alla *lex loci* quale legge applicabile per l'assunzione di prove nei procedimenti aventi ad oggetto reati transnazionali[186]. Non può non sottolinearsi la parziale analogia con la direttiva sull'ordine di indagine europeo, sebbene, in tale sistema, la "regola" – pur non assoluta, come si vedrà nei capitoli seguenti – derivi dall'applicazione pratica del principio del mutuo riconoscimento mentre nel Regolamento si prescinde da qualsiasi filtro da parte

[183] R. BELFIORE, *La prova penale*, cit., p. 237 s. V. anche R.E. KOSTORIS, *Pubblico ministero europeo e indagini "nazionalizzate"*, cit., p. 4746, che, a proposito della proposta, già osservava come l'assenza di una convalida sia da attribuire all'applicazione «del diritto nazionale del luogo in cui la prova è stata raccolta» e non già all'osservanza di «norme comuni europee sulla raccolta e la formazione delle prove».

[184] Così, L. SCUZZARELLA, *Il pm europeo in un convegno del CSM*, in *Quest. giust*., 15 luglio 2013. V. anche R. BELFIORE, *La prova penale*, cit., p. 238, ritiene che l'istituzione della Procura europea sia «del tutto estranea alla logica del mutuo riconoscimento» (è assente qualsiasi filtro, neppure è necessario il riconoscimento attraverso un modulo *standard*, come sotto l'egida del mutuo riconoscimento); piuttosto, si introduce il principio della «reciproca ammissibilità delle prove», di cui all'art. 82, par. 2, lett. *a*, TFUE. Nel senso del superamento del sistema del mutuo riconoscimento, in riferimento alla proposta di regolamento, già A. VENEGONI, *Procura Europea e reati di terrorismo*, cit.

[185] Tale critica è espressa da R.E. KOSTORIS, *Pubblico ministero europeo e indagini "nazionalizzate"*, cit., p. 4746.

[186] Sul tema, 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, p. 4227.

dell'autorità dove la prova è eseguita, neppure quello di un filtro "debole" come la sottoscrizione di un modulo *standard*[187].

Va inoltre osservato che, a tacere della limitata competenza, il Regolamento non interviene a disciplinare i rapporti con altri strumenti normativi (*i.e.* per quanto di interesse, l'ordine di indagine europeo, sostanzialmente coevo)[188] né i rapporti con altri attori (ad esempio, *Eurojust*)[189].

[187] Sul punto, R. BELFIORE, *La prova penale*, cit., p. 238.

[188] F. MANFREDINI, *L'acquisizione probatoria*, cit., p. 4223. V., anche G. BARROCU, *La cooperazione investigativa*, cit., p. 98, secondo cui, malgrado l'espressa previsione della possibilità di utilizzare lo strumento dell'ordine di indagine europeo (possibilità, invece, espressamente prevista per il mandato di arresto europeo), ritiene che il mancato richiamo derivi «dalla circostanza che nel regolamento EPPO è espressamente prevista una modalità di svolgimento di attività investigativa all'estero, esercitabile, per il tramite di un procedimento interno alla procura europea, tra procuratori delegati presso diversi Paesi membri che si coordinano per indagini transnazionali» (artt. 31 e 32 reg.).

[189] F. SPIEZIA, *Il pubblico ministero europeo e i rapporti con* Eurojust, in *Dir. pen. cont.*, 29 maggio 2018. V., però, l'art. 50 del Regolamento UE 2018/1727 del 14 novembre 2018 (istitutivo dell'Agenzia per la cooperazione giudiziaria penale, *Eurojust*) che disciplina le relazioni tra *Eurojust* ed EPPO.

PARTE II – L'ORDINE DI INDAGINE EUROPEO

Capitolo terzo

LA DIRETTIVA SULL'ORDINE DI INDAGINE EUROPEO

1. La direttiva 2014/41/UE: fondamento, obiettivi e struttura

2. L'ordine di indagine europeo: ambito oggettivo e soggettivo di operatività

3. Le note di fondo dell'ordine di indagine europeo

4. Il procedimento: l'emissione e la trasmissione dell'ordine di indagine

5. (*Segue*) L'attività dell'autorità di esecuzione

6. (*Segue*) I motivi di rifiuto previsti dalla direttiva

1. La direttiva 2014/41/UE: fondamento, obiettivi e struttura

La direttiva 2014/41/UE del Parlamento e del Consiglio del 3 aprile 2014[1], pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea del 1° maggio 2014, serie L 130/1, è il frutto della procedura legislativa ordinaria promossa dal Parlamento Europeo (posizione del 27 febbraio) e del Consiglio (decisione del 14 marzo)[2]. La *deadline* per il recepimento da parte degli Stati membri era fissata al 22 maggio 2017; implicito nel meccanismo della direttiva è che dopo tale data,

[1] La base giuridica su cui si è poggiata la direttiva è costituita dall'art. 82 TFUE secondo cui «La cooperazione giudiziaria in materia penale nell'Unione è fondata sul principio di riconoscimento reciproco delle sentenze e delle decisioni giudiziarie e include il ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri nei settori di cui al paragrafo 2 e all'articolo 83». La disposizione prevede che il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, adottino le misure intese a, tra l'altro, a «*d*) facilitare la cooperazione tra le autorità giudiziarie o autorità omologhe degli Stati membri in relazione all'azione penale e all'esecuzione delle decisioni». Al par. 2 si apre al ravvicinamento normativo in collegamento esplicito con la finalità di facilitare il reciproco riconoscimento. Si prevede, infatti, che «Laddove necessario per facilitare il riconoscimento reciproco delle sentenze e delle decisioni giudiziarie e la cooperazione di polizia e giudiziaria nelle materie penali aventi dimensione transnazionale, il Parlamento europeo e il Consiglio possono stabilire norme minime deliberando mediante direttive secondo la procedura legislativa ordinaria. Queste tengono conto delle differenze tra le tradizioni giuridiche e gli ordinamenti giuridici degli Stati membri» e riguardano, tra l'altro, «*a*) l'ammissibilità reciproca delle prove tra gli Stati membri». Si precisa, poi, in chiusura, che «L'adozione delle norme minime di cui al presente paragrafo non impedisce agli Stati membri di mantenere o introdurre un livello più elevato di tutela delle persone». Sul tema, tra gli altri, M.M. PISANI, *Problemi di prova in materia penale. La proposta di direttiva sull'Ordine Europeo di Indagine*, in *Arch. pen*., 2011, 3, p. 14 s.

[2] Irlanda e Danimarca, avvalendosi di quanto previsto nei Protocolli nn. 21 e 22 del Trattato di Lisbona, non hanno partecipato all'adozione della direttiva né sono vincolate (v. *Considerando* n. 44 dir.). Parzialmente diversa la posizione del Regno Unito che ha partecipato all'adozione e all'applicazione della direttiva (*Considerando* n. 43 dir.). In proposito, S. MONTALDO, *A caccia di… prove. L'ordine europeo di indagine penale tra complesse stratificazioni normative e recepimento nell'ordinamento italiano*, in *Giur. pen*., 5 novembre 2017, p. 3 s.

per i Paesi inadempienti[3], operi la possibilità di applicare direttamente le disposizioni della direttiva, nella parte in cui siano sufficientemente precise e non condizionate[4]. Dalla prospettiva degli strumenti normativi va osservato che, optando per la direttiva, il legislatore europeo ha posto il sigillo lungo l'itinerario che ha portato al superamento dei meccanismi tipici del c.d. terzo pilastro: gradualmente (ma non completamente) si è percorso il ravvicinamento delle legislazioni processuali penali cui è andata affiancandosi la sostituzione, dal punto di vista degli strumenti operativi, delle decisioni-quadro con la direttiva europea[5].

Attraverso l'ordine di indagine europeo, l'Unione si è dotata di un nuovo ma forse non del tutto innovativo[6] meccanismo, con il proposito di farne il cardine della cooperazione giudiziaria in materia di raccolta di prove e scambio di informazioni. Il fine del legislatore europeo è quello di istituire un unico regime per l'acquisizione e lo scambio delle prove tra uno Stato membro e l'altro, nel perimetro dei procedimenti penali transnazionali[7], nonché di superare

[3] Tutti gli Stati aderenti hanno trasposto la direttiva, sebbene, alcuni con considerevole ritardo rispetto ai termini (le leggi di attuazione del 2018 sono quelle di Austria, Bulgaria, Repubblica Ceca, Lussemburgo, Polonia, Spagna, Slovenia). Restano fuori Danimarca e Irlanda che non hanno partecipato all'adozione della direttiva e non ne sono vincolate; l'Irlanda, però, potrà esercitare l'*opting in*. Cfr. www.ejn-crimjust.europa.eu. In dottrina, v. S. MONTALDO, *La scadenza del termine di recepimento della direttiva 2014/41/UE sull'ordine europeo di indagine penale e la sostituzione delle "disposizioni corrispondenti" della convenzione di assistenza giudiziaria fra gli Stati membri del 2000: spunti per la ricostruzione di un quadro normativo complesso*, in *Il diritto dell'Unione europea. Osservatorio europeo*, giugno 2017.

[4] Approfondisce questo profilo G. BARROCU, *La cooperazione investigativa in ambito europeo. Da Eurojust all'ordine di indagine*, Cedam, 2017, p. 207 s. V. anche S. FRANZ, *Questioni in tema di regime transitorio*, in 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*, Giappichelli, 2018, p. 199.

[5] Sottolinea questo aspetto A. NOCERA, *Norme di attuazione della direttiva 2014/41/UE sull'ordine europeo di indagine penale: il procedimento in generale*, in *Il Penalista*, 14 luglio 2017.

[6] Secondo alcuni la direttiva non ha connotati rivoluzionari perché «lo scenario di fondo è sempre quello – di tipo orizzontale e non verticale – per cui ciascuno Stato mantiene il proprio diritto delle prove», infatti, non vi è stata una unificazione né una armonizzazione delle legislazioni, così M. DANIELE, *La metamorfosi del diritto delle prove nella direttiva sull'ordine europeo di indagine penale*, in *Dir. pen. cont*., riv. trim., 2015, 4, p. 87. L'Autore (*cit*., p. 91), però, riconosce esservi alcune novità (cfr. artt. 11, par. 1, lett. *f*; art. 10, par. 3°; art. 14, par. 7°), nel segno dell'esplicitazione di clausole di salvaguardia dei diritti fondamentali, del resto obbligo già previsto dall'art. 1, par. 4. Anche A. TICONO PASTRANA, *L'ordine europeo di indagine penale*, in *Proc. pen. giust.*, 2017, 2, p. 350, ritiene poco innovativa la direttiva perché riprodurrebbe soluzioni giù esistenti.

[7] Cfr. *Considerando* n. 24 dir. Principale finalità è quella di «snellire e velocizzare le modalità e i tempi di ricerca, acquisizione e trasferimento delle fonti di prova nello spazio territoriale dell'Unione, sostituendo le corrispondenti previsioni degli strumenti che sinora hanno regolato le forme e i meccanismi dell'assistenza giudiziaria», così G. DE AMICIS, *Dalle rogatorie all'ordine europeo di indagine: verso un nuovo diritto della cooperazione giudiziaria penale*, in *Cass. pen.*, 2018, p. 26. V. anche M.R.

tanto il tradizionale meccanismo rogatoriale impostato sull'assistenza giudiziaria che il quadro giuridico (extrarogatoriale), erede di una matassa normativa aggrovigliata e costituita da tardivi interventi attuativi, convenzioni, decisioni-quadro e direttive[8]. L'obiettivo è dunque la sostituzione con un sistema generale di acquisizione delle prove nelle cause aventi dimensione transnazionale attraverso l'estensione del principio del reciproco riconoscimento – già noto e utilizzato in ambito europeo – anche alle decisioni giudiziarie in materia di prova, in linea con le previsioni di cui al punto 3.1.1. del Programma di Stoccolma del 2009[9].

L'ordine di indagine (OEI) è una decisione giudiziaria emessa o convalidata da un'autorità di un Paese membro ed è finalizzato al compimento di uno o più atti investigativi, di acquisizione della prova o diretto a rendere disponibile la fonte di una prova in un diverso Paese membro rispetto a quello dove si trova o è stata già acquisita. L'OEI rappresenta un modello universale[10] «a carattere orizzontale applicabile a qualsiasi atto di indagine penale»[11]: appare subito

---

MARCHETTI, *Dalla Convenzione di assistenza giudiziaria in materia penale dell'Unione europea al mandato europeo di ricerca delle prove e all'ordine 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*, Giuffrè, 2011, p. 162 s.

[8] A proposito delle stratificazioni, v. anche G. BARROCU, *La cooperazione investigativa in ambito europeo*, cit., p. 204; M. DANIELE, *La metamorfosi del diritto delle prove*, cit., p. 87; S. MONTALDO, *A caccia di… prove*, cit., p. 2; A. NOCERA, *Norme di attuazione*, cit.

[9] G. DE AMICIS, *Dalle rogatorie*, cit., p. 25. V. anche *Considerando* 3, 4 e 5 dir. V. *supra*, cap. II, § 2.

[10] A. NOCERA, *Norme di attuazione della direttiva 2014/41/Ue sull'ordine europeo di indagine penale: il procedimento in generale*, in *Il Penalista*, 14 luglio 2017.

[11] In questi termini, M.R. MARCHETTI, *Oltre le rogatorie*, in EAD. (a cura di), *I nuovi orizzonti della giustizia penale europea*, Giuffrè, 2015, p. 215. In dottrina, v. anche G. BARROCU, *La cooperazione investigativa in ambito europeo*, cit., p. 209; L. MARAFIOTI, *Orizzonti investigativi europei, assistenza giudiziaria e mutuo riconoscimento*, in T. BENE-L. LUPÀRIA-L. MARAFIOTI (a cura di), *L'ordine europeo di indagine. Criticità e prospettive*, Giappichelli, 2016, p. 9; S. MARCOLINI, *La circolazione della prova nello spazio giudiziario europeo tra vecchi e nuovi modelli: la difficile convivenza tra efficienza e tutela*, in G. GRASSO-L. PICOTTI-R. SICURELLA (a cura di), *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, Giuffrè, 2011, p. 537 s.; S. MONTALDO, *A caccia di… prove*, cit., p. 2; A. SCALFATI, *Note minime su cooperazione investigativa e mutuo riconoscimento*, in *Proc. pen. giust.*, 2017, p. 217; E. SELVAGGI, *L'Oei sostituisce la tradizionale rogatoria*, in *Guida al dir.*, 2016, Dossier n. 5, p. 40 s.; ID., *Può essere emesso anche su richiesta dell'imputato?*, *ivi*, p. 43 s.; F. SIRACUSANO, *Tra semplificazione e ibridismo: insidie e aporie dell'Ordine europeo di indagine penale*, in *Arch. pen.*, 2017, 3, p. 6 s.; S. TESORIERO, *La cooperazione transnazionale nelle indagini in materia di frodi IVA e doganali: strumenti tradizionali e nuove opportunità*, in M. CAIANIELLO-A. DI PIETRO (a cura di), *Indagini penali e amministrative in materia di frodi IVA e doganali*, Cacucci, 2016, p. 53 s.; A. TICONO PASTRANA, *L'ordine europeo*, cit., p. 346; C. VITIELLO, *Il sistema globale di acquisizione delle prove nelle fattispecie aventi dimensione transfrontaliera*, in F. FALATO-F. CARINGELLA (a cura di), *Scritti di cooperazione*, Dike giuridica, 2018, p. 229 s.

evidente il superamento del modello di mandato di ricerca della prova limitato alle prove precostituite[12]. Nondimeno, le grandi aspettative sottese all'OEI restano da verificare in concreto[13] anche riguardo alle prime ombre che subito si sono allungate su di esso: riuscirà il principio del mutuo riconoscimento a superare i possibili ostacoli derivanti dall'esistenza di diversi regimi di acquisizione e di utilizzabilità delle prove[14]? Invero, non basta far circolare un prodotto confezionato altrove: è necessario che il risultato probatorio sia utilizzabile nel Paese che intenda avvalersi di una prova formata *extra fines*[15]. Al riguardo, la direttiva – malgrado l'auspicio del Piano di adozione per l'attuazione del Programma di Stoccolma[16] per l'adozione di una «*solida base procedurale comune*» e il richiamo alla necessità di adottare «*norme comuni per la raccolta delle prove in materia penale*» contenuto nel Libro verde – non contempla una disciplina concernente l'ammissibilità reciproca delle prove e la loro

[12] V. *supra*, cap. II, § 4.

[13] Secondo V. SPINOSA, *La cooperazione giudiziaria in materia di terrorismo in ambito UE e la giurisprudenza delle corti europee*, in *Dir. pen. cont.*, riv. trim., 2017, 1, p. 166, grazie all'ordine di indagine europeo le «autorità nazionali potranno cooperare attraverso il meccanismo agevolato del mutuo riconoscimento con riferimento a tutte le attività di ricerca e acquisizione della prova in tutte le fasi del procedimento penale, sia per quanto riguarda le prove precostituite (i cd. oggetti), sia soprattutto le prove costituende». Riassume i profili critici, E. LORENZETTO, *L'assetto delle impugnazioni*, in M. DANIELE-R.E. KOSTORIS (a cura di), *L'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 152 s.

[14] Secondo un'opinione espressa da A. TICONO PASTRANA, *L'ordine europeo*, cit., p. 357, ma condivisa anche da altri, il principale pregio della direttiva è di aver «superato la frammentarietà del sistema» e la «scarsa efficacia degli strumenti preesistenti di riconoscimento reciproco diretti all'acquisizione della prova», implementando, altresì, «determinati paradigmi dell'assistenza giudiziale», come la prevalenza della *lex loci*. Nondimeno, è stigmatizzata l'assenza di ravvicinamento delle legislazioni interne: «le prove ottenute conformemente alla *lex loci* potrebbero non avere successivamente validità nello Stato di emissione, nel caso in cui questo abbia una regolamentazione più stringente relativamente alla protezione dei diritti fondamentali, con la conseguenza che ciò ostacolerebbe l'effettività della libera circolazione della prova». Anche G. UBERTIS, *Considerazioni generali su investigazioni e prove transnazionali*, in *Cass. pen*., 2017, p. 51, censura la direttiva che opta per una «soluzione di tipo acrobatico» da cui emerge il «disinteresse per gli esiti delle acquisizioni istruttorie, il cui impiego in Stati diversi da quello in cui vengono effettuate richiederebbe un'armonizzazione delle rispettive procedure» come rilevato nel Libro verde dell'11 novembre 2009 (cfr. cap. II, § 4).

[15] Lo evidenzia, tra gli altri, già F. SIRACUSANO, *Tra mutuo riconoscimento e armonizzazione preventiva: quali prospettive per la circolazione della prova dichiarativa nell'ambito dell'Unione europea?*, in *Arch. pen*., 2012, 1, p. 1 s. In proposito, secondo 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*, cit., p. 482, il limite più vistoso all'utilizzo del principio del mutuo riconoscimento in ambito probatorio è dato dal fatto che l'eventuale armonizzazione della disciplina della raccolta transnazionale delle prove che ne derivi non può che riferirsi esclusivamente ai mezzi di prova e non certo al risultato probatorio.

[16] COM (2010) 171 def. del 20 aprile 2010.

utilizzabilità[17] e ciò potrebbe pregiudicare la cooperazione concreta[18]. Ancora: può dirsi adottato un sistema di raccolta delle prove all'estero in cui sia riconosciuto il diritto alla parità delle armi[19]? Su questi aspetti si tornerà nel prosieguo.

[17] M. DANIELE, *L'impatto dell'ordine europeo di indagine penale sulle regole probatorie nazionali*, in *Dir. pen. cont*., 28 dicembre 2016, p. 2, non si sorprende dell'omissione, considerata «l'annosa e perdurante incapacità degli Stati di accordarsi su una disciplina comune», omissione, tuttavia, generatrice di problemi rilevanti perché «le regole di esclusione probatoria, bilanciando fra loro il metodo di accertamento dei fatti da adottare, la tutela dei diritti fondamentali e le esigenze repressive, rappresentano il baricentro di qualsiasi sistema processuale». Secondo R. BELFIORE, *La prova penale "raccolta" all'estero*, Aracne, 2014, p. 229 s., il problema di predisporre norme comuni riguardo la reciproca ammissibilità delle prove non dovrebbe riguardare la cooperazione e il principio del mutuo riconoscimento, essendo, invece, un problema di diritto interno perché «l'ammissibilità investe una deliberazione che vale a determinare l'ingresso di una prova nel processo, ed è presupposto indispensabile per consentirne la successiva utilizzabilità»; inoltre, la previsione di regole speciali di ammissibilità della prova assunta all'estero «determinerebbe la creazione di uno doppio *standard* di ammissibilità». V. anche T. BENE, *Direttive europee in tema di reciproco riconoscimento*, in *Il Libro dell'Anno del diritto*, 2017, p. 684.

[18] Già lo evidenziava, a proposito della proposta, G. DE AMICIS, *L'ordine europeo di indagine*, eueropeanrights.eu, 15 luglio 2010, p. 3. E. AMODIO, *Diritto di difesa e diritto alla prova nello spazio giudiziario europeo*, in A. LANZI-F. RUGGIERI-L. CAMALDO (a cura di), *Il difensore e il pubblico ministero europeo*, Cedam, 2002, p. 107, rileva che la prova, per circolare, «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 a fini decisori»: una prova illegittima non può divenire utilizzabile «solo perché è battezzata come "europea"». In dottrina, v. anche L. CAMALDO-F. CERQUA, *La direttiva sull'ordine europeo di indagine penale: le nuove prospettive per la libera circolazione delle prove*, in *Cass. pen*., 2014, p. 3526 s.; V. CAMPILONGO, *La circolazione della prova nel contesto europeo, tra mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie ed armonizzazione normativa*, in *Cass. pen*., 2014, p. 715 s.; M. DANIELE, *L'esclusione discrezionale delle prove nella direttiva sull'ordine europeo di indagine penale*, in M. CAIANIELLO-A. DI PIETRO (a cura di), *Indagini penali e amministrative*, cit., p. 360 s.; G. DARAIO, *La circolazione della prova nello spazio giudiziario europeo*, in L. KALB (a cura di), *"Spazio europeo di giustizia" e procedimento penale italiano. Adattamenti normativi e approdi giurisprudenziali,* Giappichelli, 2012, p. 580 s.; R.E. KOSTORIS, *Ordine di investigazione europeo e tutela dei diritti fondamentali*, in *Cass. pen.*, 2018, p. 1437 s.; ID., *Processo penale e paradigmi europei*, Giappichelli, 2018, p. 103 s.; G. LASAGNI, *Profili critici sullo sviluppo della circolazione probatoria nell'Unione europea. Alcuni parametri di valutazione dei sistemi di cooperazione europei alla luce della direttiva OEI*, in M. CAIANIELLO-A. DI PIETRO (a cura di), *Indagini penali e amministrative in materia di frodi IVA e doganali*, cit., p. 354 s.; R. PICCIRILLO, *I profili funzionali e strutturali dell'Ordine europeo di indagine penale*, in T. BENE-L. LUPÀRIA-L. MARAFIOTI (a cura di), *L'ordine europeo di indagine*, cit., p. 65 s.; M.M. PISANI, *Problemi di prova*, cit., p. 5 s.; S. TESORIERO, *La cooperazione*, cit., p. 54 s. Analoghe perplessità scaturivano dalla decisione-quadro sul mandato europeo di ricerca della prova; cfr. M.R. MARCHETTI, *Il mandato europeo di ricerca delle prove*, in P. CORSO-E. ZANETTI (a cura di), *Studi in onore di Mario Pisani*, II, La Tribuna, 2010, p. 371, che dopo aver tributato importanza alla riduzione dei tempi di assistenza, sottolinea che «altrettanto rilevante è che il materiale trasmesso possa venire utilizzato», come già evidenziato dal Consiglio europeo di Tampere (che registrava l'esigenza di ravvicinare le legislazioni tramite norme comuni affinché si potessero utilizzare le prove legalmente raccolte in uno Stato membro diverso da quello del processo).

[19] R. BELFIORE, *Riflessioni a margine della direttiva sull'ordine europeo di indagine penale*, in *Cass. pen*., 2015, p. 3296.

Trentanove articoli[20] preceduti da quarantasei "*Considerando*"[21] e seguiti da alcuni allegati, secondo la grammatica che regola la tecnica redazionale del legislatore europeo, la direttiva si snoda in sette capi: I. Ordine europeo d'indagine (artt. 1-5); II. Procedure e garanzie per lo Stato di emissione (artt. 6-7); III. Procedure e garanzie per lo Stato di esecuzione (artt. 9-21); IV. Disposizioni specifiche per determinati atti di indagine (artt. 22-29)[22]; V. Intercettazione di telecomunicazioni (artt. 30-31)[23]; VI. Provvedimenti provvisori (art. 32); VII. Disposizioni finali (artt. 33-39). Completano l'atto gli allegati A, B e C contenenti, rispettivamente, il modulo *standard* dell'ordine di indagine europeo, il modulo di conferma della ricezione dell'OEI, il modulo di notifica dell'intercettazione. Infine, l'allegato D contiene l'elenco dei reati che derogano al principio della previsione bilaterale del fatto. In questa sede non verrà riproposta la medesima struttura indicata dalla direttiva bensì verrà "scomposto" il provvedimento in modo da individuare oggetto, soggetti e ambito applicativo dell'ordine di indagine, le caratteristiche trasversali a diverse disposizioni del novello strumento, il procedimento attivo (cap. V). Una trattazione *ad hoc* verrà riservata a quei particolari atti di indagine disciplinati, *erga omnes*, dalla direttiva (cap. VI).

2. L'ordine di indagine europeo: ambito oggettivo e soggettivo di operatività

Oggetto dell'ordine di indagine europeo è uno specifico atto d'indagine da compiere in un altro Stato[24]: è possibile che l'atto richiesto – avente ad oggetto

[20] Criticamente M. DANIELE, *L'impatto*, cit., p. 2, osserva che nessuna delle disposizioni «prevede vere e proprie fattispecie probatorie» quanto, piuttosto, «norme processuali in bianco che rinviano a seconda dei casi alla *lex fori* (...) alla *lex loci* (...) o forme solo embrionali di armonizzazione». Altrettanto critico è A. SCALFATI, *Note minime*, cit., p. 218, che nella «flessibilità di fondo dei contenuti prescrittivi» rinviene l'umiliazione dei «modelli istruttori a più alto tasso di legalità».

[21] Sulla tecnica legislativa, v. G. BARROCU, *La cooperazione investigativa in ambito europeo*, cit., p. 206; F. SIRACUSANO, *Tra semplificazione e ibridismo*, cit., p. 15.

[22] M.R. MARCHETTI, *Oltre le rogatorie*, cit., p. 220 s. Più diffusamente, v. cap. VI.

[23] C. PARODI, *Intercettazioni*, in AA.VV., *Investigazioni e prove transnazionali*, Giuffrè, 2017, p. 233 s.

[24] F.M. GRIFANTINI, *Una questione aperta: le investigazioni difensive alla luce dell'ordine europeo di indagine penale*, in AA.VV., *Investigazioni e prove transnazionali*, cit., p. 292, sottolinea come, rispetto al mandato europeo di ricerca della prova, sia mutata anche la terminologia adottata: nella direttiva infatti si

persone o cose che si trovano nel territorio dello Stato di esecuzione – consista nella ricerca o nell'acquisizione di prove, comprese le prove e le informazioni già nella disponibilità dell'autorità competente dello Stato di esecuzione (c.d. dovere di disponibilità)[25].

Il meccanismo introdotto dall'ordine di indagine europeo si applica con riferimento «*a qualsiasi atto d'indagine, tranne all'istituzione di una squadra investigativa comune e all'acquisizione di prove nell'ambito di tale squadra*» (art. 3 dir.): come si è detto, primario obiettivo della direttiva è quello di sovrapporre tale strumento ai precedenti mezzi di cooperazione probatoria e, quindi, di superare la frammentarietà esistente nonché di sostituire quei mezzi di collaborazione con uno strumento unitario. Di qui il carattere "omnicomprensivo"[26] – ravvisato dai primi commentatori – dello strumento che mira a coprire qualsiasi atto di indagine ad esclusione dell'attività di acquisizione probatoria delle squadre investigative comuni[27] (art. 3 dir.) e del compimento di osservazioni transfrontaliere (*Considerando* n. 9).

Più che di indagine, in realtà, si tratta di *investigation*, termine che ricomprende tanto la ricerca quanto l'acquisizione delle prove[28] (in astratto pienamente utilizzabili nel giudizio): e, anzi, più precisamente, rientrano nell'ambito di applicazione della direttiva, da un lato, i mezzi di ricerca della

---

utilizza il termine "indagine", a significare, secondo l'Autore, che in luogo «di acquisire direttamente una prova, si tratta di svolgere una certa "indagine", e successivamente di acquisire la prova».

[25] Cfr. A. MANGIARACINA, *L'acquisizione "europea" della prova cambia volto: l'Italia attua la Direttiva relativa all'ordine europeo di indagine penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, p. 158; A. NOCERA, *Norme di attuazione*, cit. V. anche, più diffusamente, *infra*, § 4.

[26] R. BELFIORE, *La prova penale*, cit., p. 211; EAD., *Riflessioni a margine della direttiva*, cit., p. 3288 s.

[27] Tuttavia, come rileva T. BENE, *L'ordine europeo*, cit., p. 6, la squadra investigativa comune potrà utilizzare lo strumento dell'OIE per chiedere la cooperazione di uno Stato membro diverso da quelli facenti parte della squadra (cfr. art. 3 dir.). V. *infra*, § 6.

[28] G. BARROCU, *La cooperazione investigativa in ambito europeo*, cit., p. 210; M. DANIELE, *Ordine europeo di indagine*, in AA. VV., *Investigazioni e prove transnazionali*, cit., p. 53 s. Costituiscono mezzi di prova l'esame dei testimoni e delle parti, i confronti, le ricognizioni, gli esperimenti giudiziali, la perizia e i documenti, mezzi che si caratterizzano per l'attitudine ad offrire al giudice risultanze probatorie direttamente utilizzabili per la decisione. Sono mezzi di ricerca della prova l'ispezione, la perquisizione, il sequestro, le intercettazioni che non sono in sé fonte di convincimento ma consentono di acquisire cose materiali, tracce o dichiarazioni dotate di attitudine probatoria; cfr. V. GREVI (agg. G. ILLUMINATI), *Prove*, in G. CONSO-V. GREVI-M. BARGIS (a cura di), *Compendio di procedura penale*, , 9ª ed., Cedam, 2018, p. 301 s.

prova, come le intercettazioni e il sequestro, dall'altro, le prove in senso stretto, quali i documenti o le prove dichiarative[29].

Un sintetico accenno va fatto all'ambito soggettivo di operatività dell'OEI, con la precisazione che il tema è meglio affrontato là dove si andrà a precisare il contenuto del decreto attuativo (cap. V, § 1). Le autorità cui è attribuito il potere di emettere l'ordine di indagine europeo sono indicate dall'art. 2 dir. che, tra le "autorità di emissione"[30], contempla «*un giudice, un organo giurisdizionale, un magistrato inquirente o un pubblico ministero competente nel caso interessato*» o «*qualsiasi altra autorità competente, definita dallo Stato di emissione che, nel caso di specie, agisca in qualità di autorità inquirente nel procedimento penale e sia competente a disporre l'acquisizione di prove in conformità del diritto nazionale. Inoltre, prima di essere trasmesso all'autorità di esecuzione, l'OEI è convalidato, previo esame della sua conformità alle condizioni di emissione di un OEI ai sensi della presente direttiva, in particolare le condizioni di cui all'articolo 6, paragrafo 1, da un giudice, un organo giurisdizionale, un magistrato inquirente o un pubblico ministero nello Stato di emissione. Laddove l'OEI sia stato convalidato da un'autorità giudiziaria, quest'ultima può anche essere considerata l'autorità di emissione ai fini della trasmissione dell'OEI*». La direttiva, pertanto, consente agli Stati di attribuire il suddetto potere anche ad "altre autorità" che abbiano compiti inquirenti nel procedimento e siano competenti a disporre l'atto di indagine richiesto[31].

Specularmente l'autorità di esecuzione è indicata come «*un'autorità competente a riconoscere un OEI e ad assicurarne l'esecuzione conformemente*

[29] In particolare, rispetto a queste ultime prove, si è osservato che «nelle prove dichiarative si riflettono i diversi stili processuali che rispecchiano un diverso contenuto del principio di legalità processuale: mentre nel sistema accusatorio è libera la valutazione ma è vincolato il metodo di acquisizione delle prove», «nel sistema inquisitorio è vincolata la valutazione delle prove ma è libero il loro metodo di formazione», così, A. BALSAMO, *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*, cit., p. 227.

[30] S. MONTALDO, *A caccia di… prove*, cit., p. 2, attribuisce alla «emancipazione dal preventivo vaglio politico» il tratto distintivo dello strumento di cooperazione prefigurato dalla direttiva.

[31] Il Regolamento UE 2018/1727 del 14 novembre 2018 che istituisce l'Agenzia dell'Unione europea per la cooperazione giudiziaria penale (*Eurojust*), all'art. 8, par. 3°, lett. *b* consente ai membri nazionali di *Eurojust*, di concerto con l'autorità nazionale competente di disporre, di chiedere o eseguire misure investigative a norma della direttiva 2014/41/UE del Parlamento europeo e del Consiglio.

alla presente direttiva e alle procedure applicabili in un caso interno analogo. Tali procedure potrebbero comportare l'autorizzazione di un organo giurisdizionale nello Stato di esecuzione, ove previsto dal diritto nazionale di quest'ultimo».

Inoltre, la direttiva (art. 1, par. 3° dir.) introduce l'innovativa legittimazione dell'indagato, dell'imputato e dei loro difensori «*nel quadro dei diritti della difesa applicabili conformemente al diritto e alla procedura penale nazionale*»[32]. Simile iniziativa non è però autonoma bensì "filtrata" dalla richiesta alle autorità di cui sopra; inoltre, le investigazioni difensive, già escluse dalla cooperazione giudiziaria *tout court*, non trovano alcuno spazio nel provvedimento di nuovo conio[33].

Il perimetro entro cui può essere emesso un ordine di indagine europeo è delimitato dall'art. 4 della direttiva: campo d'elezione è il procedimento penale «*avviato da un'autorità giudiziaria, o che può essere promosso davanti alla stessa, relativamente a un illecito penale ai sensi del diritto nazionale dello Stato*

---

[32] Cfr. M. CAIANIELLO, *La nuova direttiva UE sull'ordine europeo di indagine penale tra mutuo riconoscimento e ammissione reciproca delle prove*, in *Proc. pen. giust*., 2015, 3, p. 7; ID., *Verso l'attuazione della direttiva UE sull'ordine europeo di indagine penale*, in M. CAIANIELLO-A. DI PIETRO (a cura di), *Indagini penali e amministrative*, cit., p. 313. In dottrina, v. anche T. ALESCI, *Le garanzie difensive e il ruolo del difensore nello spazio giudiziario europeo alla luce della direttiva sull'OEI*, in T. BENE-L. LUPÀRIA-L. MARAFIOTI (a cura di), *L'ordine europeo di indagine*, cit., p. 104; R. BELFIORE, *Riflessioni a margine della direttiva*, cit., p. 3294 s.; R. PICCIRILLO, *I profili funzionali e strutturali dell'Ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 60 s.; F. SIRACUSANO, *Tra semplificazione e ibridismo*, cit., p. 15. E. SELVAGGI, *Può essere emesso anche su richiesta dell'imputato*, cit., p. 43, saluta con favore la previsione sottolineando che la posizione di assoluta marginalità dei diritti della difesa si pone in contrasto con il codice «che tende a realizzare un processo che privilegia la parità delle parti, specie nell'acquisizione della prova». Al contrario, ad avviso di R. BELFIORE, *La prova penale*, cit., p. 221 s., la previsione ha mero valore simbolico, non avendo effettivo valore innovativo, atteso che la difesa può comunque sollecitare l'autorità procedente. In ogni caso, tale facoltà non è estesa alla persona offesa e alle altre parti private, come sottolinea C. PONTI, *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 *Leg. pen*. on line, 2 ottobre 2017, p. 22. Più diffusamente cap. V, §§ 5 s.

[33] A. NOCERA, *Norme di attuazione*, cit. V. anche T. BENE, *L'ordine di indagine*, cit., p. 4 s., secondo cui «sulla difesa grava un deficit informativo che compromette fortemente la possibilità di coltivare efficientemente la propria strategia difensiva»: secondo l'Autrice, il rinvio *tout court* alle legislazioni nazionali ripropone le problematiche relative alla (mancata) armonizzazione. R. PICCIRILLO, *I profili funzionali*, cit., p. 60, invece, mostra una possibile apertura della previsione in sede di trasposizione: «in un'ottica minimalista, si potrebbe prevedere, per il giudice investito della richiesta di OEI avanzata dall'imputato, un dovere di decidere con provvedimento motivato. In un'ottica più espansiva, si potrebbe immaginare un modulo "quasi recettizio", analogo a quello previsto dagli ultimi commi dell'art. 391 *bis* c.p.p.». V. anche T. ALESCI, *Le garanzie difensive e il ruolo del difensore*, cit., p. 101 s.; D. CIMADOMO, *Ordine europeo di indagine penale e garanzie della difesa. Brevi osservazioni a margine della direttiva 2014/41/UE*, *ibidem*, p. 219 s. Più diffusamente, v. cap. V, § 6.

di emissione»[34]. Nondimeno la direttiva apre alla possibilità che lo strumento venga utilizzato anche in 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, segnatamente, in materia penale*»; inoltre, è possibile utilizzare l'ordine di indagine europeo anche all'interno 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, segnatamente, in materia penale*»[35]; infine, in connessione con i procedimenti già indicati «*relativi a reati o violazioni per i quali una persona giuridica può essere considerata responsabile o punita nello Stato di emissione*»[36].

Il modulo da completare e firmare da parte dell'autorità di emissione (allegato A) deve contenere la «*descrizione dell'atto o degli atti da compiere e degli elementi di prova da ottenere*», al di là della denominazione, il che consente, allo Stato di esecuzione, di scegliere l'atto con maggiore elasticità (art. 5 dir.)[37]. Inoltre, deve contenere «*una descrizione della condotta penale che forma oggetto dell'indagine o del procedimento e le disposizioni di diritto penale applicabili dello Stato di emissione*». Tale previsione è deputata a consentire allo Stato di esecuzione di esercitare i motivi di non riconoscimento, di non esecuzione o di rinvio giustificati da elementi di incompatibilità con

[34] La legittimazione attiva prevalentemente ristretta alle autorità giudiziarie è stata criticata da chi ha posto in luce la miopia del legislatore eurounitario riguardo all'incremento «delle intersezioni fra diritto penale ed amministrativo compiuto negli ultimi decenni»: è infatti sempre prevista la convalida dell'OIE emesso «nel quadro di un procedimento avviato dalle autorità amministrative», cfr. G. LASAGNI, *Profili critici*, cit., p. 348. Rispetto ai procedimenti relativi ai reati di terrorismo è da considerare la clausola di non esecuzione contemplata dall'art. 11 dir. cit. secondo cui lo Stato richiesto può rifiutare l'esecuzione dell'attività investigativa oggetto dell'ordine di indagine quando ciò possa esporre a pericolo la sicurezza nazionale o la riservatezza delle fonti di *intelligence* (v. *infra*, § 5). Nelle indagini di terrorismo tale clausola potrebbe essere frequentemente invocata dagli Stati di esecuzione con l'effetto di ridimensionare la portata del mutuo riconoscimento nelle attività investigative (V. SPINOSA, *La cooperazione giudiziaria*, cit., p. 166).

[35] Cfr. già nella decisione-quadro sul m.e.r.

[36] G. BARROCU, *La cooperazione investigativa in ambito europeo*, cit., p. 216 s.

[37] G. BARROCU, *op. ult. cit.*, p. 218 s.

l'ordinamento dello Stato di esecuzione o con procedimenti già in corso[38], mentre la previsione di un modulo *standard* consente di uniformare le richieste (più diffusamente, v. cap. V, § 2).

3. Le note di fondo dell'ordine di indagine europeo

I tratti caratteristici dell'ordine europeo di indagine possono essere individuati nella semplificazione, nell'omnicomprensività, nel sincretismo, nel richiamo ai principi di proporzionalità e di territorialità.

Come già osservato, la direttiva 2014/41/UE intende interrompere la pregressa esperienza di "frammentazione" che ha connotato il sistema di acquisizione di prove all'estero in cui convivevano strumenti di assistenza giudiziaria e strumenti di mutuo riconoscimento[39]. La direttiva, infatti, sostituisce gli strumenti di "assistenza giudiziaria" consistenti nella Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale del Consiglio d'Europa del 20 aprile 1959[40] e i relativi protocolli aggiuntivi nonché la Convenzione relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea del 29 maggio 2000[41] ed il relativo protocollo. È bene precisare, però, che l'art. 34 della direttiva stabilisce che la sostituzione degli strumenti giuridici precedenti non è totale ma riguarda soltanto «*le disposizioni corrispondenti*»[42]. Gli strumenti di "mutuo riconoscimento" superati dalla direttiva sono, invece, la decisione-quadro 2008/978/GAI, in tema di mandato europeo di ricerca delle prove e la decisione-quadro 2003/577/GAI, relativa all'esecuzione dei provvedimenti di blocco dei beni o di sequestro probatorio.

---

[38] G. BARROCU, *op. ult. cit.*, p. 219. Più ampiamente *infra*, §§ 4 e 5.
[39] Tra i tanti, R. BELFIORE, *La prova penale*, cit., p. 207; R. PICCIRILLO, *I profili funzionali*, cit., p. 57.
[40] La Convenzione del 1959 è stata firmata a Strasburgo il 20 aprile 1959 e ratificata dall'Italia e resa esecutiva con l. 23 febbraio 1961, n. 215; v. R. BELFIORE, *La prova penale*, cit., p. 127 s.; M. CAIANIELLO, *Verso l'attuazione*, cit., p. 307.
[41] L'Italia ha vi ha dato attuazione con il d.lgs. 5 aprile 2017, n. 52; v. cap. I, § 2.
[42] Sul punto, v. S. MONTALDO, *La scadenza del termine di recepimento*, cit., p. 28. Da ultimo, v. anche 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*, Cedam, 2019, p. 215 s.

La previsione di un unico strumento obbedisce al principio-guida della semplificazione[43] del sistema di acquisizione delle prove all'estero, livellando – con un'unica procedura – forme di cooperazione ispirate a canoni diversi e con macchinose ed eccentriche discipline.

Un ulteriore carattere è quello dell'omnicomprensività[44] che riguarda la tipologia di "prova" che si intenda ottenere in un altro ordinamento (quelle reali, quelle in senso lato documentali, quelle dichiarative nonché le intercettazioni di comunicazioni[45] e le operazioni sotto copertura[46]): l'unica esclusione, espressamente prevista dall'art. 3, concerne i risultati acquisiti dalle squadre investigative comuni[47].

Un altro tratto distintivo del provvedimento normativo è il c.d. sincretismo: con l'ordine di indagine europeo, mutuo riconoscimento e procedure tradizionali di assistenza giudiziaria disciplinate dalle fonti previgenti si combinano, dando vita a soluzioni normative ibride, a seconda del tasso di influenza dell'uno o dell'altro modello[48].

Esempi del recepimento del principio del mutuo riconoscimento sono il dovere di dare esecuzione prescindendo dal vaglio della doppia incriminazione

---

[43] Cfr. M. CAIANIELLO, *La nuova direttiva*, cit., p. 3.

[44] A proposito dell'omnicomprensività, v. M. CAIANIELLO, *Verso l'attuazione*, cit., p. 307 s.; ID., *La nuova direttiva*, cit., p. 3.

[45] Sul tema, R.G. GRASSIA, *La disciplina delle intercettazioni: l'incidenza della direttiva 2014/41/UE sulla normativa italiana ed europea*, in T. BENE-L. LUPÀRIA-L. MARAFIOTI (a cura di), *L'ordine europeo di indagine*, cit., p. 199 s.

[46] Queste ultime, per precisione, disciplinate nel capo dedicato ai determinati atti di indagine.

[47] Per un quadro sulle squadre investigative comuni, G. BARROCU, *La cooperazione investigativa in ambito europeo*, cit., p. 143 s.; M. PERROTTI, *Squadre investigative comuni in ambito euro unitario. Dalla decisione quadro alla normativa nazionale*, in *Dir. pen. proc*., 2016, p. 1007 s.

[48] In dottrina, v. M. CAIANIELLO, *Verso l'attuazione*, cit., p. 308 s.; ID., *La nuova direttiva*, cit., p. 3; ID., *L'attuazione della direttiva sull'ordine europeo di indagine penale e le sue ricadute nel campo del diritto probatorio*, in *Cass. pen*., 2018, p. 2200 s. V. anche T. BENE, *Direttive europee*, cit., p. 684 s.; G. DE AMICIS, *Dalle rogatorie*, cit., p. 27 s.; R. DEL COCO, *Ordine europeo di indagine e poteri sanzionatori del giudice*, in *Dir. pen. cont*., 21 dicembre 2015, p. 7; EAD., *Circolazione della prova e poteri sanzionatori del giudice*, in T. BENE-L. LUPÀRIA-L. MARAFIOTI (a cura di), *L'ordine europeo di indagine*, cit., p. 185 s.; J.A.E. VERVAELE, *Il progetto di decisione quadro sul mandato di ricerca della prova*, in G. ILLUMINATI (a cura di), *Prova penale e Unione europea*, BUP, 2009, p. 154. F. SIRACUSANO, *Tra semplificazione e ibridismo*, cit., p. 8 s., in particolare, rileva che «benché formalmente ascrivibile al novero degli "ordini" (secondo la declinazione imposta dal mutuo riconoscimento), l'ordine di indagine «assume sostanzialmente i connotati di una richiesta (in linea con il modello di mutua assistenza) che non vincola automaticamente l'autorità "ricevente" sia in ordine all'*an*, sia per quanto concerne il *quomodo* della sua esecuzione».

per una lista di 32 reati (art. 11, par. 1°, lett. *g* dir.; allegato D), il dovere di eseguire il provvedimento «*senza imporre ulteriori formalità*» e assicurandole l'esecuzione con «*le stesse modalità*» con cui si procederebbe se l'atto fosse stato disposto da un'autorità dello Stato di esecuzione (art. 9, par. 1° dir.)[49].

All'alveo della tradizionale assistenza, invece, va ricondotta la pratica dello scambio spontaneo di informazioni[50]. Ma anche il complessivo sistema di accordi e consultazioni tra le autorità interessate, finalizzato all'individuazione di modalità condivise, rappresenta un allontanamento dal modello dell'ordine che caratterizza un sistema purista basato sul mutuo riconoscimento[51].

Infine, questi modelli tradizionali si combinano, ulteriormente, con un limitato utilizzo di norme minime, aprendo così la strada all'armonizzazione[52], l'ultima frontiera della cooperazione giudiziaria. Ispirati all'ultimo modello citato sono le disposizioni contenute nel Capo IV della direttiva contenente "Disposizioni specifiche per determinati atti di indagine" (trasferimento di persone detenute, audizione mediante videoconferenza o teleconferenza, informazioni bancarie e finanziarie, operazioni di infiltrazione) e nel Capo V relativo alla "Intercettazione di telecomunicazioni"[53].

---

[49] Secondo M. DANIELE, *L'impatto*, cit., p. 5, l'accoglimento integrale del principio del mutuo riconoscimento comporterebbe il rispetto assoluto della *lex fori* anche quando la *lex loci* prevedesse regole istruttorie differenti; l'Autore ritiene che così facendo, però, si «sterilizzerebbe ogni tentativo di armonizzare le discipline nazionali» perché, se gli Stati nutrono aspettative circa la «spendibilità delle proprie norme ai fini della raccolta delle prove all'estero» non vi sarebbe interesse «ad accordarsi per la previsione di norme comuni». Riguardo a questa prospettiva, v. anche O. MAZZA, *Presunzione d'innocenza e diritto di difesa*, in *Dir. pen. proc*., 2014, p. 1401 s.

[50] Cfr. M. CAIANIELLO, *La nuova direttiva*, cit., p. 4.

[51] Al riguardo, v. R.E. KOSTORIS, *L'attuazione in Italia dell'ordine europeo di indagine penale*, in ID., *Processo penale e paradigmi europei*, Giappichelli, 2018, p. 128.

[52] Secondo F. SIRACUSANO, *Tra semplificazione e ibridismo*, cit., p. 12, tali disposizioni sono giustificate dalla volontà di «offrire una tutela "rinforzata" ad alcuni diritti» incisi da determinati atti investigativi perché più suscettibili di interferire invasivamente «con i diritti fondamentali della persona». Secondo l'Autore «si tratta di sfumati prodromi di omologazione di alcune procedure di acquisizione probatoria», di «soluzioni idonee a introdurre un buon viatico lungo la strada dell'auspicata armonizzazione». V. anche M. DANIELE, *L'impatto*, cit., p. 64.

[53] Rinviando al cap. VI, va subito ricordato che alcuni di questi atti di indagine rievocano quanto previsto nella Convenzione di assistenza giudiziaria in materia penale del 29 maggio 2000 (si tratta del trasferimento di persone detenute, delle audizioni mediante videoconferenza o conferenza telefonica che consentono che la prova sia raccolta dallo Stato di emissione nel rispetto della *lex fori*). In dottrina, v. R. BELFIORE, *Riflessioni a margine della direttiva*, cit., p. 3289 s.; R. DEL COCO, *Ordine di indagine*, cit., p. 8.

Altra caratteristica peculiare dell'ordine di indagine europeo è data dalla proporzionalità[54]: di fronte ad una richiesta di assistenza per l'acquisizione di un atto probatorio, sia lo Stato emittente che quello di esecuzione devono porre in essere il triplice vaglio del canone di proporzione: idoneità, necessità e proporzionalità in senso stretto[55]. Si tratta di intessere un dialogo con le autorità straniere privo di interferenze governative nonché di convogliare le valutazioni in termini di idoneità e necessità del dato richiesto dall'ordine di indagine[56] (v. cap. IV, § 4). È appena il caso di osservare che il vaglio di proporzionalità costituisce una deroga al principio del reciproco riconoscimento[57], confermando le forme ibride dell'articolato della direttiva.

Infine, la direttiva si caratterizza per il richiamo del principio di territorialità, tratto tipico del modello di mutua assistenza[58]. Tra i motivi di non

---

[54] M. CAIANIELLO, *La nuova direttiva*, cit., p. 5 s., sottolinea che nella direttiva, il concetto di proporzionalità «va ben oltre il mero raffronto tra mezzi e fini, per spingersi a un sindacato sullo strumento probatorio richiesto dallo Stato emittente. In dottrina, v. anche R. BELFIORE, *Riflessioni a margine della direttiva*, cit., p. 3293; M. DANIELE, *L'impatto*, cit., p. 19 s.; ID., *L'esclusione*, cit., p. 365; ID., *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 s.; 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, 1, p. 1 s.; M.R. MARCHETTI, *Rapporti giurisdizionali con autorità straniere*, in G. CONSO-V. GREVI-M. BARGIS (a cura di), *Compendio di procedura penale*, 9ª ed., Cedam, 2018, p. 1137; M.M. PISANI, *Problemi di prova*, cit., p. 23 s.; F. RUGGIERI, *Le nuove frontiere dell'assistenza penale internazionale: l'ordine europeo di indagine penale*, in *Proc. pen. giust.*, 2018, p. 137 s.; E. SELVAGGI, *L'ordine europeo di indagine – EIO: come funziona?*, in *Cass. pen*., 2018, p. 47 s.; F. SIRACUSANO, *Tra semplificazione e ibridismo*, cit., p. 13 s.; A. TICONO PASTRANA, *L'ordine europeo*, cit., p. 351. Più in generale, M. HEINTZEN, *Il principio di proporzionalità*, Mucchi, 2015. Il tema è affrontato più diffusamente nell'ambito del § 10, a proposito del recepimento di tale principio nel decreto attuativo.

[55] Così, M. CAIANIELLO, *Verso l'attuazione*, cit., p. 312.

[56] Occorre «governare le scelte probatorie di autorità coinvolte in una relazione dialogica priva di qualsiasi interferenza governativa, perché esclusivamente di tipo intergiurisdizionale, canalizzandone su ben precise direzioni il percorso valutativo dei canoni di idoneità e necessità del dato probatorio oggetto della richiesta»: in questi termini, G. DE AMICIS, *Dalle rogatorie*, cit., p. 27.

[57] In questo senso, M. CAIANIELLO, *Verso l'attuazione*, cit., p. 312; R.E. KOSTORIS, *L'attuazione in Italia dell'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 128. Segnala la contraddizione anche G. DE AMICIS, *Lineamenti della riforma del libro XI del codice di procedura penale*, in *Dir. pen. cont*., 19 aprile 2019, p. 10, a proposito della mancata previsione del vaglio di proporzionalità all'interno del Titolo I *bis* del Libro XI del codice di procedura penale, precisando che vi è «una ineliminabile frattura nei rapporti fra il principio del reciproco riconoscimento e quello di proporzionalità»: il mutuo riconoscimento, infatti, presuppone una reciproca fiducia comportando «una sorta di automaticità nell'esecuzione» e casi di rifiuto «limitati e tassativi» mentre il principio di proporzionalità «si fonda sulla previsione di un margine di apprezzamento da parte delle autorità nazionali sia in fase di emissione che di esecuzione della richiesta».

[58] Così, F. SIRACUSANO, *Tra semplificazione e ibridismo*, cit., p. 10. V. anche M. CAIANIELLO, *Verso l'attuazione*, cit., p. 314.

riconoscimento o di non esecuzione dell'ordine di indagine europeo, previsti dall'art. 11 dir., si legge che «*l'autorità di esecuzione può rifiutare il riconoscimento o l'esecuzione di un OEI qualora l'OEI si riferisca ad un reato che si presume commesso fuori dal territorio dello Stato di emissione e interamente o parzialmente nel territorio dello Stato di esecuzione, e la condotta per la quale l'OEI è emesso non costituisca reato nello Stato di emissione*» (par. 1°, lett. *e*) (v. *infra*, § 5).

4. Il procedimento: l'emissione e la trasmissione dell'ordine di indagine

La direttiva non distingue (a differenza di quanto fa il decreto legislativo di recepimento) tra procedura attiva e procedura passiva ma dedica un Capo (II) alle procedure e garanzie per lo Stato di emissione e un altro (III) alle procedure e garanzie per lo Stato di esecuzione. Dall'intreccio di queste disposizioni si ricavano le scansioni procedurali che possono essere individuate in cinque fasi, non necessariamente esistenti in concreto: emissione, rifiuto, esecuzione, impugnazione, utilizzabilità delle prove raccolte[59].

Legittimati ad emettere[60] un ordine di indagine europeo, come si è visto, sono, indifferentemente, gli organi inquirenti e quelli giudicanti. In questa fase domina il principio di proporzionalità[61] che riguarda sia l'autorità emittente che quella di esecuzione ed è volto ad evitare un uso abnorme dello strumento, astrattamente utilizzabile anche per reati di scarsa gravità[62] (il tema è approfondito, con riferimento al decreto attuativo, nel cap. V, § 4).

---

[59] Individua tali scansioni M. DANIELE, *Ricerca e formazione della prova*, in R.E. KOSTORIS (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, Giuffrè, 2017, p. 419; S. TESORIERO, *La cooperazione*, cit., p. 59.

[60] Precisa M. DANIELE, *L'esclusione*, cit., p. 359, che, in realtà, l'ordine di indagine europeo «nella sostanza si risolve in una "richiesta" di acquisizione probatoria» perché l'autorità di esecuzione «non è automaticamente tenuta ad eseguire l'OEI così come gli viene rivolto, ma ha la possibilità – sia pure entro certi limiti – di adottare regole di acquisizione probatoria diverse da quelle indicategli, o addirittura di rifiutarne l'esecuzione». Secondo l'Autore, dunque, l'ordine di indagine non è tanto diverso dalla rogatoria nella versione della Convenzione MAP del 2000. V. anche nt. 49.

[61] Circa la genesi e lo sviluppo del principio di proporzionalità, in sintesi, F. FALATO, *La proporzione*, cit., p. 21 s.

[62] Sul valore del principio di proporzionalità nella fase di emissione, v. R. BELFIORE, *Riflessioni a margine della direttiva*, cit., p. 3293 s.; EAD., *La prova penale*, cit., p. 215; M. DANIELE, *L'esclusione*,

La prima, infatti, può emettere un ordine di indagine solo se «*necessario e proporzionato ai fini del procedimento*» (art. 6, par. 1°, lett. *a* e *b* dir.)[63]. L'autorità di emissione deve compiere una graduale valutazione: rilevanza (idoneità in astratto della prova richiesta)[64] (art. 6, par. 1°, lett. *a* dir.), necessarietà (deve escludersi vi siano altri mezzi alternativi meno intrusivi e parimenti efficaci) (art. 10, par. 3° dir.) e proporzionalità in senso stretto[65]. Inoltre, l'autorità di emissione deve verificare la legalità dell'emissione dello specifico atto richiesto nel senso che deve verificare che l'atto di indagine richiesto nell'OIE risulti o meno disponibile in un caso interno analogo (art. 6, par. 1° lett. *b* dir.), altrimenti lo Stato emittente potrebbe abusare della necessità di far eseguire un atto ad uno Stato diverso, atto che lo Stato emittente internamente neppure potrebbe compiere[66]. In questa valutazione domina la *lex fori*[67]. Nondimeno, il controllo di proporzionalità compete anche all'autorità di esecuzione e si estrinseca nella facoltà di consultare l'autorità di emissione quando abbia motivo di ritenere che l'atto non sia proporzionato (l'autorità emittente può decidere di ritirare l'atto, art. 6, par. 1-3 dir.)[68]. L'art. 6, par. 3°

---

cit., p. 365; ID., *I chiaroscuri dell'OEI e la bussola della proporzionalità*, cit., p. 67 s.; F. RUGGIERI, *Le nuove frontiere*, cit., p. 137 s.; E. SELVAGGI, *L'ordine europeo di indagine*, cit., p. 47 s. A. TICONO PASTRANA, *L'ordine europeo*, cit., p. 351, rileva che il requisito della proporzionalità ha suscitato ampi dibattiti ed è stato introdotto perché non in tutti gli Stati vi è un controllo giudiziale preventivo e molti atti di indagine «vengono ordinati e svolti dalla polizia».

[63] La previsione è analoga all'art. 7 decisione-quadro m.e.r.

[64] Si tratta di una valutazione logica riguardo alla «capacità del dato probatorio richiesto in astratto di raggiungere l'obiettivo prefissato», M. CAIANIELLO, *Verso l'attuazione*, cit., p. 312.

[65] Sul tema, v. M. CAIANIELLO, *Verso l'attuazione*, cit., p. 312.

[66] Questo vaglio rappresenta il profilo della valutazione giuridica che, insieme alla valutazione logica, compone il vaglio di ammissibilità. Vengono così assorbite le regole di ammissibilità previste dalla *lex fori*, così da escludere l'elusione della normativa nazionale. Sull'argomento, M. DANIELE, *L'impatto*, cit., p. 4. V. anche R. BELFIORE, *La prova penale*, cit., p. 213 s.

[67] Così, G. BARROCU, *La cooperazione investigativa in ambito europeo*, cit., p. 211.

[68] R. DEL COCO, *Ordine europeo di indagine*, p. 7, evidenzia che si tratta di un «controllo frazionato e congiunto sulla proporzionalità» che è rafforzato dalla inedita «possibilità di un confronto tra lo Stato di esecuzione e quello di emissione, all'esito del quale lo Stato richiedente può decidere di desistere dalla propria iniziativa». In questo senso anche G. BARROCU, *La cooperazione investigativa in ambito europeo*, cit., p. 212. Critica è R. BELFIORE, *Riflessioni a margine della direttiva*, cit., p. 3293 s., che dubita che vi sia concreta possibilità, per l'autorità di esecuzione, «di verificare il mancato rispetto» delle condizioni di emissione, tanto che la previsione induce a ritenere configurato un ulteriore (e surrettizio) motivo di rifiuto che risulterebbe, di fatto, «incompatibile con lo spirito di assistenza giudiziaria» [*recte*, cooperazione?] «improntato al mutuo riconoscimento», come già dichiarato, rispetto al m.a.e., dalla Commissione e dal Consiglio. Anche G. BARROCU, *La cooperazione investigativa in ambito europeo*, cit., p. 213, denuncia l'antinomia rispetto al principio del riconoscimento reciproco.

dir., infatti, prevede che se lo Stato di esecuzione ha motivo di ritenere che non siano state rispettate le condizioni «*può consultare l'autorità di emissione in merito all'importanza di eseguire l'OEI*» e, a seguito di tale consultazione, l'autorità emittente «*può decidere di ritirare l'OEI*»[69]. Inoltre, l'autorità di esecuzione può ricorrere ad atto diverso da quello richiesto quando ritenga di poter raggiungere lo stesso risultato probatorio con un mezzo meno intrusivo (art. 10, par. 3° dir.): in ciò si esprime il principio di proporzionalità in capo all'autorità di esecuzione[70].

Ritenuto l'atto di indagine necessario e proporzionale, l'ordine di indagine va trasmesso all'autorità dello Stato di esecuzione. L'art. 7 della direttiva – in aperto contrasto con le modalità caratteristiche della assistenza giudiziaria di cui le rogatorie costituiscono l'archetipo – prevede la trasmissione diretta delle richieste di collaborazione tra le autorità[71]. Rimane possibile nominare un'autorità centrale per assistere le autorità competenti ma – nel nuovo sistema di cooperazione europea – il ruolo delle autorità politiche centrali sarà limitato a compiti amministrativi di ricezione e materiale trasmissione delle richieste, mentre viene meno il filtro politico *tout court*. La trasmissione può avvenire con ogni mezzo che consenta di conservarne traccia scritta, anche avvalendosi del sistema protetto di telecomunicazione istituito in seno alla Rete giudiziaria

[69] Secondo G. BARROCU, *La cooperazione investigativa in ambito europeo*, cit., p. 212, si tratta di una opportunità che consente di «condividere informazioni investigative ben più approfondite di quelle indicate nel *format* allegato alla direttiva». V., anche, R. BELFIORE, *La prova penale*, cit., p. 216.

[70] Su questi aspetti R. BELFIORE, *La prova penale*, cit., p. 213 s.; M. CAIANIELLO, *Verso l'attuazione*, cit., p. 311; M. DANIELE, *L'impatto*, cit., p. 4 s. Vedi anche, S. TESORIERO, *La cooperazione*, cit., p. 60 s., secondo il quale il ricorso alla proporzionalità, come potrebbe svelare forme di sfiducia tra i Paesi, potrebbe anche «incidere positivamente sull'effettività della cooperazione, stimolando il dialogo a livello giudiziario e il ravvicinamento tra gli ordinamenti nazionali, così rafforzando, in definitiva, i presupposti indispensabili di ogni forma di assistenza». F. SIRACUSANO, *Tra semplificazione e ibridismo*, cit., p. 17, evoca il rischio di una eccessiva discrezionalità dell'autorità giudiziaria, chiamata a compiere il vaglio di proporzionalità, che potrebbe preferire istanze di tipo efficientista a discapito dei diritti fondamentali della persona.

[71] Le procedure sono giurisdizionalizzate, nel senso che è promosso un sistema di contatti diretti tra autorità giudiziarie competenti, senza il filtro del rappresentante politico. In realtà già con la Convenzione di Bruxelles del 2000 le richieste di assistenza erano inviate direttamente tra autorità giudiziarie; tuttavia, era necessario l'*exequatur*, cioè il recepimento formale di una decisione straniera nell'ordinamento interno, cfr. R. BELFIORE, *La prova penale*, cit., p. 224. V. anche M.R. MARCHETTI, *Oltre le rogatorie*, cit., p. 216 s.

europea con la decisione-quadro 2008/976/GAI[72]. All'ausilio di quest'ultima è possibile fare affidamento anche per individuare l'autorità dello Stato di esecuzione competente nel singolo caso a ricevere l'ordine di indagine. La direttiva ha previsto che ciascun Paese dovrà stabilire, secondo criteri interni, un riparto di competenza: è infatti necessario che gli altri Stati siano in grado di individuare in via preventiva l'organo a cui far pervenire l'ordine di indagine. In caso di errore, l'autorità incompetente deve ritrasmettere l'ordine di indagine all'autorità correttamente individuata in base alle regole interne di competenza, informandone l'autorità dello Stato di emissione. Se si verificano problemi nella materiale trasmissione del documento oppure sorgono dubbi sulla sua autenticità, occorre passare attraverso i canali informali di comunicazione diretta tra le autorità di emissione e di esecuzione.

5. (*Segue*) l'attività dell'autorità di esecuzione

Trasmesso l'ordine di indagine, l'autorità ricevente, restituito senza ritardo e comunque entro una settimana l'allegato B (contenente la conferma di avvenuta ricezione)[73], in attuazione del canone del mutuo riconoscimento che sottintende la mancanza di procedure di conversione o sindacati di sorta, lo riconosce senza ulteriori formalità: la circolazione di provvedimenti dovrebbe così essere favorita[74]. La tempistica predeterminata segna un ulteriore distacco dalla normativa previgente e, accanto alla logica sottesa del mutuo riconoscimento, va ad affrancare la cooperazione giudiziaria dalle forme di mutua assistenza, allontanando le nuove forme dai modelli antiquati ancora larvatamente ossequiosi del principio di sovranità.

Termini brevi sono previsti per evadere la richiesta («*la stessa celerità e priorità usate in un caso interno analogo*», il «*più rapidamente possibile*» e, in

[72] Così, G. BARROCU, *La cooperazione investigativa in ambito europeo*, cit., p. 220 s.
[73] Cfr. G. BARROCU, *op. ult. cit.*, p. 221 s.
[74] Sul punto, R. BELFIORE, *Riflessioni a margine della direttiva*, cit., p. 3291. Lo afferma, a proposito del m.e.r. (benché analoghe considerazioni possano essere fatte riguardo all'ordine di indagine europeo), anche V. CAMPILONGO, *La circolazione della prova*, cit., p. 713.

ogni caso, «*entro trenta giorni*» dalla ricezione dell'ordine di indagine da parte dell'autorità di esecuzione (art. 12 dir.) ma non sono previste sanzioni per la inosservanza, lasciando così la tempistica alla buona volontà delle autorità coinvolte[75] (resta da considerare l'eventuale pregiudizio dei rapporti diplomatici tra gli Stati). È invece previsto che il termine possa essere prorogato di ulteriori trenta giorni, con immediato avviso all'autorità di emissione, e indicazione dei motivi che impediscono all'autorità di decidere entro il termine originario (par. 5°). Questa previsione consente di alimentare un dialogo tra le autorità giudiziarie e di vincolare lo Stato di esecuzione a motivare le ragioni della mancata o tardiva evasione della richiesta di esecuzione dell'ordine trasmesso. Una regola speciale è prevista dal 2° par. per motivi riguardanti scadenze di termini interni al procedimento, gravità dei fatti o altri motivi di urgenza tali da richiedere il compimento dell'atto in tempi più celeri o in una data precisa. A fronte di tale richiesta l'autorità di esecuzione dovrà prendere in «*massima considerazione*» le esigenze espresse dall'autorità di emissione.

L'esecuzione avviene con le medesime modalità con cui si darebbe seguito allo stesso atto di indagine se fosse stato disposto da un'autorità interna (art. 9 dir.). Si applica, dunque, la *lex loci*, la legge del luogo di esecuzione dell'atto da compiere. Si è osservato, tuttavia, che si delinea un disallineamento rispetto a quanto presupporrebbe il principio del reciproco riconoscimento: un modello ispirato al mutuo riconoscimento imporrebbe l'uso esclusivo della *lex fori* nell'esecuzione della richiesta[76].

È, però, previsto che, salvo che vi sia un conflitto con i principi fondamentali dello Stato di esecuzione, quest'ultimo debba attenersi «*alle formalità e alle procedure espressamente indicate dall'autorità di emissione*» (art. 9, par. 2° dir.)[77]. In un'unica disposizione è contenuto un compromesso tra

[75] In questo senso, R. BELFIORE, *La prova penale*, cit., p. 228.
[76] Tra gli altri, G. BARROCU, *La cooperazione investigativa in ambito europeo*, cit., p. 211.
[77] Così, già l'art. 12 decisione-quadro m.e.r. Si tratta di garantire un «elevato grado di compatibilità della prova con l'ordinamento del processo di destinazione», R. BELFIORE, *La prova penale*, cit., p. 208. V. anche R.E. KOSTORIS, *L'attuazione in Italia dell'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 127, che

lex loci e *lex fori*: se lo Stato di emissione indica espressamente formalità e procedure da seguire, lo Stato di esecuzione deve seguirle fino all'ipotesi-limite in cui vi sia un contrasto con i propri principi fondamentali del diritto dello Stato di esecuzione (*lex loci*)[78]; si tratta, a ben vedere, di una sorta di principio della *lex fori* temperato[79]. In proposito si è affermato in dottrina che l'applicazione purista del principio del mutuo riconoscimento sul piano probatorio avrebbe tutelato solo la sovranità dello Stato emittente lasciando lo Stato di esecuzione "passivo" nel compiere atti investigativi o probatori secondo la *lex fori* fino al punto da pregiudicare le regole interne fondamentali[80].

Dunque, allorché nulla di specifico sia richiesto dall'autorità di emissione, si dovrà applicare la *lex loci*[81]. Il calderone dei parametri contenuti nell'art. 9 dir. è composto dalle modalità indicate dall'autorità di emissione, dalla salvaguardia dei principi fondamentali dello stato di esecuzione e dal rispetto dei diritti fondamentali della persona: spetterà al giudice, all'interno di una cornice così aperta, decidere, caso per caso, quali esigenze dovranno prevalere e, quindi, come conformare le modalità esecutive dell'atto di indagine da eseguire[82].

In alternativa, analogamente alle c.d. rogatorie partecipate[83], è prevista la possibilità di una forma di partecipazione delle autorità dello Stato di emissione «*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*» (art. 9, par. 4° dir.): come per le rogatorie di quel tipo,

---

sottolinea come questo aspetto sia stato ripreso dalla disciplina delle rogatorie. La norma è espressione del principio di flessibilità di cui al *Considerando* n. 6.

[78] La clausola è volta ad evitare che «l'autorità di esecuzione sia costretta ad adottare modalità di raccolta delle prove incapaci di assicurare un'adeguata tutela dei diritti», come nel caso in cui l'ordine di indagine europeo provenga da Stati meno garantistici, così M. DANIELE, *L'impatto*, cit., p. 15. V. anche M.R. MARCHETTI, *Oltre le rogatorie*, cit., p. 217; C. PONTI, *Riforma dell'assistenza giudiziaria penale*, cit., p. 23. Secondo M. DANIELE, *I chiaroscuri dell'OEI e la bussola della proporzionalità*, cit., p. 55, si tratta di un'alchimia tra *lex fori* e *lex loci*.

[79] In questi termini, F. FALATO, *La proporzione*, cit., p. 16.

[80] Su questo aspetto, R.E. KOSTORIS, *L'attuazione in Italia dell'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 127.

[81] Lo sottolineano, T. BENE-A. MARANDOLA (a cura di), *Il d.lgs. 15 febbraio 2016, n. 34: l'attuazione delle squadre investigative comuni nell'ordinamento italiano*, in *Cooperazione giudiziaria internazionale. I decreti legislativi di attuazione*, *Il Penalista*, ottobre 2018, p. 61.

[82] Cfr. M. DANIELE, *La metamorfosi del diritto delle prove*, cit., p. 91.

[83] V., *supra*, cap. I, § 4.

anche in tale ipotesi le autorità "ospiti" non hanno alcuna competenza a svolgere attività sul territorio dello Stato "ospitante"[84], salvo che sia conforme al diritto dello Stato di esecuzione e, comunque, entro la misura concordata tra le autorità (art. 9, par. 5° dir.)[85]. L'effetto della partecipazione delle autorità dello Stato interessato è quello di consentire la pronta fruibilità della prova[86]; in questo senso la previsione – sebbene costituisca una mera facoltà – consente di ovviare al problema della efficace fruizione di risultati raggiunti attraverso l'attività di soggetti appartenenti a Stati diversi, risultati che, poi, devono mostrarsi compatibili con la legislazione dello Stato emittente in cui quell'attività dovrà essere valutata[87].

Lo Stato di esecuzione può opporre alcuni motivi tassativamente previsti che rappresentano, di fatto, una serie di limiti all'esecuzione automatica di un ordine di indagine[88]. La prevista tassatività, però, si pone in antitesi rispetto alla discrezionalità politica che connota le forme di assistenza giudiziaria come la rogatoria. L'art. 9 della direttiva, infatti, dispone che l'obbligo di riconoscimento e di esecuzione è subordinato alla condizione che lo Stato richiesto «*non decida di addurre uno dei motivi di non riconoscimento o di non esecuzione ovvero uno*

[84] Le autorità dello Stato membro emittenti non hanno poteri di *law enforcement*, così R. BELFIORE, *La prova penale*, cit., p. 208. V. anche M.R. MARCHETTI, *Oltre le rogatorie*, cit., p. 217, che, peraltro, rileva come si tratti di un arretramento rispetto alla Convenzione europea del 1959 (art. 4), in base alla quale era possibile la partecipazione anche degli interessati, nel senso di parti private.

[85] Cfr. R. BELFIORE, *op. ult. cit.*, p. 208.

[86] Lo puntualizza F. FALATO, *La proporzione*, cit., p. 19.

[87] Constatata l'assenza di armonizzazione, si sofferma sulla necessità di efficace fruizione dei risultati, G. UBERTIS, *Considerazioni generali*, cit., p. 54 s., che, tra l'altro, segnala come un sistema, tra ordinamenti non adeguatamente simili, basato sul mutuo riconoscimento è destinato a divenire oggetto di attenzione da parte delle autorità giurisdizionali deputate alla tutela dei diritti fondamentali e al bilanciamento tra esigenze securitarie e garantistiche.

[88] In dottrina, v. G. BARROCU, *La cooperazione investigativa in ambito europeo*, cit., p. 210; R. BELFIORE, *La prova penale*, cit., p. 226; V. CAMPILONGO, *La circolazione della prova*, cit., p. 715. La previsione di motivi di rifiuto si pone in antitesi rispetto alla logica del mutuo riconoscimento e conferma il carattere ibrido di uno strumento che pretende di estrinsecarsi in un "ordine" ma è molto più vicino alla "richiesta" e, quindi alle forme di mutua assistenza, cfr. F. SIRACUSANO, *Tra semplificazione e ibridismo*, cit., p. 8. V., inoltre, perplessità già richiamate nella nt. 47. M.M. PISANI, *Problemi di prova*, cit., p. 35, ritiene che i motivi di rifiuto siano la conseguenza della mancata armonizzazione, nel senso che «sono il riflesso della mancanza di fiducia nel risultato dell'applicazione del principio del reciproco riconoscimento, e costituiscono l'unica garanzia di una tutela effettiva ed efficiente dei diritti individuali». Sotto altro profilo, secondo R. BELFIORE, *La prova penale*, cit., p. 226 s., obiettivo del mutuo riconoscimento non è la diretta o automatica applicazione bensì l'immediata applicazione, dal punto di vista temporale, della decisione giudiziaria perché, in realtà, l'opzione a favore del mutuo riconoscimento sarebbe l'alternativa alla armonizzazione, che produce più penetranti conseguenze sul piano della sovranità nazionale.

dei motivi di rinvio»[89]. Al contempo, però, la possibilità di rifiutare l'esecuzione di un ordine di indagine si pone in antinomia con il principio del mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie.

Inoltre, l'art. 10 dir. consente allo Stato di esecuzione di ricorrere ad un atto di indagine alternativo a quello richiesto quando vi siano determinati presupposti e quando l'atto "alternativo" sia in grado di realizzare il medesimo risultato[90]: in ciò si realizza una certa flessibilità[91] in capo allo Stato di esecuzione e, allo stesso tempo, si rende più efficiente la cooperazione perché, in luogo di un rifiuto *tout court* è possibile recuperare un'attività d'indagine nel rispetto della legge dello Stato di esecuzione e della tutela dei soggetti coinvolti nell'esecuzione dell'atto[92]. Tale possibilità è consentita quando l'atto di indagine richiesto «*non è previsto dal diritto dello Stato di esecuzione*» (lett. *a*) oppure quando «*non sia disponibile in un caso interno analogo*» (lett. *b*)[93].

Derogando alla flessibilità – e, quindi, sottraendo all'autorità di esecuzione le competenze in tema di proporzionalità rispetto al proprio ordinamento[94] – la direttiva prevede uno sbarramento alla possibilità di eseguire un atto diverso per

[89] Più diffusamente *infra*, § 5.

[90] L'autorità di esecuzione ha un margine di apprezzamento circa le modalità «attraverso cui possono essere soddisfatte le esigenze investigative di altri Stati membri», potendo sostituire «gli atti che comprimono le libertà individuali con attività che comportano, contemporaneamente, il minor sacrificio possibile agli stessi e consentono di perseguire le finalità proprie dell'accertamento penalistico»: in questi termini, G. BARROCU, *La cooperazione investigativa in ambito europeo*, cit., p. 233.

[91] Cfr. *Considerando* n. 6.

[92] R. BELFIORE, *Riflessioni a margine della direttiva*, cit., p. 3291, osserva che si tratta di una «particolare declinazione del principio del mutuo riconoscimento» che offre una «terza via» rispetto al bivio riconoscimento-rifiuto, in quanto consente «l'adattamento dell'atto richiesto secondo il modello di un altro [Stato], purché egualmente efficace». V. anche EAD., *La prova penale*, cit., p. 218; G. FIORELLI, *I motivi di rifiuto dell'ordine investigativo europeo, quando "fidarsi è bene, ma non fidarsi è meglio"*, in T. BENE-L. LUPÀRIA- L. MARAFIOTI (a cura di), *L'ordine europeo di indagine*, cit., p. 97 s.

[93] M. PANZAVOLTA, *Ordine di indagine europeo e indagini bancarie: spunti di riflessione sul concetto di caso interno analogo e atto di indagine alternativo*, in M. CAIANIELLO-A. DI PIETRO (a cura di), *Indagini penali e amministrative*, cit., p. 380 s., si interroga su cosa si intenda per "atto interno analogo", proponendo una lettura che tenga conto dell'art. 11, comma 1°, lett. *h* d. lgs. cit., là dove prevede il motivo di rifiuto dell'esecuzione nell'ipotesi in cui il ricorso all'atto di indagine richiesto «sia 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» sicché si reputa che «il concetto di caso interno analogo sia riferito all'indagine per determinate categorie di reati, ma non si estenda a tutti gli ulteriori presupposti (ad es. gravità indiziaria, esistenza di particolari condizioni che siano eventualmente richieste dalla legge interna)». Più diffusamente nel § seguente.

[94] R. BELFIORE, *La prova penale*, cit., p. 219 s.

specifici atti di indagine (art. 10, par. 2° dir.)[95] che consistano in prove già esistenti, dati già disponibili, prove orali, atti non coercitivi: tali atti devono essere "sempre disponibili" in base alla *lex loci* pena una vanificazione del «dovere di disponibilità». In questi casi può effettivamente parlarsi di un "ordine", perché né è possibile rifiutarne l'esecuzione né è possibile eseguire un atto diverso. Tali atti sono gli stessi per i quali non è consentito (art. 11, par. 2° dir.) opporre il motivo di rifiuto della c.d. doppia incriminazione nell'ipotesi in cui non si proceda per uno dei reati di cui all'allegato D (art. 11, par. 1°, lett. *g* dir.) o il motivo di rifiuto collegato a possibili limitazioni – operanti nello Stato di esecuzione – che circoscrivano il ricorso all'atto di indagine a un elenco o a una categoria di reati tra i quali non figura il reato oggetto dell'ordine di indagine europeo (art. 11, par. 1°, lett. *h* dir.)[96].

Nello specifico non è possibile eseguire un atto diverso da quello oggetto di OEI quando sia richiesta: 1) l'acquisizione «*di informazioni o prove che sono già in possesso dell'autorità di esecuzione*» nell'ipotesi in cui, secondo la *lex loci*, «*tali informazioni o prove avrebbero potuto essere acquisite nel quadro di un procedimento penale o ai fini dell'OEI*» (lett. *a*) (prove già esistenti); 2) l'acquisizione «*di informazioni contenute in banche dati della polizia o delle autorità giudiziarie cui l'autorità di esecuzione può accedere direttamente nel quadro di un procedimento penale*» (lett. *b*) e «*l'individuazione di persone titolari di un abbonamento a uno specifico numero telefonico o indirizzo IP*» (lett. *e*) (dati già disponibili); 3) l'audizione «*di un testimone, di un esperto, di una vittima, di una persona sottoposta ad indagini o di un imputato o di terzi nel territorio dello Stato di esecuzione*» (lett. *c*) (prove orali); 4) atti di indagine «*non*

[95] L'eccezione alla regola della possibilità di procedere ad atto di indagine diverso da quello richiesto, secondo L. CAMALDO-F. CERQUA, *La direttiva sull'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 3518, «realizza una "scorciatoia" verso l'armonizzazione» perché «si richiede implicitamente che la normativa di ogni Stato membro» preveda questi atti. V. anche R. BELFIORE, *La prova penale*, cit., p. 213; M. DANIELE, *L'impatto*, cit., p. 8.

[96] Così, R. BELFIORE, *Riflessioni a margine della direttiva*, cit., p. 3292. V., anche, G. BARROCU, *La cooperazione investigativa in ambito europeo*, cit., p. 234.

coercitivi definiti dal diritto dello Stato di esecuzione» (lett. *d*) (atti non coercitivi)[97].

Compiuto l'atto di indagine nei termini di cui all'art. 12 dir., l'autorità di esecuzione, salva sospensione, deve trasferire «*senza indebito ritardo*» le prove acquisite o già in suo possesso (art. 13 dir.)[98]. Il trasferimento delle prove infatti «*può essere sospeso in attesa di una decisione relativa ad un mezzo d'impugnazione, a meno che nell'OEI siano indicati motivi sufficienti per i quali il trasferimento immediato è essenziale al fine del corretto svolgimento delle indagini ovvero della tutela dei diritti individuali. Tuttavia, il trasferimento delle prove è sospeso se può provocare danni gravi e irreversibili alla persona interessata*».

Infine, è prevista la facoltà della persona sottoposta a procedimento o, comunque, coinvolta nelle operazioni istruttorie, di contestare il vaglio compiuto dall'autorità di esecuzione[99]. In proposito, in disparte la scelta del legislatore europeo per la possibilità di impugnazione, con diversificazione dei mezzi di critica, si è osservato, su un piano generale, che la possibilità di impugnazione ostacolerebbe la rapidità e l'efficienza della raccolta delle prove; nondimeno, si è ribattuto che non può escludersi l'impugnazione *tout court* che è «indispensabile per tutelare le ragioni dell'accusato e dei terzi che, pur estranei al procedimento, vengano coinvolti nelle operazioni istruttorie»[100].

Al fine di contestare gli atti di indagine richiesti devono essere assicurati mezzi di impugnazione equivalenti a quelli disponibili in un caso interno analogo (art. 14, par. 1° dir.)[101]. I requisiti di ammissibilità (le ragioni di merito) dell'ordine di indagine sono contestabili, però, «*soltanto mediante un'azione*

[97] Secondo R. BELFIORE, *Riflessioni a margine della direttiva*, cit., p. 3296, la direttiva non ha differenziato nettamente tra atti coercitivi e atti non coercitivi; una più chiara definizione «avrebbe contribuito a garantire un'uniforme applicazione dello strumento sovranazionale in tutti gli Stati membri» e «avrebbe anche giustificato con ragioni più forti la previsione di motivi di rifiuto, da riferire ai soli atti coercitivi, che imporrebbero all'autorità di esecuzione vagli più stringenti».

[98] Sul punto, v. S. TESORIERO, *La cooperazione*, cit., p. 65 s.

[99] Cfr. M. DANIELE, *Ricerca e formazione della prova*, cit., p. 421 s., il quale mette in evidenzia che la facoltà di impugnare l'ordine di indagine è conforme a quanto già stabilito dalla decisione quadro sul mandato europeo di ricerca della prova.

[100] Riferisce i termini essenziali del dibattito, M. DANIELE, *op ult. cit.*, p. 422.

[101] M. DANIELE, *L'impatto*, cit., p. 9; S. TESORIERO, *La cooperazione*, cit., p. 65 s.

introdotta nello Stato di emissione»; tuttavia, sono «*fatte salve le garanzie dei diritti fondamentali dello Stato di esecuzione*» (art. 14, par. 2° dir.). L'art. 14, par. 3° dir., infine, obbliga le autorità di emissione e di esecuzione a fornire in tempo utile «*informazioni in merito alle possibilità di impugnazione disponibili ai sensi del diritto nazionale, ove applicabili*» per consentire che possano essere utilizzate efficacemente; tali informazioni dovrebbero ricomprendere gli atti procedimentali rilevanti, ad esclusione di quelli che possano compromettere «*la riservatezza di un'indagine ai sensi dell'articolo 19, paragrafo 1*» (il tema è approfondito nel cap. V, § 7).

Infine, il par. 7° dell'art. 14 dir. prevede che gli Stati dovrebbero assicurare che «*nei procedimenti penali nello Stato di emissione siano rispettati i diritti della difesa e sia garantito un giusto processo nel valutare le prove acquisite tramite l'OEI*»[102] (si rinvia alla parte relativa all'attuazione della direttiva e, in particolare, al cap. V, §§ 5 s.).

6. (*Segue*) I motivi di rifiuto previsti dalla direttiva

Specifici motivi di "non riconoscimento-non esecuzione"[103] sono previsti tassativamente dall'art. 11 dir. e hanno natura facoltativa[104] e la loro operatività

[102] Secondo M. DANIELE, *L'esclusione*, cit., p. 362, sarebbe una soluzione obbligata quella di «predisporre lo spazio procedimentale per un contraddittorio di tipo argomentativo» nel senso di «offrire alla difesa la possibilità di interloquire con il giudice in merito al valore delle prove raccolte».

[103] Sulla previsione di motivi di rifiuto *tout court* la dottrina è critica: cfr. G. BARROCU, *La cooperazione investigativa in ambito europeo*, cit., p. 236 s.; T. BENE, *L'ordine di indagine*, cit., p. 3; G. FIORELLI, *I motivi di rifiuto*, cit., p. 83 s.; M.R. MARCHETTI, *Oltre le rogatorie*, cit., p. 218; F. SIRACUSANO, *Tra semplificazione e ibridismo*, cit., p. 11. In particolare G. FIORELLI, *op. ult. cit*., p. 84, osserva che i motivi di rifiuto hanno subito una dilatazione rispetto alle condizioni ostative più ristrette e che contemplavano solo l'esistenza di «immunità o privilegi che rendono impossibile l'esecuzione dell'ordine investigativo europeo», la tutela di «interessi essenziali di sicurezza nazionale», la messa in pericolo della fonte delle informazioni o l'uso di informazioni riguardanti specifiche attività di *intelligence* specifiche e, infine, l'inesistenza di atti investigativi che permettono di ottenere un risultato equivalente a quello richiesto. Sui negoziati che hanno preceduto la versione definitiva, 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. Problemi di perseguibilità e di garanzie nella normativa nazionale ed europea*, Cacucci, 2014, p. 95 s.

[104] L'art. 11 dispone che «l'autorità di esecuzione può rifiutare»; in proposito, osserva G. FIORELLI, *I motivi di rifiuto*, cit., p. 84, che la discrezionalità è riservata all'autorità giudiziaria e non al legislatore nazionale in sede di recepimento.

dipende dalla trasposizione della direttiva compiuta dai legislatori nazionali[105] (per le scelte compiute dall'ordinamento interno, si rinvia al cap. IV, § 5).

Lo Stato di esecuzione può opporre la previsione, da parte della *lex loci*, di immunità o privilegi[106] che impediscano l'esecuzione dell'ordine di indagine: in tale ipotesi, lo Stato di esecuzione, dopo aver consultato lo Stato richiedente, chiede la revoca delle situazioni di vantaggio all'autorità interna competente. Se, invece, è l'autorità di altro Stato ad essere competente, sarà lo Stato di emissione a doversi attivare per ottenere la revoca (lett. *a*). Questo motivo di rifiuto denota una impossibilità di natura oggettiva.

La stessa natura è condivisa dal motivo di rifiuto (lett. *c*) che consiste nell'emissione dell'ordine di indagine nel corso di un procedimento amministrativo o di un procedimento davanti ad una autorità giudiziaria non penale, qualora l'atto di indagine richiesto non sia ammesso a norma della *lex loci* in un caso interno analogo. In particolare, è ammesso il rifiuto dell'esecuzione di un ordine di indagine relativo ad un procedimento «*avviato dalle autorità amministrative*» (art. 4, par. 1°, lett. *b* dir.) o «*avviato dalle autorità giudiziarie*» (art. 4, par. 1°, lett. *c* dir.) 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, segnatamente, in materia penale*» quando «*l'atto investigativo non sia ammesso a norma del diritto dello Stato di esecuzione in un caso interno analogo*» (art. 11, par. 1°, lett. *c* dir.). Sembra evincersi che tale previsione sia espressione di un modello di cooperazione contenente strutture tipiche della «mutua assistenza» piuttosto che quelle del «mutuo riconoscimento»[107] perché allo Stato di esecuzione è conferita una certa

[105] Lo sottolineano, in particolare, M. CAIANIELLO, *Verso l'attuazione*, cit., p. 309 s. e S. TESORIERO, *La cooperazione*, cit., p. 61 s.
[106] Cfr. *Considerando* n. 20.
[107] Lo evidenzia G. LASAGNI, *Profili critici*, cit., p. 354.

flessibilità che consente di recuperare attenzione per le differenze tra gli ordinamenti nazionali[108].

Ulteriore motivo di rifiuto consiste nel rischio che vengano lesi interessi essenziali di sicurezza nazionale o che venga posto in pericolo chi dia informazioni classificate relative a specifiche operazioni di *intelligence*. In tale ipotesi l'autorità di esecuzione potrà ricorrere a siffatto motivo di rifiuto solo qualora sia concretamente ravvisato e giustificato il presupposto espresso dalla norma (lett. *b*). Si tratta di un motivo di rifiuto che tutela la sicurezza nazionale[109].

Vi sono, poi, situazioni in cui lo Stato emittente non pare legittimato ad esercitare la potestà punitiva, ad esempio quando vi sia una violazione del principio *ne bis in idem* (lett. *d*)[110] oppure l'OEI si riferisce a un fatto che si presume commesso fuori dal territorio dello Stato di emissione e interamente o parzialmente all'interno del territorio dello Stato di esecuzione, quando il fatto non costituisce reato nello Stato di emissione (clausola di territorialità) (lett. *e*). Tale motivo di rifiuto si presta a molte critiche perché contraddice la visione di uno spazio giudiziario europeo e perché contraria alla collaborazione che si ispiri al mutuo riconoscimento, piuttosto enfatizzando la sovranità dello Stato e disinteressandosi della dimensione transnazionale assunta dalla criminalità di cui si è ampiamente riferito nei capitoli precedenti[111].

Un'ulteriore categoria di motivi di rifiuto riguarda il rispetto dei diritti fondamentali: l'esecuzione può essere sospesa se sussistono seri motivi per temere che l'esecuzione dell'ordine di indagine possa rivelarsi incompatibile con

---

[108] Cfr. V. CAMPILONGO, *La circolazione della prova*, cit., p. 715.
[109] *Retro* nt. 34.
[110] G. FIORELLI, *I motivi di rifiuto*, cit., p. 86, nt. 19.
[111] M. CAIANIELLO, *La nuova direttiva*, cit., p. 8; ID., *Verso l'attuazione*, cit., p. 314; G. FIORELLI, *op. ult. cit*., p. 87; R. PICCIRILLO, *I profili funzionali*, cit., p. 63; F. SIRACUSANO, *Tra semplificazione e ibridismo*, cit., p. 8. Una interpretazione restrittiva della causa ostativa si deve alla giurisprudenza in tema di m.a.e. (Cass. sez. feriale, 29 agosto 2013, Napolitano, in *C.E.D. Cass.* n. 256720; Cass., sez. VI, 25 febbraio 2011, H., *ivi*, n. 249233) secondo cui, il rifiuto (della consegna) è legittimo solo quando vi siano circostanze fattuali incontrovertibili che consentono l'immediato e contestuale esercizio dell'azione penale per gli stessi fatti per cui procede il giudice straniero. In tema di rifiuto di m.a.e., v. C. GRASSO, *Territorialità e mandato d'arresto europeo: verso un'interpretazione restrittiva dei motivi di rifiuto*, in *Dir. pen. cont.*, 30 giugno 2011. V. anche *retro* § 3.

gli obblighi dello Stato richiesto scaturenti dall'art. 6 TUE[112] e dalla Carta di Nizza (clausola di salvaguardia dei diritti fondamentali, in attuazione del *Considerando* n. 39) (lett. *f*).

Si conferma, poi, il classico motivo di rifiuto consistente nella "doppia incriminabilità"[113] che consiste nella possibilità di rifiutare l'esecuzione quando manchi la previsione del fatto come reato da parte dello Stato di esecuzione (lett. *g*). La previsione bilaterale del fatto è una delle tipiche condizioni per l'accoglimento delle richieste di cooperazione internazionale di tipo tradizionale[114] ma è criticabile nella misura in cui è contenuta all'interno di uno strumento dichiaratamente ispirato al mutuo riconoscimento perché sconfessa il presupposto della fiducia reciproca[115]. Una deroga è espressamente prevista dal par. 3° dell'art. 11 dir. quando l'ordine di indagine riguardi «*reati tributari, in materia di dogana e di cambio*». Inoltre, sul modello del mandato di arresto europeo, la direttiva ha ritenuto di svincolare il requisito della c.d. doppia incriminabilità per una serie di reati indicati nell'allegato D purché punibili con una pena o misura di sicurezza detentiva non inferiore nel massimo a tre anni[116].

---

[112] L'art. 6 TUE è immanente nel sistema eurounitario. Secondo M. DANIELE, *L'impatto*, cit., p. 7, l'espresso richiamo alla disposizione fatto da una norma di diritto derivato corrobora la tesi secondo cui la fiducia reciproca non è un dato acquisito; in altri termini, la presunzione di conformità al diritto dell'Unione e, in particolare ai diritti fondamentali (*Considerando* n. 19), è relativa.

[113] Il fondamento della regola è rinvenuto nel principio di legalità secondo cui nessuno può essere punito per un fatto che non sia previsto dalla legge come reato, neppure, dunque, se la legge straniera lo preveda come reato ma quella interna no; in dottrina, v. G. CATELANI, *Rapporti internazionali in materia penale: estradizione, rogatorie, effetti delle sentenze penali straniere*, Giuffrè, 1995, p. 53. Altresì è stato messo in luce che la previsione bilaterale del fatto trova fondamento nella tutela della sovranità dello Stato di esecuzione, v. F. BIANCO, *Mutuo riconoscimento e principio di legalità alla luce delle nuove competenze dell'Unione europea in materia penale*, in G. GRASSO-L. PICOTTI-R. SICURELLA (a cura di), *L'evoluzione del diritto penale*, cit., p. 177; G. FIORELLI, *I motivi di rifiuto*, cit., p. 91; E. SELVAGGI-O. VILLONI, *Questioni reali e non sul mandato europeo d'arresto*, in *Cass. pen*., 2002, p. 455. Al contrario, L. PICOTTI, *Il mandato d'arresto europeo tra principio di legalità e doppia incriminazione*, in M. BARGIS-E. SELVAGGI (a cura di), *Mandato d'arresto europeo. Dall'estradizione alle procedure di consegna*, Giappichelli, 2005, p. 46 s., ritiene che il principio di doppia incriminazione non costituisca un corollario del principio di legalità bensì il «precipitato tecnico-giuridico evoluto dell'originario "principio di reciprocità"» e che, in origine, la clausola non esprimesse «un principio di garanzia» ma una condizione «a salvaguardia della sfera di sovranità dello Stato d'esecuzione, contro le possibili ingerenze o pressioni dello Stato richiedente». Sempre L. PICOTTI, *op. ult. cit.*, p. 48, descrive la «progressiva attenuazione o superamento dell'esigenza di doppia incriminazione» all'insegna dell'emersione degli «interessi degli Stati» di «rendere più rapide ed efficaci le procedure [di estradizione]» o «di assistenza e collaborazione in sede di indagini».

[114] In proposito, si veda P. PISA, *Previsione bilaterale del fatto nell'estradizione*, Giuffrè, 1973, p. 34 s.

[115] G. FIORELLI, *I motivi di rifiuto*, cit., p. 90.

[116] G. FIORELLI, *op. ult. cit*., p. 93 s.

L’elenco coincide quasi perfettamente con quello contenuto nell’art. 2.2. della decisione-quadro sul mandato di arresto europeo.

Infine è possibile rifiutare l’esecuzione quando l’ordine di indagine concerne un atto di indagine il ricorso al quale è limitato, nella *lex loci*, ad un elenco o ad una categoria specifica di reati fra cui non figura quello per il quale è stato emesso l’ordine (lett. *h*).

Ai motivi espressamente indicati dall’art. 11 dir. se ne aggiunge un altro che può essere desunto dalla lettura combinata degli artt. 11 e 10 dir.: è il caso in cui l’atto di indagine richiesto non sia (in assoluto) previsto dal diritto dello Stato di esecuzione, di cui già si è riferito più sopra.

Capitolo quarto

L'IMPATTO DELL'ORDINE D'INDAGINE EUROPEO NELL'ORDINAMENTO INTERNO: ASPETTI GENERALI

1. L'attuazione della direttiva e i confini applicativi
2. Il decreto: disposizioni di principio e definitorie
3. I principi: da ispirazione e guida a sostituti dei precetti
4. Il principio di proporzionalità e il necessario dialogo tra le autorità giudiziarie
5. La trasposizione interna dei motivi di non riconoscimento

1. L'attuazione della direttiva e i confini applicativi

Con la legge di delegazione europea 9 luglio 2015, n. 114 il Parlamento ha delegato il Governo a predisporre lo schema di decreto legislativo per l'attuazione della direttiva 41/2014/UE. È stata nominata una Commissione incaricata di elaborare un progetto di proposta e di procedere – in parallelo – ad una proposta avente ad oggetto un decreto legislativo di riforma del Libro XI del codice di procedura penale[1].

Frutto dell'attività delegata, quanto alla trasposizione della direttiva, è il d.lgs. 21 giugno 2017, n. 108 (contenente "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")[2], pubblicato in Gazzetta Ufficiale n. 162

[1] Evidenziano la coincidenza del periodo temporale G. BARROCU, *La cooperazione investigativa in ambito europeo. Da Eurojust all'ordine di indagine*, Cedam, 2017, p. 251 s. e M. CAIANIELLO, *Verso l'attuazione della direttiva UE sull'ordine europeo di indagine penale*, in M. CAIANIELLO-A. DI PIETRO (a cura di), *Indagini penali e amministrative in materia di frodi IVA e doganali*, Cacucci, 2016, p. 306.

[2] In dottrina, v. R. BELFIORE, *Su alcuni aspetti del decreto di attuazione dell'ordine europeo di indagine penale*, in *Cass. pen*., 2018, p. 400 s.; M. CAIANIELLO, *L'attuazione della direttiva sull'ordine europeo di indagine penale e le sue ricadute nel campo del diritto probatorio*, in *Cass. pen*., 2018, p. 2197 s.; ID., *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. Il nuovo volto della raccolta transnazionale delle prove nel d.lgs. n. 108 del 2017*, Giappichelli, 2018, p. 18 s.; A.A. DALIA-M. FERRAIOLI, *Manuale di diritto processuale penale*, 10ª ed., Cedam, 2018, p. 1014 s.; M. DANIELE, *L'ordine europeo di indagine penale entra a regime. Prime riflessioni sul d. lgs. n. 108 del 2017*, in *Dir. pen. cont*., 2017, 7-8, p. 208; G. DE AMICIS, *Dalle rogatorie all'ordine europeo di indagine: verso un nuovo diritto della cooperazione giudiziaria penale*, in *Cass. pen.*, 2018, p. 22 s.; R.E. KOSTORIS, *L'attuazione in Italia dell'ordine europeo di indagine penale*, in ID., *Processo penale e paradigmi europei*, Giappichelli, 2018, p. 125 s.; A. MANGIARACINA, *L'acquisizione "europea" della prova cambia volto: l'Italia attua la Direttiva relativa all'ordine europeo di indagine penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, p. 158 s.; S. MONTALDO, *A caccia di… prove. L'ordine europeo di*

del 13 luglio 2017 ed entrato in vigore il 28 luglio 2017. Già si è osservato[3] come la legislazione europea esaminata abbia preferito un modello basato sul mutuo riconoscimento in luogo di un'armonizzazione normativa mediante "norme minime", come invece suggerito dall'art. 82, par. 2° TFUE. Pure si è riferito della natura ibrida della direttiva che, pur ispirandosi in gran parte al principio del mutuo riconoscimento, accoglie aspetti tipici dell'assistenza giudiziaria di tipo rogatoriale e una forma embrionale di armonizzazione per determinati e specifici atti di indagine[4] (per quest'ultimo aspetto, si rinvia al cap. VI).

Parimenti, si è visto come, in parallelo, la legge delega 21 luglio 2016, n. 149, abbia modificato il Libro XI del codice di procedura penale[5]. Inoltre, la legge n. 149 del 2016, al di là della delega al Governo per la riforma del Libro XI del codice, ha altresì ratificato la Convenzione europea di mutua assistenza tra gli Stati membri UE firmata il 29 maggio 2000 (c.d. MAP), da cui poi è scaturito il d.lgs. 5 aprile 2017, n. 52, contenente "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 Gazzetta Ufficiale n. 97 del 27 aprile 2017)[6]. Infine, quale esercizio della suddetta delega è scaturito il d.lgs. 3 ottobre 2017, n. 149 ("Disposizioni di modifica del Libro XI del

---

indagine penale tra complesse stratificazioni normative e recepimento nell'ordinamento italiano, in *Giur. pen. web*, 5 novembre 2017, p. 8 s.; F. RUGGIERI, *Le nuove frontiere dell'assistenza penale internazionale: l'ordine europeo di indagine penale*, in *Proc. pen. giust*., 2018, 1, p. 131 s.

[3] V. *supra*, cap. II, §§ 3 e 4.

[4] Sul punto, M. CAIANIELLO, *L'OEI dalla direttiva al decreto n. 108 del 2017*, cit., p. 22; R.E. KOSTORIS, *L'attuazione in Italia*, cit., p. 127 s.

[5] La modifica è avvenuta ad opera della legge delega n. 149 del 2016 pubblicata in Gazzetta Ufficiale del 4 agosto 2016, n. 181 ("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 dottrina, v. M. CAIANIELLO, *L'OEI dalla direttiva al decreto n. 108 del 2017*, cit., p. 20; F. RUGGIERI, *La legge delega in tema di cooperazione penale internazionale. La montagna ha partorito un topolino?*, in *Proc. pen. giust*., 2017, p. 310; E. SELVAGGI, *Un passo decisivo verso il* restyling *della cooperazione*, in *Guida al dir.*, 2016, Dossier n. 5, 31 s.; ID., *Mutua assistenza, sparisce l'intervento ministeriale*, *ivi*, p. 36 s.; N. TRIGGIANI, De iure condendo, in *Proc. pen. giust.*, 2015, 4, p. 22 s.

[6] Per un esame analitico del provvedimento, v. B. GALGANI, *D.lg. 5.4.2017, n. 52 – 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 A. MARANDOLA (a cura di), *Cooperazione giudiziaria penale*, Giuffrè, 2018, p. 435 s.

Codice di procedura penale in materia di rapporti giurisdizionali con autorità straniere"), pubblicato in Gazzetta Ufficiale n. 242 del 16 ottobre 2017 (entrato in vigore il 31 ottobre 2017). Si segnala, in particolare, l'innesto, nel corpo del Libro XI del codice di rito, del Titolo I *bis* "Principi generali del mutuo riconoscimento delle decisioni e dei provvedimenti giudiziari tra stati membri dell'Unione Europea", un catalogo di linee guida in tema di mutuo riconoscimento operante nel contesto dell'Unione[7]. Altresì deve sottolinearsi la modifica di istituti tradizionali, quale la rogatoria, e la previsione di strumenti extrarogatoriali del tutto analoghi a quelli disciplinati dall'ordine di indagine (per questi ultimi, si rinvia al cap. VI). A proposito della manovra novellatrice, si è osservato che il legislatore delegante ha cercato di mantenere la medesima strutturazione del sistema di cooperazione giudiziaria: da un lato i rapproti di assistenza che riguardano Paesi membri, soggetti ai Trattati e agli altri atti normativi dell'Unione – in cui è dato marcato valore alla semplificazione procedimentale e alla marginalizzazione del potere del ministro della giustizia – e, dall'altro, alle dinamiche cooperative estranee al circuito regionale europeo[8].

L'analitico richiamo ai provvedimenti coevi[9] è necessario per chiarire l'ambito di applicazione del decreto attuativo della direttiva sull'ordine di indagine europeo[10]. Infatti, come si è visto[11], l'art. 34 della direttiva ("Relazioni

---

[7] M. CAIANIELLO, *L'OEI dalla direttiva al decreto n. 108 del 2017*, cit., p. 21 (soprattutto nt. 8), diversamente da M.R. MARCHETTI, *Cooperazione giudiziaria: innovazioni apportate e occasioni perdute*, in *Dir. pen. proc*., 2017, p. 1546 s., riconosce valore alla scelta legislativa che consacra il metodo del mutuo riconoscimento «di modo da emanciparlo, per quanto possibile, dalle scelte legislative del momento in cui di volta in volta si giunga a recepire la singola fonte europea».

[8] In questi termini, B. GALGANI, *D.lg. 5.4.2017, n. 52 – 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 A. MARANDOLA (a cura di), *Cooperazione giudiziaria penale*, Giuffrè, 2018, p. 457.

[9] Anche *Eurojust, Desk italiano, L'ordine di indagine europeo. Cosa è utile sapere? Domande e risposte*, 2017, p. 59, non esita a proclamare l'anno 2017 come quello di "svolta" della cooperazione giudiziaria penale «per effetto della trasposizione di nuovi strumenti giuridici per i quali è cominciata la prima applicazione».

[10] In dottrina, 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, p. 4197. V. anche G. DE AMICIS, *Dalle rogatorie*, cit., p. 39; S. MONTALDO, *La scadenza del termine di recepimento della direttiva 2014/41/UE sull'ordine europeo di indagine penale e la sostituzione delle "disposizioni corrispondenti" della convenzione di assistenza giudiziaria fra gli Stati membri del 2000: spunti per la ricostruzione di un quadro normativo complesso*, in *Il diritto dell'Unione europea. Osservatorio europeo*, giugno 2017, p. 28 s.; C. PONTI, *Riforma dell'assistenza giudiziaria penale e tutela*

con altri strumenti giuridici, accordi e intese") stabilisce la sostituzione, a decorrere dal 22 maggio 2017, delle "corrispondenti disposizioni" della Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale del Consiglio d'Europa del 20 aprile 1959, dei due protocolli aggiuntivi e degli accordi bilaterali, della Convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen, della Convenzione relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea e del relativo protocollo[12]. La necessità di circoscrivere con pignola esattezza l'ambito di applicazione del decreto attuativo è stata avvertita anche dal Ministero della giustizia che ha emanato una "Circolare in tema di attuazione della direttiva 2014/41/UE relativa all'ordine europeo di indagine penale" che elenca le attività escluse dall'ambito di applicazione del decreto attuativo (notifica degli atti del procedimento penale[13]; scambio spontaneo di informazioni[14]; sequestri esclusivamente finalizzati alla confisca e provvedimenti di confisca[15]; restituzioni di beni alle parti offese dal reato e sequestri disposti con tale finalità[16]; denunce funzionali al trasferimento dei procedimenti penali[17]; scambio di informazioni estratte dal casellario giudiziale[18]; istituzione delle squadre investigative comuni e acquisizione di prove nell'ambito di tali squadre[19]; osservazioni transfrontaliere[20]).

---

dei diritti fondamentali nell'ordinamento italiano. Dalla legge n. 149 del 2016 al recepimento della direttiva 2014/41/UE, in *Leg. pen. on line*, 2 ottobre 2017, p. 15.

[11] *Retro* cap. III, § 3.

[12] Approfondisce questi aspetti, qui solo accennati, S. FRANZ, *Questioni in tema di regime transitorio*, in 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*, Giappichelli, 2018, p. 199 s., il quale, tra l'altro, rileva che il decreto attuativo non disciplina il regime transitorio e il regime con altri strumenti giuridici; nondimeno gli articoli della direttiva sono «sufficientemente chiari e precisi nel contenuto e non pongono alcun problema di applicazione orizzontale». Osserva B. GALGANI, *D.lg. 5.4.2017, n. 52*, cit., p. 458, che il decreto di attuazione della Convenzione di Bruxelles (d.lgs. 5 aprile 2017, n. 52), contempla tre istituti che non trovano alcuna "corrispondenza" all'interno della direttiva sull'ordine di indagine europeo: l'attività di notific a degli atti del procedimento penale, lo scambio spontaneo di informazioni e la restituzione al legittimo proprietario dei beni ottenuti attraverso reati.

[13] Art. 5 Convenzione MAP; d.lgs. 5 aprile 2017, n. 52.

[14] Art. 7 Convenzione MAP.

[15] Per i sequestri esclusivamente finalizzati alla confisca e provvedimenti di confisca si applica il d.lgs. 15 febbraio 2016, n. 35 e 7 agosto 2015, n. 137.

[16] Sono disciplinati dall'art. 8 Convenzione MAP e dall'art. 12 Secondo Protocollo Addizionale alla Convenzione del Consiglio d'Europa sull'assistenza giudiziaria.

[17] V. art. 21 Convenzione di assistenza giudiziaria in materia penale del Consiglio d'Europa (1959).

[18] D.lgs. 12 maggio 2016, nn. 74 e 75.

[19] D.lgs. 15 febbraio 2016, n. 34; art. 18 d.lgs. 5 aprile 2017, n. 52.

Oltre a questi strumenti convenzionali, va osservato che anche il sistema delle rogatorie non può dirsi definitivamente superato dal decreto attuativo, neppure all'interno dei confini europei[21]. Infatti, in assenza di specifici accordi, il sistema rogatoriale continuerà ad essere utilizzato nei rapporti tra l'Italia e gli Stati dell'Unione che non hanno aderito alla direttiva[22] e a quelli tra l'Italia e i Paesi, come Islanda e Norvegia, che non sono Stati membri dell'Unione europea[23]. In assenza di accordi specifici, in via residuale, si applicheranno, dunque, le norme di cui al Libro XI codice di procedura penale, come riformato, sicché, discorrendo della prova penale in Europa non poteva omettersi l'analisi del nuovo sistema codicistico (*retro* cap. I).

2. Il decreto: disposizioni di principio e definitorie

Strutturalmente il d.lgs. 21 giugno 2017, n. 108 si articola in tre titoli: Titolo I "Disposizioni di principio e definizioni" (artt. 1-3); Titolo II "Richiesta dall'estero" (Capo I – Procedimento, artt. 4-15; Capo II – Disposizioni specifiche per determinati atti di indagine, artt. 16-22; Capo III – Intercettazione di telecomunicazioni, artt. 23-25; Capo IV – Provvedimenti di sequestro, art. 26); Titolo III "Procedura attiva" (Capo I – Emissione dell'ordine di indagine, artt. 27-36; Capo II – Disposizioni specifiche per determinati atti di indagine, artt. 37-45), art. 46, Clausola di invarianza finanziaria.

Ad aprire l'articolato vi è una dichiarazione di principio e seguono alcune definizioni.

L'art. 1 precisa che l'attuazione della direttiva – e dunque lo strumento dell'ordine di indagine europeo – deve assicurare il rispetto dei principi dell'ordinamento costituzionale e della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione

[20] Le osservazioni transfrontaliere sono disciplinate dagli artt. 40 e 41 della Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen.
[21] Lo precisano M. DANIELE, *L'ordine europeo di indagine penale*, cit. e G. DE AMICIS, *Dalle rogatorie*, cit., p. 26. V. anche S. FRANZ, *Questioni in tema di regime transitorio*, cit., p. 206.
[22] Già si è visto (*retro* § 1) che la Danimarca e l'Irlanda non hanno preso parte ai lavori e non hanno aderito alla direttiva.
[23] Cfr. B. GALGANI, *D.lg. 5.4.2017, n. 52*, cit., p. 459.

europea in tema di diritti fondamentali, nonché in tema di diritti di libertà e di giusto processo[24]. Quest'ultimo riferimento richiama la parità delle parti e l'esigenza di assicurare il rispetto dei diritti di difesa[25], consacrati, nel nostro ordinamento, dall'art. 111, comma 4° Cost., inciso secondo cui **«***Il processo penale è regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova***»**[26].

L'art. 2 riproduce il catalogo definitorio previsto nella direttiva (Stato di emissione, Stato di esecuzione, autorità di emissione, autorità di esecuzione), sebbene il contenuto non sia perfettamente sovrapponibile, ma anzi più dettagliato, come impone l'idea di "attuazione" sottesa alla normativa di recepimento. Il decreto altresì arricchisce il catalogo di altri due concetti: l'ordine europeo di indagine penale e l'Autorità centrale, quest'ultima identificata nel Ministero della giustizia, con un compito ausiliario nei confronti degli Stati membri ma senza uno specifico ruolo di filtro, attesa l'ampia possibilità di contatti diretti tra le autorità giudiziarie protagoniste della procedura, nei confronti dei quali vi è un vero e proprio *favor*[27]. Il filtro politico è infatti ripudiato dallo strumento che, al contrario, si ispira al mutuo riconoscimento (senza sposarlo incondizionatamente, come vedremo) e all'abolizione del filtro ministeriale, in favore della trasmissione diretta tra autorità giudiziarie.

L'ordine di indagine è definito, per il diritto interno, dalla lett. *a* dell'art. 2 come «*il provvedimento emesso dalla autorità giudiziaria o dalla autorità amministrativa e convalidato dall'autorità giudiziaria di uno Stato membro*

[24] Sul punto, M. TROGU, sub *art. 1, D.lg. 21.6.2018, n. 108*, in A. MARANDOLA (a cura di), Cooperazione, cit., p. 1005 s. V. anche G. DE AMICIS, *Dalle rogatorie*, cit., p. 28; C. PONTI, *Riforma dell'assistenza giudiziaria penale*, cit., p. 5 s.

[25] Cfr. A. CISTERNA, *Un passo importante per omologare le investigazioni Ue*, in *Guida al dir.*, 2017, n. 40, p. 31.

[26] Per tutti, N. GALANTINI, *Giusto processo e garanzia costituzionale del contraddittorio nella formazione della prova*, in *Dir. pen. cont.*, 7 settembre 2011. Per il noto contrasto dottrinale, cfr. E. AMODIO, *Garanzie oggettive per la pubblica accusa? A proposito di indagini difensive e giudizio abbreviato nel quadro costituzionale*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 17 e V. GREVI, *Basta il solo 'consenso dell'imputato' per utilizzare come prova le investigazioni difensive nel giudizio abbreviato?*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 3691.

[27] Compito dell'autorità centrale è quello di assistere gli Stati membri, in linea con la volontà manifestata dalla direttiva di annullare i filtri di natura politica o amministrativa e «di fare dell'ordine di indagine una procedura integralmente giurisdizionalizzata e orizzontale», così M. TROGU, sub *art. 2, D.lg. 21.6.2018, n. 108*, cit., p. 1017; v. anche M. DANIELE, *L'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 209.

dell'Unione europea, per compiere atti di indagine o di assunzione probatorio 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». È escluso che l'ordine di indagine possa essere emesso da un'autorità di polizia.

La definizione, poi, mette in luce la finalità dell'ordine di indagine che è quella di compiere atti di indagine o assumere prove. In realtà l'enunciazione condensa più disposizioni della direttiva: l'art. 1 ("Ordine europeo d'indagine e obbligo di darvi esecuzione") che, al par. 1°, definisce l'ordine di indagine una decisione giudiziaria «*emessa o convalidata da un'autorità competente di uno Stato membro*» diretta al compimento di «*uno o più atti di indagine specifici in un altro Stato membro*» o all'acquisizione di «*prove già in possesso delle autorità competenti dello Stato di esecuzione*» e l'art. 4 ("Tipi di procedimento per i quali può essere emesso un OEI") che dilata la competenza alle autorità amministrative, segnatamente nell'ambito di determinate tipologie di procedimenti. Vale la pena sottolineare, ancora una volta, che l'ordine di indagine è una decisione giudiziaria e non un certificato allegato all'atto che dispone l'indagine o l'assunzione della prova; ne consegue che è l'ordine di indagine stesso a poter essere impugnato o dichiarato invalido[28].

Nella trasposizione interna è mancato il riferimento, contenuto nell'art. 6 della direttiva, all'equivalenza dell'atto di indagine, requisito che la direttiva ritiene debba avere l'ordine di indagine di cui si chiede l'esecuzione in uno Stato diverso[29]. Malgrado sia assente un espresso richiamo, la Relazione illustrativa ammonisce rispetto al possibile uso abusivo dell'istituto[30]; afferma, infatti, che, «in sintonia con quanto disposto dalla direttiva si stabilisce che l'OEI non può essere emesso per atti che non potrebbero essere compiuti in un caso interno analogo: l'ordine è emesso per il compimento di un atto o l'assunzione di una prova alle condizioni stabilite dalla legge italiana, così scongiurando ogni

[28] M. TROGU, sub *art. 2, D.lg. 21.6.2018, n. 108*, cit., p. 1016. Si veda il cap. V, § 7.
[29] V. *infra*,§ 4.
[30] Al riguardo, v. anche S. MONTALDO, *A caccia di… prove*, cit., p. 9.

pericolo che si vogliano aggirare tramite l'OEI limiti o vincoli posti dal diritto interno»[31].

L'ultima disposizione del Titolo I (art. 3 d.lgs.) prevede il rispetto della normativa sul trattamento dei dati personali «*secondo le disposizioni legislative che regolano il trattamento dei dati giudiziari e in conformità agli atti normativi dell'Unione europea e alle Convenzioni del Consiglio d'Europa*» (cfr. art. 20 dir.)[32].

3. I principi: da ispirazione e guida a sostituti dei precetti

Per tentare una migliore comprensione che vada al di là della procedura da seguire ma si addentri nelle logiche intime del nuovo strumento a disposizione delle autorità giudiziarie dei Paesi membri per la ricerca e l'assunzione della prova all'estero, è necessario puntualizzare un tratto caratteristico e trasversale che emerge in filigrana dalla legislazione europea e da quella di attuazione.

A questo proposito se è indubitabile che la normativa, complessivamente intesa, si fondi su alcuni principi (come è ben evidente – anche visivamente – dalla struttura della direttiva preceduta dai numerosi *Consideranda*), meno comprensibile (almeno per l'interprete di *civil law*) è come il legislatore europeo finisca per utilizzare detti principi per sostituire (e non già solo per ispirare) le regole. Tale carattere è stato definito come un "salto evolutivo"[33], sebbene non giudicato privo di insidie[34]. E infatti gli strumenti di assistenza giudiziaria tradizionale prevedono la possibilità di sostituire regole probatorie interne con quelle straniere, che rappresentano pur sempre il prodotto di un legislatore che le incornicia in fattispecie specifiche; nella normativa in esame, invece, le regole interne sono sostituite da principi probatori la cui interpretazione è rimessa al

[31] Cfr. *Relazione illustrativa dello schema di decreto legislativo recante norme di attuazione della Direttiva 2014/41/UE relativa all'ordine europeo di indagine penale*, www.governo.it, p. 18.
[32] Cfr. M. TROGU, sub *art. 3, D.lg. 21.6.2018, n. 108*, cit., p. 1017 s.
[33] Letteralmente, M. DANIELE, *La metamorfosi del diritto delle prove nella direttiva sull'ordine europeo di indagine penale*, in *Dir. pen. cont*., riv. trim., 2015, 4, p. 90.
[34] Critico al riguardo è M. DANIELE, *op. ult. cit.*, p. 91 s.

dominio della giurisprudenza[35] (e all'incertezza: ciascun giudice chiamato ad applicare la legge, nel tentativo di "concretizzare" il principio, potrebbe privilegiare talune esigenze in danno di altre)[36]. Lo scontro tra efficienza e garantismo emerge con nettezza.

Che il diritto europeo e, in generale, quello c.d. postmoderno si affidi ad una legislazione "per principi", con la conseguente metamorfosi da una legalità a carattere prevalentemente normativo ad una legalità di tipo "giudiziale", è aspetto già messo in evidenza da lungimirante dottrina[37]; la amara constatazione, rilevata dalla medesima dottrina, è però rappresentata dal fatto che sia la stessa legge di attuazione della direttiva a rinviare «a indefiniti principi da bilanciare, lasciando così al giudice il compito di trarne la regola da applicare al caso concreto»[38].

Del resto, in mancanza di regole europee comuni sull'ammissibilità della prova, è ben difficile creare fattispecie, dotate di un sufficiente grado di precisione, che risolvano a monte la ponderazione di valori ed esigenze. Se manca l'unificazione o l'armonizzazione, quel che residua è l'utilizzo di formule

---

[35] Sempre M. DANIELE, *op. ult. cit.*, p. 91. V. anche F. SIRACUSANO, *Tra semplificazione e ibridismo: insidie e aporie dell'Ordine europeo di indagine penale*, in *Arch. pen*., 2017, 3, p. 16, che ritiene che la direttiva 2014/41/UE spinga «verso la costruzione di un modello di prova europea di matrice giurisprudenziale». Anche T. BENE, *Direttive europee in tema di reciproco riconoscimento*, in *Treccani. Il libro dell'anno del diritto*, 2017, p. 688, avverte circa il pericolo di trasforare le regole probatorie nazionali «che potrebbero geneticamente mutare la propria essenza da norme rigide a principi flessibili», con possibile abuso del processo.

[36] M. DANIELE, *op. ult. cit.*, p. 91 s., porta l'esempio del giudice che, in nome di un'efficienza processuale sacrifichi i diritti fondamentali delle persone oppure, al contrario, comprometta l'accertamento dei fatti in ragione di una eccessiva protezione di tali diritti. L'Autore osserva altresì che è vero che la Corte di giustizia dell'Unione europea è un organo con cui le autorità giudiziarie possono «dialogare direttamente attraverso lo strumento del rinvio pregiudiziale», nondimeno, non è speranza ben riposta quella che ritenga che le indicazioni così ottenute possano compensare «l'arbitrio dei giudici comuni», perché la Corte di giustizia non è un organo deputato alla tutela dei diritti fondamentali *tout court* ma solo «in funzione della realizzazione degli obiettivi dell'Unione»; la conseguenza, avverte l'Autore, è che la Corte di giustizia potrebbe essere indotta a privilegiare una logica economicistica. V. anche F. SIRACUSANO, *Tra semplificazione e ibridismo*, cit., p. 17, che osserva come, in tale contesto, spetterà «al giudice edificare il modello del caso concreto; vagliando, preventivamente, se la restrizione di un qualche diritto fondamentale appaia assolutamente necessaria» e «privilegiando misure meno invasive, qualora queste siano ugualmente idonee a raggiungere il risultato istruttorio perseguito».

[37] R.E. KOSTORIS, *Presentazione. Un diritto postmoderno*, in ID. (a cura di), *Percorsi giuridici della postmodernità*, Il Mulino, 2016, p. 9 s.

[38] Così, R.E. KOSTORIS, *L'OEI nella dissolvenza tra regole e princìpi*, in M. DANIELE-R.E. KOSTORIS (a cura di), *L'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 5. M. DANIELE, *La metamorfosi del diritto delle prove*, cit., p. 92 s., con specifico riferimento al bilanciamento tra gli obiettivi dell'Unione e i diritti fondamentali, attribuisce il ruolo di "correttivi" alla sostituzione delle regole con i principi, non solo al principio di proporzionalità ma anche a quello dell'equivalenza, ricavabili dall'art. 52 della Carta di Nizza.

omnibus, generiche e/o ambigue, che richiedono – molto di più rispetto ad una disposizione costruita come un precetto[39] – l'attività interpretativa del giudice che, però, può sconfinare nella creatività e nell'arbitrio[40].

Ed è a uno dei principi tra i principi, ovvero alla proporzionalità[41], che è attribuito il compito di mediare tra opposte esigenze, di sciogliere i nodi problematici di una disciplina che, pur dichiaratamente nel segno del mutuo riconoscimento, contiene numerose disposizioni che vanno in senso diametralmente contrario, lasciando, come vedremo, ampi margini di discrezionalità in capo all'autorità di esecuzione[42].

4. Il principio di proporzionalità e il necessario dialogo tra le autorità giudiziarie

L'inedito concetto di proporzionalità[43] della misura investigativa è stato introdotto nell'ordinamento processuale interno dal decreto in esame[44]: il

[39] Così, R.E. KOSTORIS, *op. ult. cit.*, p. 13, nt. 24.

[40] Cfr. R.E. KOSTORIS, *op. ult. cit.*, p. 5 s. Tre sono gli ambiti in cui, secondo R.E. KOSTORIS (*op. ult. cit*., p. 7), la disciplina «si affida all'indeterminatezza dei principi»: la tutela dei diritti fondamentali, il rapporto tra *lex fori* e *lex loci*, il vaglio di proporzionalità.

[41] Secondo R.E. KOSTORIS, *op. ult. cit*., p. 3, al principio di proporzionalità è attribuito il ruolo di "dosatore" tra regole e principi. L'Autore denuncia lo strumento come «espressione di un diritto per principi» sottolineando il ruolo – e i rischi – dell'elaborazione creativa e del bilanciamento tra valori, secondo una logica lontana «dai rigidi schemi codicistici». V. anche M. CAIANIELLO, *L'attuazione della direttiva*, cit., p. 2203; M. DANIELE, *La metamorfosi del diritto delle prove*, cit., p. 92.

[42] Critico al riguardo è F. SIRACUSANO, *Tra semplificazione e ibridismo*, cit., p. 17, che pur registrando l'innovazione dell'approccio che fa leva su proporzionalità e adeguatezza, giudica tali principi come un «paravento» che, in definitiva, negano il valore della legalità in favore della legge creata dal giudice (*judge made law*); così anche O. MAZZA, *Cedu e diritto interno*, in A. GAITO (a cura di), *I principi europei del processo penale*, Dike giuridica, 2016, p. 14. Anche 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. 61, osserva che il principio di proporzionalità affidato alla giurisprudenza rischia di produrre norme processuali dal contenuto imprevedibile perché elaborate secondo un approccio casistico e contrario al principio di legalità, ravvisandone un possibile rimedio nell'autorità del precedente, sebbene le decisioni della Corte di giustizia non siano in grado di generare l'obbligo dello *stare decisis*. Residua, in ogni caso, un problema di *deficit* democratico rispetto alla proporzionalità in capo al legislatore nel momento della formulazione delle fattispecie, perché i giudici non sono eletti dai cittadini. L'Autore, dunque, conclude nel senso che il vero rimedio alla proporzionalità giurisprudenziale sarebbe la motivazione della decisione che espliciti i bilanciamenti operati e che consentirebbe di controllare l'operato dei giudici.

[43] Approfondiscono questo aspetto, tra gli altri, M. DANIELE, *I chiaroscuri dell'OEI e la bussola della proporzionalità*, cit., p. 67 s. e C.E. GATTO, *Il principio di proporzionalità nell'ordine europeo di indagine penale*, in *Dir. pen. cont*., 2019, 2, p. 69 s. In generale, sulla modernità di un principio antico,

riconoscimento (e, dunque, l'esecuzione) dell'ordine di indagine è subordinato alla verifica della proporzionalità e, ancora prima, dell'effettiva necessità dell'atto investigativo ai fini del procedimento[45]. In proposito è stato osservato che la circostanza che sia necessario rivolgersi a un'altra giurisdizione, dove si trova la prova da acquisire, implica la verifica di un bilanciamento accurato tra questa esigenza e i principi (eventualmente contrastanti) di celerità, speditezza ed efficacia della risposta. A questa ponderazione è deputato il principio di proporzionalità[46] che richiede un triplice test[47]: *a)* idoneità astratta del mezzo rispetto a un fine[48]; *b)* indispensabilità in rapporto al fine (o di stretta necessità)[49] e *c)* giustificabilità del sacrificio che quel mezzo impone ai diritti e alle libertà dei soggetti coinvolti, alla luce della gravità del reato e della pena nonché delle

reso attuale dall'irrompere del diritto sovranazionale nel processo penale, v. M. CAIANIELLO, *Il principio di proporzionalità nel procedimento penale*, in *Dir. pen. cont*., 2014, 3-4, p. 143 s.

[44] M. TROGU, sub *art. 7, D.lg. 21.6.2018, n. 108*, cit., p. 1030, osserva sinteticamente come il tema della proporzionalità sia poco presente nell'ordinamento processuale penale al di fuori di due ambiti specifici: la privazione della libertà personale precautelare e cautelare e con riferimento alla libertà e segretezza delle comunicazioni (artt. 266 e 267 c.p.p.). Neppure, rileva l'Autore, riguardo alla disciplina dei mezzi di ricerca e dei mezzi di prova, vi è un uso sistematico del principio da parte della giurisprudenza domestica, a differenza di quanto avviene in seno alla Corte EDU. Nei termini, nella portata e per l'importanza attribuita al vaglio di proporzionalità dell'ordine di indagine, dunque, il principio può considerarsi inedito nel nostro ordinamento processuale. V. anche M. DANIELE, *I chiaroscuri dell'OEI e la bussola della proporzionalità*, cit., p. 62 s., in merito al fenomeno della proporzionalità, oltre al campo delle misure cautelari personali, menziona l'ambito della determinazione della pena.

[45] In argomento, A. NOCERA, *Norme di attuazione della direttiva 2014/41/Ue sull'ordine europeo di indagine penale: il procedimento in generale*, in *Il Penalista*, 14 luglio 2017, p. 47 s. E. SELVAGGI, *L'ordine europeo di indagine – EIO: come funziona?*, in *Cass. pen*., 2018, p. 47 s., mette in luce il non univoco senso in cui può utilizzarsi il termine "proporzionalità", potendo fare riferimento alla vicenda concreta, alla entità della misura richiesta, all'invasività della stessa nella sfera individuale.

[46] Cfr. E. SELVAGGI, *Ordine europeo di indagine*, cit., p. 47. L'Autore osserva che non sempre è possibile rispettare questi principi, specie quando le richieste sono molto numerose, come nel caso di truffe *on line*.

[47] Così, R.E. KOSTORIS, *L'OEI nella dissolvenza tra regole e princìpi*, cit., p. 14. V. anche M. DANIELE, *I chiaroscuri dell'OEI e la bussola della proporzionalità*, cit., p. 58 s. Per un approfondimento, v. M. HEINTZEN, *Il principio di proporzionalità*, ed. it., Mucchi, 2015, *passim*.

[48] L'art. 52, § 1 della Carta di Nizza prevede che possono essere disposte eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà solo laddove «rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui». Duplice la verifica da effettuare: *a*) l'obiettivo prefissato consiste in un valore di sufficiente importanza tale da giustificare il sacrificio di un diritto fondamentale?; *b*) la misura da adottare è capace di conseguire l'obiettivo? In questi termini, M. DANIELE, *op. ult. cit.*, p. 59.

[49] Occorre escludere che vi siano altre misure adeguatamente idonee a realizzare il fine perseguito e, allo stesso tempo, meno lesive del diritto fondamentale coinvolto (cfr. M. DANIELE, *op. ult. cit.*, p. 59).

esigenze investigative o probatorie del caso concreto (proporzionalità in senso stretto)[50].

Verosimilmente inserito in modo esplicito sulla scorta della negativa esperienza maturata nell'ambito del mandato di arresto europeo per il quale si è registrato un uso abnorme dello strumento[51], il principio in sintesi consente un sindacato di opportunità in capo all'autorità di esecuzione, sindacato che, a prima vista, confligge con il pari valore del mutuo riconoscimento (principio che, come si è già rilevato, non può ritenersi accolto nella sua "purezza" ma suscettibile di declinazioni diverse)[52]. L'autorità di emissione e quella di esecuzione condividono il controllo sulla proporzionalità che è dunque frazionato tra loro[53].

L'attività investigativa sottoposta al principio di proporzionalità incontra un doppio limite che deriva da tale principio.

In primis l'attività investigativa richiesta deve apparire come misura indispensabile rispetto alle esigenze investigative o probatorie del caso concreto da valutarsi in base alla gravità dei reati per cui si procede e della pena prevista, gravità da valutarsi in concreto (limite esterno). In altri termini si tratta di verificare che vi sia la proporzionalità tra il fatto e l'ordine di indagine, sia riguardo alla natura dell'atto di cui si chiede l'esecuzione sia riguardo all'incidenza dello stesso nella sfera individuale del destinatario[54].

---

[50] Si tratta di contemperare i valori in gioco così da «delimitare e salvaguardare il nucleo essenziale del diritto coinvolto», così M. DANIELE, *op. ult. cit.*, p. 59. Secondo l'Autore (cit., p. 67), nel sistema dell'ordine di indagine, il controllo di idoneità spetta alla legge, come si ricava dall'art. 52, par. 1° della Carta di Nizza, dove si giustificano limitazioni dei diritti fondamentali solo se previste dalla legge; la valutazione di stretta necessità spetta alla autorità di emissione (tenuta ad accertare che l'ordine di indagine sia necessario e proporzionato come dispone l'art. 6, par. 1° lett. *a* dir.) e all'autorità di esecuzione che può ricorrere ad un atto diverso da quello richiesto purché idoneo ad assicurare lo stesso scopo e meno intrusivo sotto il profilo dei diritti fondamentali; infine, il vaglio di proporzionalità in senso stretto spetta al legislatore in rapporto ai requisiti di ammissibilità degli atti istruttori.

[51] M.R. MARCHETTI, *Rapporti giurisdizionali con autorità straniere*, in G. CONSO-V. GREVI-M. BARGIS (a cura di), *Compendio di procedura penale*, 9ª ed., Cedam, 2018, p. 1137. Anche A. MANGIARACINA, *L'acquisizione "europea" della prova cambia volto*, cit., p. 164, richiama l'esperienza maturata nel contesto della decisione-quadro 2002/584/GAI del 13 giugno 2002 sul m.a.e.

[52] V. *retro* cap. III, § 3, nt. 56.

[53] M. DANIELE, *La metamorfosi del diritto delle prove*, cit., p. 94.

[54] E. SELVAGGI, *L'ordine europeo di indagine*, cit., p. 48. Mette in luce S. MONTALDO, *A caccia di… prove*, cit., p. 9, che il decreto attuativo ha preferito indicare i casi in cui la condizione di proporzionalità non è integrata (quando il sacrificio dei diritti del singolo «non sia controbilanciato da idonee esigenze investigative e/o dalla gravità del reato»). Si tratta, ad avviso dell'Autore, di una traduzione non del tutto sovrapponibile al significato che emerge dall'art. 6 della direttiva dove sembra sollecitarsi «un giudizio di

Ma il secondo crinale della proporzionalità – percorso dalla direttiva e dal decreto attuativo – è quello che opera anche rispetto alla scelta delle modalità esecutive di esecuzione dell'ordine che devono provocare un sacrificio minimo degli interessi dei soggetti coinvolti, da valutarsi comparativamente con l'interesse all'utile svolgimento dell'attività investigativa (limite interno)[55].

Il richiamo al principio è espressamente contenuto solo con riguardo alla procedura passiva (art. 7 d.lgs. cit.) e ciò si giustifica perché si tratta di un giudizio di valore che è compiuto dallo Stato richiesto di eseguire un ordine di indagine, mentre è implicito nelle considerazioni e valutazioni che deve fare lo Stato di emissione[56], specie in un ordinamento, come il nostro, che disciplina atti di indagine tipici dove la proporzionalità dello scopo investigativo è presunta per legge[57] (non è lo stesso, però, per le prove in senso stretto).

Il principio è tradotto sul piano interno dall'art. 7 d.lgs. cit. secondo cui «*l'atto non è proporzionato se dalla sua esecuzione può derivare un sacrificio ai diritti e alle libertà dell'imputato o della persona sottoposta alle indagini o di altre persone coinvolte nel compimento degli atti richiesti, non giustificato dalle esigenze investigative o probatorie del caso concreto, tenuto conto della gravità dei reati per i quali si procede e della pena per essi prevista*», valorizzando la necessità di una valutazione in concreto della funzionalità e non ridondanza dell'atto richiesto e ancorando tale valutazione a un parametro oggettivo come la

---

necessità e proporzionalità *tout court*, anche laddove non si registrino particolari ricadute sulla sfera dei diritti dell'individuo».

[55] A. NOCERA, *Norme di attuazione*, cit.

[56] Lo afferma R.E. KOSTORIS, *L'attuazione in Italia*, cit., p. 143.

[57] Cfr. *Relazione illustrativa dello schema di decreto legislativo recante norme di attuazione della Direttiva 2014/41/UE relativa all'ordine europeo di indagine penale*, www.governo.it, p. 18, dove si precisa che l'art. 326 c.p.p. stabilisce che il pubblico ministero svolga le necessarie indagini "al fine" di determinarsi in ordine all'esercizio dell'azione penale e che le norme «in materia di prova rinviano ai concetti di irrilevanza e superfluità», il che significa che «il principio di proporzione 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». Secondo G. DE AMICIS, *Dalle rogatorie*, cit., p. 34, la *Relazione illustrativa* attribuisce al principio di proporzionalità il carattere di immanenza perché il sistema di ricerca delle prove penali è calibrato «anche in relazione ai profili di gravità dei reati per i quali si procede» (si pensi, ad esempio, alla disciplina delle intercettazioni). V. anche 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. 82. Sotto altro profilo, R.E. KOSTORIS, *L'OEI nella dissolvenza tra regole e princìpi*, cit., p. 14, nt. 30, osserva che il *Considerando* n. 11 e l'art. 6 dir. chiariscono che il test di proporzionalità va effettuato *in primis* dall'autorità di emissione.

gravità del reato e la pena prevista[58]. In questo caso la proporzionalità opera con riferimento al mezzo[59]. È evidente che la disposizione interna si sforza di specificare i parametri rispetto ai quali valutare la congruità della richiesta in relazione al caso concreto (pena prevista, gravità del reato, attuali esigenze investigative o probatorie, diritti e libertà dei soggetti coinvolti)[60]; ne deriva, quindi, che la proporzionalità opera non solo rispetto ai fini del procedimento ma anche con riferimento all'intrusività dell'atto rispetto al risultato[61].

Alla valutazione negativa in termini di non proporzionalità segue la comunicazione all'autorità emittente affinché valuti se insistere nella richiesta o avanzarne una differente: gli effetti dell'ordine emesso vengono così temporaneamente conservati. Il decreto prevede, infatti, la possibilità di procedere con un atto diverso parimenti idoneo allo scopo e meno intrusivo[62] degli interessi dei soggetti coinvolti (art. 9, comma 2° d.lgs. cit.). La proporzione opera qui con riferimento allo scopo[63]. In realtà, si è osservato che la norma, a differenza della direttiva[64], utilizza l'espressione «*si dà luogo*» e, quindi,

[58] Cfr. *Circolare ministeriale*, cit., p. 25. Inoltre, la *Relazione illustrativa* specifica che «andrà valutata la capacità del mezzo richiesto di raggiungere l'obiettivo prefissato, secondo il criterio per il quale, a parità di efficacia, è da preferire il bilanciamento tra la restrizione imposta al singolo e il valore del fine perseguito dal pubblico potere nell'esercizio della funzione». Precisa R.E. KOSTORIS, *L'attuazione in Italia*, cit., p. 141, che l'autorità che emette l'ordine di indagine deve «trovare la giusta sintesi nel caso concreto tra le spinte che fanno capo al principio di autorità (le esigenze probatorie o investigative legate alla cooperazione giudiziaria) e quelle che hanno ad oggetto garanzie dell'individuo (indagato, imputato, proprietario o possessore del bene sequestrato o confiscato, soggetti di cui possa essere violata la *privacy*); tutele queste ultime che, a loro volta, possono richiedere un'opera di bilanciamento reciproco, quando si trovino ad essere in conflitto le une con le altre». R. BELFIORE, *Su alcuni aspetti del decreto di attuazione*, cit., p. 406, sottolinea che a differenza della direttiva che richiede che la proporzionalità in fase di emissione sia valutata rispetto ai fini del procedimento, con attenzione ai diritti della persona indagata o imputata «nella disposizione interna la proporzionalità è considerata soddisfatta solo quando dall'esecuzione dell'ordine non derivi un sacrificio ai diritti e alle libertà della persona indagata o imputata, ovvero di altre persone coinvolte dal compimento degli atti richiesti, non giustificato da esigenze investigative o probatorie del caso concreto, tenuto conto della gravità dei reati per i quali si procede e della pena per essi prevista». V. anche M. DANIELE, *I chiaroscuri dell'OEI e la bussola della proporzionalità*, cit., p. 69.

[59] Così, E. SELVAGGI, *L'ordine europeo di indagine*, cit., p. 48.

[60] Cfr. R. BELFIORE, *Su alcuni aspetti del decreto di attuazione*, cit., p. 406.

[61] Cfr. R. BELFIORE, *op. ult. cit.*, p. 406.

[62] Secondo R. BELFIORE, *Riflessioni a margine della direttiva*, p. 3291, il richiamo ad atti "meno intrusivi" vuole, da un lato, «assicurare l'efficienza della cooperazione prevenendo possibili rifiuti» e, dall'altro, «garantire il rispetto della legge dello Stato di esecuzione e la tutela dei diritti dei soggetti coinvolti nell'esecuzione dell'atto richiesto».

[63] Lo sottolinea E. SELVAGGI, *L'ordine europeo di indagine*, cit., p. 48.

[64] *Considerando* n. 11.

configura una sorta di obbligatorietà, in capo all'autorità di esecuzione, di ricorrere ad altro atto di indagine, più proporzionato di quello richiesto, che assicuri il medesimo risultato[65].

Invero nel bilanciamento del principio di proporzionalità della misura e delle norme fondamentali dell'ordinamento, all'autorità di esecuzione è consentito disporre un atto di indagine alternativo a quello richiesto. Un simile meccanismo di sostituzione è nelle mani dello Stato di esecuzione quando l'atto richiesto non sia previsto dal diritto dello Stato di esecuzione oppure quando non sia disponibile un istituto analogo nell'ordinamento interno (art. 9, comma 1° d.lgs. cit.), a condizione, però, che l'atto alternativo assicuri lo stesso risultato con mezzi meno invasivi e pregiudizievoli degli interessi altrui[66].

In ogni caso deve essere preservato il rapporto con lo Stato richiedente che si carica di intensità differente: nel caso in cui sia da salvaguardare il principio di proporzionalità è necessario il «*previo accordo*» con l'autorità di emissione attraverso una interlocuzione informale preventiva. È solo l'autorità di emissione che può valutare utilità e utilizzabilità dei risultati ottenuti in modo diverso ed è dunque necessario che vi sia un dialogo tra le autorità finalizzato a pervenire ad una soluzione[67]. Spetta, infatti, al giudice nazionale decidere se la prova così assunta possa essere inclusa nel compendio probatorio[68].

Nel caso in cui manchi un atto analogo nell'ordinamento interno o siano deficitari i presupposti perché ne possa essere disposto il compimento, è sufficiente una «*comunicazione all'autorità di emissione*» da parte del procuratore della Repubblica, antecedente il compimento dell'atto «diverso» (ma

---

[65] Approfondisce questa distinzione A. MANGIARACINA, *L'acquisizione "europea" della prova cambia volto*, cit., p. 164.

[66] A. NOCERA, *Norme di attuazione*, cit. precisa che «presupposto perché l'autorità giudiziaria italiana possa optare per una misura equivalente di indagine è che l'atto richiesto non sia previsto dalla legge italiana o non ricorrano i presupposti previsti dalla legge italiana perché ne possa essere disposto il compimento, ovvero che l'atto di indagine non sia proporzionato». V. anche M. TROGU, sub *art. 7, D.lg. 21.6.2018, n. 108*, cit., p. 1031. V. altresì M. DANIELE, *I chiaroscuri dell'OEI e la bussola della proporzionalità*, cit., p. 70.

[67] Al riguardo, v. E. SELVAGGI, *L'ordine europeo di indagine*, cit., p. 48. V. anche F. RUGGIERI, *Le nuove frontiere dell'assistenza penale internazionale*, cit., p. 137.

[68] In questo senso, M. DANIELE, *I chiaroscuri dell'OEI e la bussola della proporzionalità*, cit., p. 70.

parimenti idoneo ed efficace) e funzionale a consentire all'autorità richiedente la possibilità di ritirare o integrare l'ordine di indagine[69].

La flessibilità insita nella sostituzione di un atto richiesto incontra il limite delle investigazioni che si trovino già nella immediata disponibilità dello Stato di esecuzione, quali informazioni o prove già in possesso dell'autorità estera perché oggetto di altro procedimento oppure perché custodite in banche dati della polizia o delle autorità giudiziarie nonché il limite degli atti che non siano invasivi e di quelli che non incidono sulla libertà personale e sul diritto all'inviolabilità del domicilio. Rispetto a questo paniere di attività investigative non è consentito opporre il rifiuto e l'autorità richiesta non è tenuta ad effettuare alcuna verifica riguardo a soluzioni diverse e alternative rispetto a quelle richieste né può operare un controllo di proporzionalità. È quanto dispone il 5° comma dell'art. 9 d.lgs. cit., riproducendo l'art. 10, par. 2° della direttiva[70]. Questi atti sono, infatti, tendenzialmente innocui e "neutri" sotto il profilo della libertà personale[71]. Inoltre, per alcuni di questi atti di indagine vi è una sorta di embrionale armonizzazione delle legislazioni nazionali[72].

Un'ulteriore applicazione della flessibilità è quella che si realizza nella possibilità di disporre il "rinvio" del decreto di riconoscimento «*quando dall'esecuzione può derivare pregiudizio alle indagini preliminari o a un processo già in corso*» (art. 14, comma 1° d.lgs. cit.) oppure «*quando le cose, i documenti o i dati oggetto di richiesta di sequestro sono già sottoposti a vincolo,*

---

[69] A. NOCERA, *Norme di attuazione*, cit. E. SELVAGGI, *Ordine europeo di indagine*, cit., p. 48, osserva che lo schema adottato dalla direttiva e dal decreto attuativo è già conosciuta nella prassi della cooperazione giudiziaria, sebbene sia la prima volta che viene positivizzato. L'Autore ricorda come nei rapporti tra Italia e Regno Unito le richieste di sequestro presso un istituto bancario operate dall'Italia sono state sempre ostacolate; gli ostacoli sono stati invece superati chiedendo al Regno Unito il raggiungimento di un risultato (il documento) anziché il compimento di uno specifico atto (il sequestro). Così il Regno Unito, con lo sguardo al risultato e non al mezzo, ha potuto collaborare con l'Italia attraverso l'emissione da parte del giudice inglese di un *subpoena ducestecum*, un provvedimento simile al nostro ordine di esibizione giacché non vi erano i presupposti, nel diritto inglese, per ottenere il sequestro dei documenti richiesti.

[70] *Retro* § 4.

[71] In questi termini, E. SELVAGGI, *L'ordine europeo di indagine*, cit., p. 48.

[72] Così, G. FIORELLI, *I motivi di rifiuto dell'ordine investigativo europeo, quando "fidarsi è bene, ma non fidarsi è meglio"*, in T. BENE-L. LUPÀRIA-L. MARAFIOTI (a cura di), *L'ordine europeo di indagine. Criticità e prospettive*, Giappichelli, 2016, p. 98; A. MANGIARACINA, *L'acquisizione "europea" della prova cambia volto*, cit., p. 166.

fino alla revoca del relativo provvedimento» (2° comma)[73]. Ove la tempestiva ricezione dell'ordine sia impossibile, dunque, il pubblico ministero dispone il temporaneo rinvio del riconoscimento per il periodo ritenuto necessario alla soluzione della causa che osta all'esecuzione oppure, quanto alla disposizione del 2° comma, fino alla revoca del provvedimento (fermo restando possibile accordarsi per il trasferimento temporaneo del bene all'autorità richiedente). Aggiunge l'art. 14 d.lgs. cit. che la decisione di rinvio è immediatamente comunicata all'autorità di emissione e che, non appena viene meno la causa che ha dato luogo al rinvio, l'ordine di indagine è tempestivamente eseguito.

Conclusivamente, al principio di proporzionalità è delegato il compito di mediare tra l'autorità di emissione e l'autorità di esecuzione e, parallelamente, tra *lex fori* e *lex loci,* avendo il legislatore europeo abdicato alla formulazione di fattispecie processuali tipiche (che avrebbero potuto chiarire «in che misura la *lex fori* debba cedere a favore della *lex loci*»[74]). Tale principio dovrebbe orientare l'interprete e, in particolare, il giudice competente a seconda della fase processuale, nell'individuare le regole che sovraintendono alle modalità di assunzione delle attività istruttorie, contemperando l'esigenza di reprimere i reati transnazionali con i diritti fondamentali. Stante la mancanza di regole prevedibili, dunque, per evitare che le attività istruttorie siano subordinate all'arbitrio della giurisprudenza, è necessario ricorrere alla proporzionalità, una tecnica che consente di «stabilire a quali condizioni ciascun principio possa cedere di fronte all'esigenza di attuare valori contrapposti»[75], purchè fondata su una motivazione della decisione presa che espliciti i bilanciamenti operati e tale da «riflettere criteri di scelta suscettibili di essere ripetuti in eventuali futuri casi analoghi»[76], al fine di consentire la prevedibilità dell'esito dei bilanciamenti.

---

[73] Secondo A. NOCERA, *Norme di attuazione*, cit., in tal caso «la norma non sembra concedere un potere discrezionale di valutazione al p.m. o al giudice procedente… sussistendo un criterio di presunzione normativa di pregiudizio per le indagini o il processo in corso, che pone come momento risolutivo del vincolo giudiziale la sola revoca del provvedimento di sequestro».
[74] Così, M. DANIELE, *I chiaroscuri dell'OEI e la bussola della proporzionalità*, cit., p. 57.
[75] Cfr. M. DANIELE, *op. ult. cit.*, p. 57.
[76] In questo senso M. DANIELE, *op. ult. cit.*, p. 62.

5. La trasposizione interna dei motivi di non riconoscimento

Nel quadro della "flessibilità" cui cede il principio del mutuo riconoscimento e, sebbene l'idea di fondo della direttiva fosse quella di limitare al massimo le possibilità di rifiuto di riconoscimento[77] – anzi, intendendo proprio superare quell'area di discrezionalità (e di diffidenza reciproca) degli Stati membri – e quella di semplificare i rapporti tra le autorità giudiziarie, il decreto attuativo elenca ipotesi obbligatorie di rifiuto[78] che si vanno ad aggiungere all'ipotesi di impossibilità di esecuzione o non proporzionalità della misura non altrimenti sostituibile.

L'elenco, tassativo[79], contenuto nell'art. 10, comma 1° d.lgs. cit., ricomprende tra i motivi di rifiuto le lacune formali (quale l'incompletezza dell'ordine di indagine trasmesso, l'erroneità o non inerenza delle informazioni) (lett. *a*); il riconoscimento di immunità dallo Stato italiano (lett. *b*; cfr. art. 11, lett. *a* dir.)[80]; le ragioni di sicurezza nazionale derivanti dall'esecuzione dell'ordine (lett. *c*; cfr. art. 11, lett. *b* dir.); la possibile violazione del divieto di

[77] A. MANGIARACINA, *L'acquisizione "europea" della prova cambia volto*, cit., p. 165, puntualizza che la "mutua fiducia" avrebbe richiesto «un pressoché automatico recepimento del provvedimento straniero» rappresentando la lista dei motivi di non riconoscimento o di non esecuzione «il "nervo scoperto" degli strumenti normativi fondati sulla logica del reciproco riconoscimento».

[78] Ad avviso di S. MONTALDO, *A caccia di… prove*, cit., p. 10, la *ratio* dell'obbligatorietà dipende «dalla volontà di non concedere margini per intaccare principi generali dell'ordinamento interno, come il *ne bis in idem* ed il principio di territorialità o gli obblighi internazionali che lo Stato assume in ordine al rispetto delle immunità». Sulla trasposizione in termini di obbligatorietà, v. anche A. MANGIARACINA, *op. ult. cit*., p. 165; M.R. MARCHETTI, *Prospettive di riforma del libro XI c.p.p*., in AA.VV., *Investigazioni e prove transnazionali*, Giuffrè, 2017, p. 33.

[79] Cfr. F. RUGGIERI, *Le nuove frontiere dell'assistenza penale internazionale*, cit., p. 135 s.

[80] La previsione va collegata con l'art. 9 d.lgs. cit. che attribuisce al procuratore della Repubblica il compiuto di chiedere tempestivamente l'autorizzazione a procedere, se necessaria. Il rifiuto è, dunque, conseguenza dell'impossibilità di rimuovere l'immunità da parte dell'autorità italiana ed è collegata con l'obbligo di tempestiva richiesta di autorizzazione a procedere *ex* artt. 343 e 344 c.p.p.; cfr. A. NOCERA, *Norme di attuazione*, cit. Rileva A. MANGIARACINA, *L'acquisizione "europea" della prova cambia volto*, cit., p. 166, che non è stata recepita la direttiva nella parte in cui si riferisce ai "privilegi", «formula che avrebbe potuto richiamare, ad esempio, le regole sul privilegio familiare e sui segreti». Nondimeno, l'Autrice ritiene che trattandosi di atto che dovrebbe essere sempre disponibile, sarebbe comunque possibile l'aggancio al «rispetto dei principi fondamentali dello Stato dell'esecuzione» per estendere la possibilità di un rifiuto. Inoltre, anche il testo in cui si prevede il motivo di rifiuto legato a «norme sulla determinazione e limitazione della libertà di espressione in altri mezzi di comunicazione che renderebbero impossibile l'esecuzione dell'OEI» non è stato tradotto nel decreto attuativo. Nella *Relazione illustrativa*, cit., si giustifica l'omissione perché l'esercizio del diritto di critica costituisce una scriminante e, dunque, le norme a tutela della libertà di stampa e manifestazione del pensiero possono essere ricondotte nell'ambito della lett. *f* (violazione della condizione di doppia incriminazione).

bis in idem (lett. *d*; cfr. art. 11, lett. *d* dir.); l'incompatibilità dell'ordine con i principi fondamentali dell'ordinamento dello Stato e dei diritti fondamentali della persona (lett. *e*; cfr. art. 11, lett. *f* dir.)[81].

Anche la violazione della condizione di doppia incriminazione[82] (lett. *f*; cfr. art. 11, lett. *g* dir.) può comportare un legittimo rifiuto[83]; sussistono però alcuni limiti. La condizione di doppia incriminazione non è necessaria quando attraverso l'ordine di indagine si richieda l'acquisizione di elementi già nella disponibilità dello Stato di esecuzione oppure attività investigative che non comportino l'esercizio di poteri coercitivi o di attività non garantite, atti per i quali, peraltro, non è consentito il ricorso ad un atto probatorio alternativo rispetto a quello richiesto (art. 9, comma 5° d.lgs. cit.)[84].

Vi è poi un nucleo di reati scelti discrezionalmente dal legislatore rispetto ai quali non è richiesta la doppia incriminazione (art. 11 d.lgs. cit.); simile deroga si sovrappone a quella prevista dalla decisione-quadro sul mandato di arresto europeo, lista da sempre esentata dalla verifica della doppia incriminazione, fermo restando il superamento della soglia minima edittale di tre anni di reclusione o la previsione di una misura di sicurezza detentiva[85].

---

[81] Il motivo di rifiuto legato ai diritti fondamentali è stato introdotto durante i negoziati su sollecitazione dell'Agenzia europea per i diritti fondamentali, così A. MANGIARACINA, *op. ult. cit.*, p. 168; l'Autrice, inoltre, osserva che, come per la proporzionalità, un ruolo decisivo sembra averlo assunto l'esperienza maturata in seno al m.a.e. Per un approfondimento sull'inserimento di una clausola analoga nel testo della decisione-quadro m.a.e., 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, 2, p. 212.

[82] Anche la legge italiana deve prevedere il fatto come reato: la valutazione è indipendente rispetto agli elementi costitutivi o dalla qualificazione giuridica della legge dello Stato di emissione; cfr. A. NOCERA, *Norme di attuazione*, cit.

[83] Precisa F. RUGGIERI, *Le nuove frontiere dell'assistenza penale internazionale*, cit., p. 136, che «Il rispetto del principio di doppia incriminazione… assicura che lo Stato non sia costretto ad esercitare l'*imperium* per l'accertamento di fatti che, non essendo ritenuti reati nel proprio ordinamento, di conseguenza non sono di gravità tale da legittimare il ricorso al potere giurisdizionale»; tale motivo «sottintende un preciso bilanciamento legislativo tra l'uso della forza (legittima) e il suo fine di tutela di un determinato bene». La conseguenza è che se mancano i presupposti legali spetterà al procuratore della Repubblica «la scelta di procedere nonostante l'atto richiesto non sia previsto dalla legge» attraverso il compimento di uno o più atti diversi e comunque idonei allo scopo (art. 9 d.lgs. cit.).

[84] V. *Relazione illustrativa*, cit., p. 7.

[85] Vi rientrano i reati di partecipazione ad associazione criminosa, di terrorismo, di traffico di esseri umani, i crimini contro l'umanità, i delitti di falso, di truffa aggravata, di criminalità ambientale ed economica, di violenza sessuale, eccetera.

Come si vede dal confronto tra i motivi di rifiuto previsti rispettivamente dalla direttiva e dal decreto attuativo, il motivo di rifiuto improntato alla territorialità – pure prevista nella direttiva – non trova ingresso nel decreto legislativo[86] e tale scelta del legislatore italiano è da giudicare "avanzata" nel segno della presa d'atto di come il motivo di rifiuto legato alla territorialità costituisca un paradosso rispetto all'idea di spazio giudiziario europeo, predicata a vario titolo, nonché motivo contrario a tale idea perchè tutto proteso a enfatizzare la sovranità dello Stato di esecuzione, consapevolmente ignorando la dimensione transnazionale del crimine.

Infine, un'ulteriore specificazione è rappresentata dai casi in cui l'ordine di indagine sia stato emesso per violazioni delle norme tributarie, doganali o valutarie (art. 10, comma 2° d.lgs. cit.): in tali casi non potrà essere rifiutata l'esecuzione dell'ordine sulla scorta della differente denominazione delle imposte e tasse o qualora una tipologia di tributo similare non sia rintracciabile nell'ordinamento richiesto o se non sussista uniformità tra le norme degli ordinamenti coinvolti.

[86] Lo evidenzia M. CAIANIELLO, *L'attuazione della direttiva*, cit., p. 2201; ID., *L'OEI dalla direttiva al decreto n. 108 del 2017*, cit., p. 23.

Capitolo quinto

IL PROCEDIMENTO "ORDINARIO" DI EMISSIONE DELL'OEI E I DIRITTI DIFENSIVI

9. L'emissione dell'ordine di indagine: legittimazione e partecipazione
10. Il contenuto dell'ordine di indagine e la sua trasmissione
11. L'esecuzione dell'ordine di indagine e le spese
12. I diritti della difesa previsti dal decreto attuativo: una panoramica ricognitiva
13. (*Segue*) Il diritto di difendersi indagando: solo un ruolo propulsivo per gli atti da compiersi all'estero
14. (*Segue*) Le indagini difensive all'estero non sono consentite
15. L'impugnazione nella procedura attiva
16. Le differenze e le persistenti analogie tra le rogatorie attive e l'ordine di indagine emesso dall'autorità giudiziaria italiana

1. L'emissione dell'ordine di indagine: legittimazione e partecipazione

Premesse in termini generali le coordinate di base della disciplina sull'ordine di indagine europeo, deve concentrarsi l'attenzione sulla procedura attiva di emissione dell'ordine di indagine che è disciplinata nel Titolo III e che, a differenza del Titolo inerente alla procedura passiva, si snoda in soli due Capi, l'uno dedicato all'emissione dell'ordine e l'altro a un *genus* indistinto afferente a "determinati atti di indagine" (là dove, di contro, nelle disposizioni riguardanti la procedura passiva, il decreto distingue specificatamente tra "determinati atti di indagine", "intercettazione di telecomunicazioni" e, infine, "provvedimenti di sequestro"). La direttiva, invece, come si è già osservato[1], sostanzialmente non distingue tra lato passivo e attivo, andando a valorizzare quali sono le procedure e le garanzie rispettivamente per lo Stato di esecuzione e per quello di emissione e disciplinando in un comune Capo i "determinati atti di indagine"[2].

Sul fronte attivo, l'ordine di indagine europeo può essere emesso nell'ambito di un procedimento penale (nel cui alveo si intende ricompreso anche

[1] V. *retro* cap. III, § 4.
[2] Secondo R.E. KOSTORIS, *L'attuazione in Italia dell'ordine europeo di indagine penale*, in ID., *Processo penale e paradigmi europei*, Giappichelli, 2018, p. 128, si tratta di una sorta di "parte speciale".

il procedimento nei confronti degli enti, specificamente previsto dalla direttiva) o all'interno di un procedimento per l'applicazione di una misura di prevenzione patrimoniale (art. 27 d.lgs. 21 giugno 2017, n. 108). Questa è la traduzione domestica dell'art. 4 della direttiva che legittima l'emissione di un ordine di indagine per tutte le procedure che si riferiscono alla violazione di norme giuridiche se la loro decisione può condurre a un procedimento davanti al giudice penale[3].

L'art. 27 del decreto, poi, si limita a prescrivere che l'ordine di indagine può essere emesso dal pubblico ministero o dal giudice nell'ambito delle rispettive attribuzioni[4], dunque, tanto per atti investigativi da svolgere durante la fase delle indagini quanto per l'acquisizione di prove[5]. L'autorità giudiziaria legittimata all'emissione viene dunque individuata a seconda della fase nella quale si procede.

All'interno del decreto attuativo, nel segno di una smarcatura dal regime previgente che attribuiva protagonismo al ministro della giustizia, le autorità di emissione e di esecuzione non sono individuate nella Corte di appello (come avviene per la procedura passiva), ma rispettivamente, nel pubblico ministero o

[3] Cfr. P. SPAGNOLO, *Il procedimento di emissione dell'OEI*, in 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*, Giappichelli, 2018, p. 79 s. Secondo M.M. PISANI, *Problemi di prova penale. La proposta di direttiva sull'Ordine europeo di indagine*, in *Arch. Pen*., 2011, 3, p. 18 s., il rispetto delle garanzie giurisdizionali dell'ordine di indagine europeo è compatibile con le misure di prevenzione *tout court* senza necessariamente distinguere, come ha fatto invece il decreto attuativo, tra misure di prevenzione personali e patrimoniali. Ad avviso di P. SPAGNOLO, *op. ult. cit.*, p. 80, la distinzione operata dal legislatore italiano potrebbe essere frutto della controversa natura della prevenzione personale «e del suo essere strettamente collegata alla persona e, quindi, al territorio dove questa si trova». Di contro, la prevenzione patrimoniale, richiedendo indagini complesse su beni che possono trovarsi ovunque, rende «essenziale la cooperazione internazionale». Nondimeno, anche per la misura di prevenzione patrimoniale, osserva l'Autrice, l'ordine di indagine potrà essere utilizzato per lo svolgimento delle indagini o per acquisire elementi probatori utili per la decisione ma il provvedimento definitivo dovrà essere eseguito con un ordine di confisca. Da ultimo, v. S. MARCOLINI, *La procedura attiva*, in M.R. MARCHETTI-E. SELVAGGI (a cura di), *La nuova cooperazione giudiziaria penale*, Cedam, 2019, p. 313 s.

[4] Secondo P. SPAGNOLO, *Il procedimento di emissione dell'OEI*, cit., p. 85, il richiamo alle «rispettive attribuzioni» potrebbe costituire la disposizione con cui si ribadisce che l'ordine di indagine «può essere emesso alle condizioni stabilite dalla legge italiana, così scongiurando ogni pericolo che si vogliano aggirare limiti o vincoli posti dal diritto interno al potere investigativo delle autorità competenti». Occorre guardare alla fase nella quale si trova il procedimento: così, in sintesi, M.R. MARCHETTI, *Progetti di riforma sulla cooperazione internazionale*, in *Treccani. Il libro dell'anno del diritto*, 2017, p. 681.

[5] Così, G. BARROCU, *La cooperazione investigativa in ambito europeo. Da Eurojust all'ordine di indagine*, Cedam, 2018, p. 271.

nel giudice che procede per la procedura attiva (art. 27 d.lgs.) e nel procuratore della Repubblica presso il tribunale del capoluogo del distretto dove devono essere compiuti gli atti richiesti per quanto riguarda la procedura passiva (art. 4 d.lgs.). Secondo la "*Circolare ministeriale in tema di attuazione della direttiva 2014/41/UE relativa all'ordine europeo di indagine penale del 26 ottobre 2017*", la «concentrazione della competenza presso gli uffici dei capoluoghi di distretto, prevista per la trattazione in passivo, non ha evidentemente ragion d'essere per quanto attiene al versante attivo della procedura»[6], perché il fine, evidentemente, è quello di favorire al massimo la snellezza investigativa di cui si trova conferma nella possibilità di trasmissione diretta che, in termini concreti, significa abolizione del filtro ministeriale (cfr. in proposito art. 727 c.p.p.).

Non sono richiesti altri requisiti di ammissibilità previsti dal nostro sistema[7], al quale – è da presumere – vi sia un generico rinvio implicito. Infatti, occorre fare riferimento alle fasi del procedimento interno in cui emerge la necessità dell'assistenza giudiziaria di un altro Stato per individuare il pubblico ministero o il giudice che procede: gli ordini emessi nel corso delle indagini preliminari, anche nell'ipotesi in cui sia previsto il previo controllo autorizzativo del giudice (es. intercettazioni), saranno di competenza del pubblico ministero mentre gli ordini di prova nelle fasi processuali saranno emessi dal giudice che procede a seconda che si tratti di udienza preliminare, o giudizio dibattimentale[8]. Altresì è possibile che ad emettere un ordine di indagine sia il giudice dell'esecuzione o la magistratura di sorveglianza, perché il riferimento al procedimento penale non contiene ulteriori specificazioni[9].

Esplicito invece è il rinvio, contenuto nel 2° comma dell'art. 27 d.lgs. cit., alla regola che vuole che, nel caso di «*indagini relative ai delitti di cui all'articolo 51 commi 3* bis *e 3* quater», debba essere data informazione, della

[6] Cfr. *Circolare ministeriale*, in *Dir. pen. cont.*, 7 novembre 2017, p. 42.
[7] Lo afferma M. DANIELE, *L'ordine europeo di indagine penale entra a regime. Prime riflessioni sul d. lgs. n. 108 del 2017*, in *Dir. pen. cont*., 2017, nn. 7-8, p. 208 s.
[8] Specifica tali aspetti la *Circolare ministeriale*, cit., p. 42.
[9] Secondo la *Circolare ministeriale*, cit., p. 42, «è significativa l'espressa inclusione del procedimento di prevenzione patrimoniale tra quelli nel cui ambito può essere emesso un ordine di indagine».

emissione dell'ordine di indagine, al procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo; ciò al fine del coordinamento investigativo che fa capo a tale magistrato.

È importante però sottolineare che la previsione della trasmissione diretta dell'ordine di indagine costituisce un'implicita abolizione del filtro ministeriale previsto per le rogatorie dall'art. 727 c.p.p.[10]. La novità comporta forme più snelle e simbolicamente rafforza l'idea della cooperazione tra autorità giudiziarie, affrancandosi dalla cooperazione tra rappresentanti politici degli Stati. Non solo. A differenza della procedura passiva non è prevista neppure una comunicazione nei confronti del Ministero della giustizia, anche se questo aspetto è controverso, reputando, alcuni, necessaria una trasmissione al ministro ai sensi dell'art. 204 *bis* disp. att. c.p.p.[11].

Infine, sotto questo profilo, è stato osservato come non sia stata trasposta la previsione che legittima all'emissione dell'ordine di indagine anche l'autorità amministrativa (art. 4, par. 1°, lett. *b* dir.); con la conseguenza che, in tal caso, l'acquisizione probatoria all'estero avverrà tramite le disposizioni della Convenzione MAP, se operante tra gli Stati interessati[12].

Nel caso in cui proceda il giudice, il provvedimento deve essere emesso «*sentite le parti*» ma la norma non specifica se questa interlocuzione sia

---

[10] V. *Circolare ministeriale*, cit., p. 42, secondo cui si è verificata un'espropriazione di funzioni in capo alla Corte di appello; al riguardo v. E. SELVAGGI, *La circolare del Ministero della giustizia sul c.d. ordine europeo di indagine*, in *Dir. pen. cont.*, 7 novembre 2017; ID., *L'ordine europeo di indagine – EIO: come funziona?*, in *Cass. pen*., 2018, p. 45. Secondo 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. 22 s., la scelta normativa rappresenta «un ulteriore segno dell'intenzione del legislatore di snellire quanto più possibile le forme da rispettare per dar corso alla cooperazione, rendendola un'attività prettamente tecnica e priva di qualsivoglia intermediazione da parte dell'esecutivo».

[11] Cfr. L. CAMALDO, *La normativa di attuazione dell'ordine europeo di indagine penale: le modalità operative del nuovo strumento di acquisizione della prova all'estero*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 4205. Di contrario avviso *Eurojust, Desk italiano, L'ordine di indagine europeo. Cosa è utile sapere? Domande e risposte*, 2017, p. 9, che ritiene che, pur mancando una specifica previsione in tal senso, l'ordine di indagine emesso dall'autorità italiana debba essere comunque trasmesso al Ministero della giustizia in virtù di quanto previsto dall'art. 204 *bis* disp. att. c.p.p. (così, in dottrina, anche P. SPAGNOLO, *Il procedimento di emissione dell'OEI*, cit., p. 97).

[12] M.R. MARCHETTI, *Rapporti giurisdizionali con autorità straniere*, in G. CONSO-V. GREVI-M. BARGIS (a cura di), *Compendio di procedura penale*, 9ª ed., Cedam, 2018, p. 1143, ritiene trattarsi di una carenza non comprensibile e che, oltretutto, comporta una (evitabile) stratificazione tra diversi mezzi di cooperazione.

preceduta da un preventivo deposito degli atti: rispetto alla disciplina delle rogatorie sembra esservi in questo senso un avanzamento nell'innovativo riconoscimento dell'interlocuzione con le parti private[13]. Logica conseguenza della previa mancata comunicazione all'imputato dovrebbe essere la nullità a regime intermedio di cui agli artt. 178, comma 1°, lett. *c* e 180 c.p.p. Diversamente, quando ad emettere l'ordine di indagine sia il pubblico ministero, la decisione è unilaterale e non vi è spazio per alcuna forma di dialogo[14].

Dal punto di vista operativo, in modo similare alle rogatorie partecipate, l'art. 29 d.lgs. cit. prevede che il pubblico ministero, previo accordo con l'autorità di esecuzione, possa partecipare all'esecuzione dell'ordine di indagine tanto personalmente quanto per mezzo di uno o più ufficiali di polizia giudiziaria (in quest'ultimo caso, occorre fare riferimento alle possibilità di delega previste per un atto interno assimilabile)[15]. In tale "spazio" operativo si inserisce la possibilità che il procuratore della Repubblica possa promuovere la costituzione di una squadra investigativa comune… ma così operando, troveranno applicazione le disposizioni del d.lgs. 15 febbraio 2016, n. 34[16].

Anche il giudice che ha emesso l'ordine può chiedere di partecipare direttamente all'esecuzione, sempre previo accordo con l'autorità gravata dell'esecuzione (art. 29, comma 2° d.lgs. cit.). Nella disposizione richiamata – che prevede la possibilità di partecipazione del giudice – è stato visto lo spiraglio

---

[13] Così A. NOCERA, *Norme di attuazione della direttiva 2014/41/Ue sull'ordine europeo di indagine penale: il procedimento in generale*, in *Il Penalista*, 14 luglio 2017. Osserva M. TROGU, sub *art. 27, D.lg. 21.6.2018, n. 108*, in A. MARANDOLA (a cura di), *Cooperazione giudiziaria penale*, Giuffrè, 2018, p. 1076, che la previsione mira a garantire la partecipazione del pubblico ministero e «l'intervento e l'assistenza dell'imputato» così che, in caso di violazione di tale obbligo, l'ordine di indagine sarà affetto da una nullità di ordine generale a regime intermedio.

[14] Lo sottolinea M. TROGU, sub *art. 27, D.lg. 21.6.2018, n. 108*, cit., p. 1076.

[15] Secondo G. BARROCU, *La cooperazione investigativa in ambito europeo*, cit., p. 273, tale precisazione consente di evitare che per l'atto compiuto all'estero vi sia un *deficit* di legittimazione attiva rispetto ad analogo atto compiuto nel territorio italiano o, meglio, che si finisca per consentire all'estero un'attività che sarebbe preclusa sul piano interno. L'Autore, però, critica la mancata previsione della possibilità di nominare consulenti tecnici o periti, specie per le prove scientifiche per le quali il mancato rispetto di un protocollo di acquisizione – volto a garantire affidabilità e genuinità dell'accertamento – potrebbe rendere non utilizzabile in Italia l'atto compiuto all'estero. V. anche M. TROGU, sub *art. 29, D.lg. 21.6.2018, n. 108*, cit., p. 1079 s.

[16] Cfr. *retro* cap. II, § 5.

per garantire il metodo dialettico nella formazione della prova[17], perché la sua presenza attiva potrebbe ristabilire quello schema triadico di formazione della prova in contraddittorio tra le parti.

Ma la riconosciuta possibilità di partecipazione da parte dell'autorità italiana è anche funzionale a prestare assistenza all'autorità che deve eseguire l'ordine di indagine, così da limitare gli inconvenienti derivanti dalla disomogeneità delle discipline dei diversi ordinamenti in tema di acquisizione della prova[18]. Lo Stato di esecuzione, infatti, potrà optare per un atto diverso da quello richiesto (purché idoneo al raggiungimento dello scopo) (cfr. art. 10, par. 3° dir.); pertanto, da un lato, l'indicazione delle formalità "essenziali"[19] (di cui all'art. 33 d.lgs. cit.), dall'altro, la partecipazione diretta dell'autorità italiana, potranno consentire di individuare e formare un atto utilizzabile nel diritto interno[20], l'utilizzabilità restando il – non disciplinato compiutamente – problema principale. Infine, la diretta partecipazione dell'autorità di emissione consente di proporre un ordine collegato (art. 30 d.lgs. cit., allegato A, sezione D e art. 34, comma 2° d.lgs. cit.)[21].

Resta fermo che l'esecuzione dell'ordine di indagine, anche se dovesse spingersi fino al punto estremo di far compiere direttamente l'atto al rappresentante dell'autorità italiana, dovrà tenere conto della *lex loci*[22] e, quindi, svolgersi secondo le regole dello Stato in cui la prova è assunta[23]. È interessante, infine, la previsione del 3° comma dell'art. 29 d.lgs. cit. che afferma che le

---

[17] Sul tema, R. BELFIORE, *Su taluni aspetti del decreto di attuazione dell'ordine europeo di indagine penale*, in *Cass. pen.*, 2018, p. 410.

[18] Analogamente, in tema di rogatorie, attribuiva tale valore alla partecipazione del magistrato italiano Corte cost., 25 luglio 1995, n. 379 (in *Dir. pen. proc*., 1996, p. 309, con nota di S. BUZZELLI, *Diritto di difesa e rogatorie attive dopo l'abrogazione dell'art. 31 delle Preleggi*, ivi, p. 311). Per ulteriori aspetti connessi, v. *supra*, cap. I, § 3.

[19] Eventualmente, l'indicazione delle formalità "essenziali" potrà essere utilizzata anche per "imporre" la partecipazione degli esperti nominati dal giudice o dalle parti, come precisa G. BARROCU, *La cooperazione investigativa in ambito europeo*, cit., p. 273: un'interpretazione estensiva della concertazione circa le «modalità di svolgimento dell'ordine di indagine può anche integrare la disciplina dei soggetti autorizzati dall'autorità richiesta allo svolgimento dell'attività».

[20] Lo afferma P. SPAGNOLO, *Il procedimento di emissione dell'OEI*, cit., p. 99 s.

[21] V. *infra*, § 2.

[22] Cfr. G. BARROCU, *La cooperazione investigativa*, cit., p. 273 s.

[23] Si vedrà, invece, come la disciplina della videoconferenza ribalti i classici paradigmi, perché la prova è assunta secondo la *lex fori* e allo Stato dove viene a concretizzarsi la prova restano dei controlli formali.

disposizioni del d.lgs. n. 34 del 2016 (contenente disposizioni relative alle squadre investigative comuni), nella parte in cui disciplinano la responsabilità per i danni, si applicano anche nell'ipotesi di partecipazione diretta all'estero del pubblico ministero o del giudice anche se non vi sia la costituzione di una squadra investigativa comune, dilatandone, dunque, la portata applicativa mediante un esplicito rinvio. Vi è, pertanto, un'estensione di responsabilità volta a circondare di tutela l'attività svolta dai magistrati in territorio straniero, indipendentemente dalla formale costituzione di un *joint investigation team*.

Non può invece ritenersi propriamente legittimato all'emissione di un ordine di indagine il difensore (della persona sottoposta alle indagini, dell'imputato, della persona per la quale è prevista l'applicazione di una misura di prevenzione), cui l'art. 31 d.lgs. cit. riserva esclusivamente la possibilità di chiedere, al pubblico ministero o al giudice che procede, di emettere un ordine di indagine (secondo una procedura definita "canalizzazione" già nella tradizione rogatoriale)[24].

2. Il contenuto dell'ordine di indagine e la sua trasmissione

Circa il contenuto dell'ordine di indagine l'art. 30 d.lgs. cit. richiama il modello di cui all'allegato A del decreto, cioè sostanzialmente riproponendo l'allegato A della direttiva: sottese all'adozione di una modulistica comune sono le evidenti «ragioni di omogeneizzazione che richiedono comuni standard legali e formali», funzionali alla circolazione dei provvedimenti tra ordinamenti[25]. La prima condizione dell'ordine di indagine che autorizza (e impone, salvo eccezioni) l'esecuzione è, infatti, la conformità al modello (cfr. art. 30 d.lgs. cit., nonché, a contrario, cfr. art. 10, comma 1°, lett. *a*, dove si dispone, quale primo motivo che legittima il rifiuto dell'esecuzione, l'incompletezza o l'erroneità delle

[24] Tema più diffusamente indagato nel § 5.
[25] Così, *Eurojust, Desk italiano, L'ordine di indagine europeo*, cit., p. 7. V. anche P. SPAGNOLO, *Il procedimento di emissione dell'OEI*, cit., p. 80.

informazioni contenute nell'ordine di indagine trasmesso oppure, ancora, la non corrispondenza al tipo di atto richiesto)[26].

Ne consegue che dovranno essere indicati: i dati relativi all'autorità di emissione (sezione K: recapiti dell'ufficio emittente, nome del magistrato procedente o del punto di contatto designato per le comunicazioni, la lingua di comunicazione, il numero del fascicolo); i dati utili all'individuazione della persona o delle persone interessate al compimento dell'atto richiesto (sezione E: deve essere specificata la qualità assunta nel procedimento e il luogo dove deve essere compiuto l'atto di indagine se diverso dall'indirizzo di residenza o dimora[27]); la descrizione sommaria del fatto per cui si procede e l'indicazione delle norme violate (sezione G)[28]; una descrizione sintetica dell'atto di indagine o di prova richiesti (sezione C: è doverosa la spunta di determinate categorie di atti che si caratterizzano o per il fatto di essere sottratti al regime generale dei motivi di rifiuto o per il fatto di poter essere assoggettati a condizioni specifiche e ulteriori di riconoscimento o esecuzione)[29].

È poi possibile che un ordine di indagine sia collegato ad altro precedente già emesso, sia che riguardi lo stesso procedimento o un altro e che si ponga, rispetto al primo, in termini di integrazione o completamento. In tale evenienza, l'art. 34 d.lgs. cit. dispone che sia data menzione di tale collegamento nella sezione D del modello[30]. Ulteriormente, in caso di partecipazione all'esecuzione da parte dell'autorità emittente, la stessa potrà presentare direttamente un ordine di indagine collegato (art. 34, comma 2° d.lgs. cit.)[31]. Inoltre, la sezione H riguarda alcuni "determinati atti" di cui agli artt. 37 s. mentre le eventuali ragioni di urgenza potranno essere segnalate nella sezione B; infine, particolari formalità

[26] In questi termini, P. SPAGNOLO, *Il procedimento di emissione dell'OEI*, cit., p. 81.
[27] Lo Stato di esecuzione deve essere posto in condizione di individuare tempestivamente l'autorità territoriale competente per la materiale esecuzione dell'atto richiesto.
[28] Evidenza P. SPAGNOLO, *Il procedimento di emissione dell'OEI*, cit., p. 81, che l'indicazione del reato per cui si procede è funzionale a consentire un vaglio di necessità circa l'instaurazione di una cooperazione giudiziaria, onde evitare di mettere in atto un procedimento oneroso per un fatto bagatellare; l'indicazione del reato e delle norme violate, inoltre, consente di verificare la sussistenza della clausola della doppia incriminazione, dove necessaria.
[29] Cfr. *Circolare ministeriale*, cit., p. 43.
[30] Cfr. P. SPAGNOLO, *Il procedimento di emissione dell'OEI*, cit., p. 97.
[31] V. P. SPAGNOLO, *op. ult. cit.*, p. 97.

o procedure richieste all'autorità di esecuzione oppure la volontà di partecipare all'esecuzione dovranno essere espresse nella sezione I.

Il modulo così compilato dovrà essere trasmesso nella lingua ufficiale o nella lingua appositamente indicata dall'autorità di esecuzione all'autorità richiesta.

Insieme al modello viene trasmessa la documentazione necessaria per l'esecuzione[32] ma non è prevista la trasmissione dei documenti processuali *tout court*. L'assenza di trasmissione di altri documenti inerenti il procedimento rende indispensabile che il contenuto del modulo sia sufficiente a illustrare all'autorità di esecuzione requisiti, scopi e necessità dell'ordine di indagine[33].

La trasmissione dovrà avvenire con modalità idonee[34] a garantire l'autenticità della provenienza e, se necessario, l'autorità di emissione potrà avvalersi dell'ausilio dell'autorità centrale (analogamente dispone il d.lgs. 5 aprile 2017, n. 52 di attuazione della Convenzione di Bruxelles)[35]. La trasmissione potrà avvenire anche avvalendosi dei punti di contatto della Rete giudiziaria europea[36]. Si sottolinea come la trasmissione avvenga direttamente tra le autorità giudiziarie coinvolte senza l'intermediazione politica né un'autorità centrale che, nella nuova disciplina, riveste un ruolo solo ausiliario[37].

Ogni formalità non necessaria e anzi controproducente sul piano della snellezza della procedura, come si vede, è espunta dall'art. 32 d.lgs. cit. che

---

[32] Così, P. SPAGNOLO, *op. ult. cit.*, p. 96.

[33] Secondo M. DANIELE, *Ordine europeo di indagine*, in AA. VV., *Investigazioni e prove transnazionali*, Giuffrè, 2017, p. 61, sarebbe stato opportuno prevedere la trasmissione anche degli atti del procedimento così da consentire all'autorità di esecuzione di meglio valutare l'ammissibilità nel caso in cui questa richieda una base probatoria.

[34] Tale non è ritenuta la posta certificata perché non conosciuta negli altri Stati membri (in questo senso, la *Circolare ministeriale*, cit., p. 45), mentre è possibile utilizzare una e-mail con allegato l'ordine in formato PDF immodificabile e tradotto.

[35] È la Direzione generale della giustizia penale – Ufficio II. Sarà possibile rivolgersi all'autorità centrale per risolvere difficoltà di comunicazione o ricevere indicazioni sui modi con cui può essere assicurata l'autenticità della provenienza; in questi termini la *Circolare ministeriale*, cit., p. 45. V. anche G. BARROCU, *La cooperazione investigativa in ambito europeo*, cit., p. 273.

[36] In tal senso, G. DE AMICIS, *Dalle rogatorie*, cit., p. 36.

[37] Tale connotato è stato già posto in evidenza (cap. III, § 4) dove si tratteggiavano i caratteri innovativi dello strumento. In argomento, v. anche M.R. MARCHETTI, *Progetti di riforma sulla cooperazione internazionale*, cit., p. 681.

esalta, invece, i contatti diretti tra autorità giudiziarie di Stati membri diversi[38]; ne costituisce controprova il fatto che, a differenza della procedura passiva, l'ordine di indagine non viene trasmesso, neppure per conoscenza, al ministro[39] (*retro* § 1).

3. L'esecuzione dell'ordine di indagine e le spese

La direttiva, sebbene si fondi sul principio del mutuo riconoscimento che imporrebbe la rigida applicazione della *lex fori*, ha stabilito, all'art. 9, par. 2°, che debbano osservarsi le formalità e le procedure espressamente indicate dall'autorità di emissione, ma fino al limite del conflitto con i principi fondamentali del diritto dello Stato di esecuzione[40]; l'utilizzo della *lex fori*, infatti, agevolerebbe l'ammissione della prova all'interno dello Stato emittente[41] e sarebbe, come detto, più in linea con il declamato principio di mutuo riconoscimento delle decisioni di autorità giudiziarie straniere. Nondimeno, la scelta del legislatore europeo sembra risentire ancora di una nostalgica *forma mentis* che "salva" la *lex loci*, ma impone un'apertura e un dialogo con l'autorità giudiziaria richiedente, apertura che può spingersi, però, fino al limite del conflitto con i principi fondamentali del diritto dello Stato dove la prova deve essere formata.

Specularmente a quanto avviene per la procedura passiva, l'autorità straniera di esecuzione dell'ordine di indagine emesso dall'autorità giudiziaria italiana, dovrà verificare la conformità dell'atto e, successivamente, compiere le

[38] Lo ribadisce C. PONTI, *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 *Leg. pen.* on line, 2 ottobre 2017, p. 20.
[39] Così P. SPAGNOLO, *Il procedimento di emissione dell'OEI*, cit., p. 97, che, tuttavia, osserva come una tale onere potrebbe derivare dall'applicazione dell'art. 204 *bis* disp. att. c.p.p., dettato in tema di rogatorie, che prevede tale comunicazione. V. anche nt. 11.
[40] In argomento, 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. A proposito di principio della *lex fori* temperato, v. *supra*, cap. III, § 4.
[41] Lo sottolinea, M. DANIELE, *L'ordine europeo di indagine penale entra a regime*, cit., p. 3.

valutazioni in termini di legalità e proporzionalità della misura richiesta[42], escludendo che vi sia, in concreto, taluno dei motivi di rifiuto recepiti internamente.

Il decreto legislativo, in relazione alla procedura attiva, prevede che l'autorità di emissione possa concordare con l'autorità di esecuzione «*le modalità di compimento dell'atto di indagine o di prova, specificamente indicando i diritti e le facoltà riconosciuti dalla legge alle parti e ai loro difensori*» (art. 33, "Indicazioni all'autorità di esecuzione")[43]. L'esplicitazione interna del contenuto dell'art. 9 della direttiva – che tende a garantire l'applicazione della *lex fori* – è in definitiva finalizzata ad assicurare l'ammissibilità della prova nell'ordinamento interno e la sua utilizzabilità[44]. Ne consegue che, ad esempio, un atto compiuto, su richiesta dell'autorità giudiziaria italiana ma violando il diritto di difesa – nei termini garantiti dal nostro ordinamento – dovrà essere dichiarato nullo mentre un atto che violi un divieto probatorio o le modalità prescritte a pena di inutilizzabilità dovrà essere dichiarato inutilizzabile[45].

Si è già visto (*retro* § 1) che l'art. 29 d. lgs. cit. prevede la possibilità di partecipazione attiva all'esecuzione dell'atto richiesto dell'autorità italiana procedente (pubblico ministero o suo delegato oppure giudice)[46]. In questa sede è importante sottolineare che la presenza del soggetto che ha emesso l'ordine di indagine può rivelarsi utile a prestare adeguata assistenza all'autorità di esecuzione, soprattutto quando le discipline nazionali in materia di acquisizione della prova si presentino troppo disomogenee: infatti, l'autorità di esecuzione, già si è osservato, è legittimata a optare per un atto diverso da quello richiesto, a

[42] V. *supra*, cap. III, § 4.
[43] La disposizione intende assicurare la tutela dei diritti della difesa con particolare riferimento agli atti garantiti di cui all'art. 36 comma 1° lett. *a* d.lgs. cit. (atti idonei a formare il fascicolo per il dibattimento).
[44] Secondo P. SPAGNOLO, *Il procedimento di emissione dell'OEI*, cit., p. 98, dalle disposizioni relative all'esecuzione emerge «la natura ibrida dell'ordine di indagine, in cui tratti caratteristici del mutuo riconoscimento si coniugano con soluzioni già sperimentate in materia di mutua assistenza», quali, appunto, quella secondo cui l'autorità di esecuzione deve «attenersi alle formalità e alle procedure espressamente indicate dall'autorità di emissione».
[45] In questi termini, M. TROGU, sub *art. 33, D.lg. 21.6.2018, n. 108*, cit., p. 1085.
[46] In proposito, G. BARROCU, *La cooperazione investigativa in ambito europeo*, cit., p. 273, sostiene che la concertazione, ferma restando l'osservanza della *lex loci*, «dovrebbe giungere quando possibile sino al compimento diretto dell'atto da parte del rappresentante dell'autorità italiana».

condizione che sia ugualmente idoneo a raggiungere lo scopo (e salvo che si tratti di un atto previsto nell'ordinamento interno e disponibile)[47]. La scelta di atto diverso finalizzato ad ottenere lo scopo perseguito dall'autorità di emissione – e, dunque, proficuamente utilizzabile nel procedimento interno – potrà essere agevolata proprio dalla partecipazione di questa all'esecuzione dell'atto[48].

È da presumere, in assenza di indicazioni specifiche, che tale "accordo" sia successivo alla trasmissione dell'ordine e oggetto di contatto tra le autorità coinvolte. Tanto sembra potersi affermare continuando la lettura del comma successivo (art. 33, comma 2° d.lgs. cit.) là dove si chiarisce che, in merito alle spese necessarie alla esecuzione dell'ordine, l'autorità di esecuzione che ritenga che tali spese eccedano il limite ritenuto ordinario potrà segnalarlo alla autorità di emissione e concordare con essa una modalità di ripartizione della ritenuta eccedenza[49]. La disposizione riproduce, nella sostanza, il contenuto dell'art. 21 dir., nonché la disciplina vigente in tema di rogatorie[50].

Nell'ipotesi in cui non si pervenga ad un accordo, è previsto che l'autorità giudiziaria italiana possa ritirare, anche solo parzialmente, l'ordine; nella ulteriore ipotesi in cui ne chieda invece l'esecuzione malgrado il mancato accordo sulle spese ritenute eccessive dall'autorità di esecuzione, l'art. 33, comma 2° d.lgs. cit. stabilisce che la parte eccedente di tali spese siano a carico dello Stato, all'uopo richiamando l'art. 7 del Testo unico in materia di spese di giustizia (d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115) che concerne le spese per le rogatorie all'estero.

Ricevuta la documentazione dell'attività compiuta dall'autorità straniera, l'autorità giudiziaria dovrà provvedere «*nei casi e nei modi previsti dalla legge processuale a darne conoscenza alle parti e ai loro difensori*» (art. 35 d.lgs. cit.),

---

[47] Cfr. P. SPAGNOLO, *Il procedimento di emissione dell'OEI*, cit., p. 99.

[48] Già a proposito del m.e.r., M.R. MARCHETTI, *Dalla Convenzione di assistenza giudiziaria in materia penale dell'Unione europea al mandato europeo di ricerca della prova 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*, Giuffrè, 2011, p. 224, afferma che, come avveniva per le rogatorie concelebrate e a prescindere dal mutuo riconoscimento, si sarebbe potuto imporre all'autorità di emissione di assistere all'esecuzione con effettiva partecipazione al compimento degli atti.

[49] Sul punto, P. SPAGNOLO, *Il procedimento di emissione dell'OEI*, cit., p. 98.

[50] V. *supra*, cap. I, § 3.

così da consentire, in definitiva, l'esercizio delle facoltà riconosciute dalla legge interna[51], tra cui il diritto di impugnazione riconosciuto peraltro dall'art. 28 d.lgs. cit. limitatamente all'ordine europeo di indagine avente ad oggetto il sequestro a fini di prova mediante lo strumento del riesame. Legittimato a proporre richiesta di riesame ai sensi dell'art. 324 c.p.p. è la persona sottoposta alle indagini, l'imputato, il difensore, la persona alla quale la prova o il bene sono stati sequestrati e la persona che avrebbe diritto alla restituzione[52]. Al di fuori di tale specifica ipotesi non è prevista la possibilità di impugnare altre attività oggetto dell'ordine di indagine; spetterà dunque al giudice di fase verificare le circostanze che possono inficiare il valore dell'atto[53].

4. I diritti della difesa previsti dal decreto attuativo: una panoramica ricognitiva

Nella prospettiva della procedura attiva è da verificare in che modo il decreto di recepimento si confronta con i diritti della difesa previsti e garantiti dalla Costituzione e dal codice di procedura[54] e se, eventualmente, vi sia un ampliamento delle facoltà difensive oppure un arretramento su questo piano, oppure ancora, se lo strumento dell'ordine di indagine europeo si riveli neutrale rispetto a tale prospettiva[55].

---

[51] P. SPAGNOLO, *Il procedimento di emissione dell'OEI*, cit., p. 101 s., individua in tale previsione la possibilità di un «contraddittorio differito», allineando l'atto acquisito all'estero ad uno interno.

[52] V. *infra*, § 7.

[53] Sul tema, M.R. MARCHETTI, *Rapporti giurisdizionali con autorità straniere*, cit., p. 1143.

[54] In generale sulla posizione della difesa – e del diritto alla prova – nello spazio giudiziario europeo, con specifico riferimento al *Corpus iuris* e alla nascita del pubblico ministero europeo, v. E. AMODIO, *Diritto di difesa e diritto alla prova nello spazio giudiziario europeo*, in *Foro Ambr.*, 2001, 4, p. 549 s. In dottrina, v. anche R.E. KOSTORIS, *L'attuazione in Italia dell'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 148; nonché ID., *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*, Cedam, 2018, p. 505 s.; F. RUGGIERI, *Diritti della difesa e tutela della vittima nello spazio giudiziario europeo*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 4329 s.; F. SIRACUSANO, *Procedure di cooperazione giudiziaria e garanzie difensive: lungo la strada, a piccoli passi*, in *Arch. pen.*, 2016, 3, p. 1 s.

[55] Con specifico riferimento all'ordine di indagine, D. CIMADOMO, *Ordine europeo di indagine penale e garanzie della difesa. Brevi considerazioni a margine della direttiva 2014/41/UE*, in T. BENE-L. LUPÀRIA-L. MARAFIOTI (a cura di), *L'ordine europeo di indagine. Criticità e prospettive*, Giappichelli, 2016, p. 221, ritiene che non siano ampliate le garanzie difensive nella fase delle indagini che restano condizionate e limitate dalla «posizione dominante dell'autorità inquirente». V. anche A. GUALAZZI,

Nella direzione di tutela dei diritti della difesa si pongono le previsioni degli artt. 29 e 33 d.lgs. 21 giugno 2017, n. 108, l'una dedicata alla eventuale partecipazione all'esecuzione dell'ordine del pubblico ministero o di un ufficiale di polizia giudiziaria a scopo di garantire che l'esecuzione materiale rispetti i diritti riconosciuti alla difesa dal diritto interno[56], l'altra concernente la possibilità (per l'autorità di emissione) di concordare con l'autorità straniera le modalità di compimento dell'atto di indagine o di prova con specifica indicazione dei diritti e delle facoltà «*riconosciuti dalla legge alle parti e ai loro difensori*»[57]. Tali eventualità sono cronologicamente anteriori all'esecuzione dell'ordine[58]. Nondimeno è opportuno segnalare che la possibilità di partecipazione all'esecuzione dell'ordine di indagine, di cui al richiamato art. 29 d.lgs. cit., non è in alcun modo estesa al difensore[59] e ciò è considerata una

Lineamenti europei del diritto di difesa, in L. FILIPPI-P. GUALTIERI-P. MOSCARINI-A. SCALFATI (a cura di), *La circolazione investigativa nello spazio giuridico europeo: strumenti, soggetti, risultati*, Cedam, 2010, p. 202, che ritiene che gli strumenti europei trascurino di prendere in considerazione e di regolare l'intervento della difesa nelle fasi di ricerca e di acquisizione delle prove. Anticipando quanto verrà chiarito nel prosieguo, va segnalato che, secondo F.M. GRIFANTINI, *Ordine europeo di indagine penale e investigazioni difensive*, in *Proc. pen. giust.*, 2016, 6, p. 8, anche l'ultimo prodotto legislativo, esprime «trascuratezza o diffidenza nei confronti delle garanzie difensive»; l'Autore criticamente osserva che, invece, il riconoscimento di tali garanzie contribuirebbe «ad aumentare la reciproca fiducia tra gli Stati e la disponibilità a rinunciare a quella porzione di sovranità che è il presupposto per il mutuo riconoscimento». In dottrina, v. anche P. RACKOW, *Diritti e poteri della difesa nella fase delle indagini preliminari secondo il codice di procedura penale tedesco*, in L. FILIPPI-P. GUALTIERI-P. MOSCARINI-A. SCALFATI (a cura di), *Circolazione investigativa e spazio giuridico europeo*, cit., p. 269, che, nell'approfondire le dinamiche della difesa all'interno dell'ordinamento tedesco, afferma che «nei casi giuridici di dimensione sovranazionale vi è una collisione di ordinamenti nazionali diversi», aggiungendo un'osservazione – che ben può essere mutuata in riferimento all'ordinamento domestico – a tenore della quale la delimitazione dei confini del ruolo e della funzione della difesa nel processo penale «che pongono problemi già all'interno dei vari ordinamenti nazionali, si presentano in modo del tutto diverso quando la difesa deve attivarsi in tali contesti sovranazionali».

[56] Sul punto, *retro* § 1.

[57] Secondo R. BELFIORE, *Su taluni aspetti del decreto di attuazione*, cit., p. 408, la disposizione rappresenta «un'apertura nei confronti delle prerogative della difesa»; l'Autrice osserva che la regola dell'indicazione delle modalità esecutive è già nota ma nel decreto attuativo della direttiva sull'ordine di indagine il riferimento ai diritti e alle facoltà della difesa è particolarmente accentuato (devono sempre essere specificamente indicati). In ogni caso, si segnala che l'interessato – che voglia approfittare appieno delle possibilità concesse – dovrebbe avvalersi di un difensore abilitato nello Stato di esecuzione… e ciò presenta grandi difficoltà (logistiche, organizzative, informative ed economiche). Sul *deficit* in cui versa la difesa, v. anche F.M. GRIFANTINI, *Una questione aperta: le investigazioni difensive alla luce dell'ordine europeo di indagine penale*, in AA.VV., *Investigazioni e prove transnazionali*, cit., p. 297 s.; 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. 375.

[58] E. LORENZETTO, *op. ult. cit.*, p. 345, parla di garanzie "successive".

[59] Sebbene non sia esclusa espressamente tale partecipazione della difesa, neppure il testo normativo la riconosce (in questi termini, T. ALESCI, *Le garanzie difensive e il ruolo del difensore nello spazio*

vistosa lacuna alla luce del principio del contraddittorio nella formazione della prova[60]: infatti, nel nostro ordinamento, salve eccezioni tassative, la prova si forma nel contraddittorio tra le parti[61], mentre nel caso di prova assunta tramite ordine di indagine all'estero, l'interessato e il suo difensore sono esclusi dalla fase dell'esecuzione dell'ordine di indagine, potendo, all'occorrenza, parteciparvi esclusivamente l'autorità giudiziaria che ha emesso l'ordine di indagine, previo consenso dell'autorità straniera che lo esegue: niente di nuovo, dunque, rispetto alla disciplina delle rogatorie.

Riguarda, invece, la fase successiva all'esecuzione e alla consegna o al trasferimento dei verbali o delle cose rilevanti per la prova[62], la previsione di cui all'art. 35 d.lgs. cit. ("Avvisi alle parti e ai difensori") che stabilisce che l'autorità giudiziaria procedente, dopo aver ricevuto dall'autorità di esecuzione la documentazione delle attività compiute, «*provvede nei casi e nei modi previsti*

---

giudiziario europeo alla luce della direttiva sull'OEI, in T. BENE-L. LUPÀRIA-L. MARAFIOTI (a cura di), *L'ordine europeo di indagine*, cit., p. 107). Si tratta, secondo S. RUGGERI, *Procedimento penale, diritto di difesa e garanzie partecipative nel diritto dell'Unione europea*, in *Dir. pen. cont.*, 22 settembre 2015, p. 33, di una disattenzione verso le garanzie difensive, a compensazione della quale la direttiva prevede esclusivamente la possibilità che l'autorità di esecuzione adotti una misura diversa rispetto a quella richiesta dallo Stato di emissione. Analogamente anche R. BELFIORE, *Riflessioni a margine della direttiva sull'ordine europeo di indagine penale*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 3295, sottolinea come possa essere così pregiudicata «l'efficienza delle procedure di cooperazione aventi finalità probatorie», specie «quando la partecipazione del difensore alla formazione di quell'atto sia requisito indispensabile a norma del diritto interno dello Stato di emissione»; a fronte di ciò, segnala l'Autrice, vi è la possibilità di chiedere all'autorità di emissione formalità e procedure particolari, la cui individuazione è – al pari della decisione di richiederle – prerogativa dell'autorità di emissione, per questo altamente discrezionale (negli stessi termini, EAD., *La prova penale "raccolta" all'estero*, Aracne, 2014, p. 222). In dottrina, v. anche F.M. GRIFANTINI, *Ordine europeo di indagine penale e investigazioni difensive*, cit., p. 7, secondo cui, fermo restando che non vi è un diritto della difesa di essere presente all'esecuzione, l'autorità di emissione potrebbe prescriverne la partecipazione quale condizione perché sia rispettato il principio di proporzionalità e idoneità dell'atto; nello specifico, nessun atto è idoneo «se a monte se ne prevede l'invalidità in prospettiva», *ergo* se si tratta di un atto che, per essere valido, richiede la presenza del difensore. L'Autore argomenta ulteriormente osservando che, in assenza di partecipazione del difensore all'esecuzione, si perde l'occasione di sindacare il compimento dell'atto all'estero, specificamente quando non sia prevista un'impugnazione («le ragioni attinenti le modalità di esecuzione si fanno valere nello Stato di esecuzione, ma solo se attengono alla tutela dei diritti individuali, nei limiti previsti per il mezzo richiesto») (v. anche ID., *Una questione aperta: le investigazioni difensive alla luce dell'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 298 s.).

[60] V. R.E. KOSTORIS, *L'attuazione in Italia*, cit., p. 149, il quale afferma che «il diritto a formare la prova in contraddittorio attraverso la tecnica dell'esame incrociato che è riconosciuto a pieno titolo alla difesa nel sistema del codice non dovrebbe automaticamente venir meno per il solo fatto che le prove vengono assunte all'estero», profilo che invece «dovrebbe rappresentare un profilo qualificante della *lex fori* di cui pretendere l'applicazione».

[61] Cfr. P. FERRUA, voce *Difesa (diritto di)*, in *Dig. disc. pen.*, vol. III, 1989, p. 469 s.; ID., *Il "giusto processo"*, 3ª ed., Zanichelli, 2012, p. 2.

[62] E. LORENZETTO, *I diritti della difesa*, cit., p. 345, qualifica tali garanzie come "successive".

dalla legge processuale a darne conoscenza alle parti e ai loro difensori»: un diritto, dunque, di conoscere le "fonti" di prova raccolte dall'autorità straniera su mandato di quella procedente, diritto che può dirsi stabilito in osservanza dei canoni del giusto processo e del contraddittorio, seppure differito[63]. Il rinvio alla legge processuale è totale quanto ai casi e modi con cui devono essere informati gli interessati e i loro difensori[64]; è dunque da escludere la categoria degli atti per i quali la legge processuale permette una dilatazione del termine di deposito delle indagini o non prevede una *discovery* (es. sommarie informazioni testimoniali o consulenza del pubblico ministero)[65]. Questa previsione è certamente innovativa rispetto alla disciplina rogatoriale.

Infine, ascrivibile alla sfera dei diritti di difesa, la disposizione di cui all'art. 28 d.lgs. cit. ("Impugnazione dell'ordine di indagine avente ad oggetto il sequestro a fini di prova") stabilisce che contro l'ordine di indagine avente ad oggetto il sequestro a fini di prova[66] sono titolari del potere di chiedere il riesame ai sensi dell'art. 324 c.p.p. «*la persona sottoposta alle indagini o l'imputato, il suo difensore, la persona alla quale la prova o il bene sono stati sequestrati e quella che avrebbe diritto alla loro restituzione*»[67] (più diffusamente *infra* § 7).

Al di là di queste sparute previsioni, sotto il profilo dei diritti difensivi, si è criticato come il legislatore europeo (e, dunque, anche quello dell'attuazione)

---

[63] In questi termini, A. CISTERNA, *Un passo importante per omologare le investigazioni Ue*, in *Guida al dir*., 2017, n. 40, p. 40. Secondo E. LORENZETTO, *I diritti della difesa*, cit., p. 376, la comunicazione è «funzionale all'eventuale impugnazione» e si estrinseca «non tanto nella notizia che l'atto è stato compiuto» bensì nella documentazione dell'attività svolta.

[64] Così, ad esempio, dovrà essere inviata l'informazione di garanzia e quella sui diritti difensivi quando nello stesso modo si stabilisce per il corrispondente atto interno, cfr. P. SPAGNOLO, *Il procedimento di emissione dell'OEI*, cit., p. 102.

[65] Cfr. M.R. MARCHETTI, *Rapporti giurisdizionali con autorità straniere*, cit., p. 1144. V. anche P. SPAGNOLO, *Il procedimento di emissione dell'OEI*, cit., p. 102. Non sembra rientrare in questa previsione quanto dispone l'art. 1, par. 4° dir. che richiama i diritti e i principi stabiliti dall'art. 6 TUE, comprensivi dei «diritti della difesa delle persone sottoposte a procedimento penale». Malgrado il decreto attuativo non lo espliciti, il richiamo a tali diritti evoca, piuttosto, l'informazione del diritto di avvalersi di un difensore, del diritto al silenzio, del diritto a usufruire di un interprete, il diritto a conoscere natura e motivi dell'accusa; cfr. sul punto R. PICCIRILLO, *I profili funzionali e strutturali dell'Ordine europeo di indagine penale*, in T. BENE-L. LUPÀRIA-L. MARAFIOTI (a cura di), *L'ordine europeo di indagine*, cit., p. 61.

[66] Si ricordi che l'ordine di indagine è relativo al solo sequestro probatorio, mentre per il sequestro preventivo a fini di confisca si applicano il d.lgs. 15 febbraio 2016, n. 35 e il d.lgs. 7 agosto 2015, n. 137.

[67] M. TROGU, sub *art. 28, D.lg. 21.6.2018, n. 108*, cit., p. 1077 s. Più diffusamente v. § 7.

abbia mancato di approvvigionare la difesa di ulteriori strumenti che pure possono ritenersi imposti dalla legislazione europea, in particolare la direttiva 2013/48/UE (relativa al diritto di avvalersi di un difensore nel procedimento penale e nel procedimento di esecuzione del mandato d'arresto europeo, 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) introducendo nell'art. 10 ("Diritto di accesso a un difensore nel procedimento di esecuzione del mandato d'arresto europeo"), la possibilità di nominare il difensore nello stato di esecuzione dell'ordine di indagine; oppure intervenendo sull'art. 7 della direttiva 2012/13/UE sul diritto all'informazione nei procedimenti penali, che disciplina il diritto di accesso alla documentazione inerente l'indagine, chiarendo modi e tempi dell'accesso al fascicolo nel caso di emissione di un ordine di indagine; infine, si sarebbe potuto intervenire introducendo nell'art. 16 dir. la previsione di un ruolo in capo all'imputato o all'indagato o al suo difensore «negli scambi informativi funzionali all'attuazione del mandato di prova»[68].

5. (*Segue*) Il diritto di "difendersi indagando": solo un ruolo propulsivo per gli atti da compiersi all'estero

Un ulteriore spazio occupa la difesa nella fase propulsiva all'emissione dell'ordine di indagine: come si è anticipato a proposito del profilo della "legittimazione"[69], ai sensi dell'art. 31 d.lgs. 21 giugno 2017, n. 108 ("Ordine di indagine emesso su richiesta della difesa"), nei confronti del difensore[70] della persona sottoposta alle indagini, dell'imputato, della persona per la quale è

[68] Ipotizza tali percorsi, R. PICCIRILLO, *I profili funzionali e strutturali dell'Ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 62.
[69] *Supra* § 1.
[70] Cfr. M. CAIANIELLO, *L'attuazione della direttiva sull'ordine europeo di indagine penale e le sue ricadute nel campo del diritto probatorio*, in *Cass. pen.*, 2018, p. 2208 s., che in particolare sottolinea come «il diritto di attivarsi ai fini dell'OEI è attribuito al difensore» e non al soggetto privato personalmente.

proposta l'applicazione di una misura di prevenzione[71] è riconosciuta la facoltà di chiedere al pubblico ministero o al giudice che procede l'emissione di un ordine di indagine (art. 31, comma 1° d.lgs. cit.)[72]. Non viene incluso il difensore della persona offesa che tuttavia potrà sempre avvalersi degli strumenti di cui agli artt. 90[73] e 121 c.p.p.[74], inoltrando richieste (*recte*: depositando memorie) al pubblico ministero affinché si attivi in tal senso[75]. Riguardo a tale esclusione è stato sottolineato che siffatta limitazione sembra contraddire le recenti iniziative europee in favore della vittima del reato (cfr. direttiva 2012/29/UE) che perseguono una valorizzazione della vittima in fase processuale e la sua partecipazione nella fase investigativa[76].

---

[71] L'estensione al procedimento di prevenzione è frutto del decreto attuativo, come evidenzia E. SELVAGGI, *L'ordine europeo di indagine*, cit., p. 49. V. anche M.R. MARCHETTI, *Progetti di riforma sulla cooperazione internazionale*, cit., p. 682, che sottolinea l'ampliamento rispetto alla direttiva.

[72] Secondo la *Circolare ministeriale*, cit., p. 47, si tratta della previsione più innovativa perché la direttiva (art. 1, par. 3°) allargherebbe i «tradizionali confini soggettivi della cooperazione internazionale in materia penale attribuendo all'indagato e al suo difensore la legittimazione ad agire per l'emissione di un euro-mandato di prova "nel quadro dei diritti della difesa applicabili conformemente al diritto e alla procedura penale nazionale"». Osserva T. ALESCI, *Le garanzie difensive e il ruolo del difensore*, cit., p. 104, che nella decisione-quadro sul mandato di ricerca della prova «mancava qualsiasi riferimento ai poteri di impulso in capo all'indagato o al difensore». Il legislatore della direttiva ha invece interrotto la «tendenza ad "ignorare" il ruolo della difesa in materia probatoria», elevando questi soggetti al rango di legittimati alla richiesta di emissione di un ordine di indagine europeo (art. 1, par. 3° dir.). Sulla portata innovativa della disposizione, precisa F.M. GRIFANTINI, *Ordine europeo di indagine penale e investigazioni difensive*, cit., p. 6, che «è la prima volta che in un procedimento di assistenza giudiziaria si attribuisce al difensore il potere di rivolgere tale istanza all'autorità giudiziaria». Da ultimo, v. E. LORENZETTO, *I diritti della difesa*, cit., p. 364 s.

[73] Cfr. G. BARROCU, *La cooperazione investigativa in ambito europeo*, cit., p. 290. V. anche A. CIAVOLA, sub *art. 90 c.p.p.*, in G. CONSO-G. ILLUMINATI (a cura di), *Commentario breve al codice di procedura penale*, 2ª ed., Cedam, 2015, p. 284 s.

[74] Cfr. G. SOLA, sub *art. 121 c.p.p.*, in A. GIARDA-G.SPANGHER (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, 5ª ed., Wolters Kluwer, 2017, p. 1145 s.; P. TROISI, sub *art. 121 c.p.p.*, in G. CANZIO-G. TRANCHINA (a cura di), *Codice di procedura penale*, Giuffrè, 2012, Tomo I, p. 1209 s.

[75] Lo evidenzia A. CISTERNA, *Un passo importante per omologare le investigazioni Ue*, cit., p. 39.

[76] In merito alla totale assenza della vittima del reato dalla disciplina dell'ordine di indagine e sui potenziali problemi di coordinamento con la direttiva 2012/29/UE, v. G. BARROCU, *La cooperazione investigativa in ambito europeo*, cit., p. 290; F.M. GRIFANTINI, *Ordine europeo di indagine penale e investigazioni difensive*, cit., p. 6. D. CIMADOMO, *Ordine europeo di indagine penale e garanzie della difesa*, cit., p. 224, commentando la direttiva, ritiene non vi siano particolari ragioni per riservare i poteri di impulso al solo difensore dell'indagato/imputato (cfr. in proposito l'art. 90 *bis* c.p.p., introdotto dalla d.lgs. 15 dicembre 2015, n. 212 "*Attuazione della direttiva 2012/29/UE del Parlamento e del Consiglio, del 25 ottobre 2012, che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato*". Si veda, inoltre, nello specifico, il contributo di M. CAGOSSI, *Un illustre assente: la vittima del reato nell'ordine europeo di indagine penale*, in T. BENE-L. LUPÀRIA-L. MARAFIOTI (a cura di), *L'ordine europeo di indagine*, cit., p. 119 s. Per l'attenzione riservata alla vittima di reato, per tutti, S. RECCHIONE, *La vittima cambia il volto del processo penale: le tre parti "eventuali", la testimonianza dell'offeso vulnerabile, la mutazione del principio di oralità*, in *Dir. pen. cont.*, 16 gennaio 2017. Al contrario, M. CAIANIELLO, *L'attuazione della direttiva sull'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 2209, ritiene che

Parimenti si è visto[77] come la direttiva (art. 1, par. 3°) attribuisse all'indagato e al suo difensore la legittimazione ad agire per l'emissione di un ordine di indagine «*nel quadro dei diritti della difesa applicabili conformemente al diritto e alla procedura penale nazionale*»[78]. La disposizione era aperta a due possibili letture sul fronte dell'attuazione interna[79]: la prima, esaltante il diritto alla prova e valorizzante la disciplina interna in materia di indagini difensive, poteva tradursi nell'introduzione di un meccanismo analogo a quello previsto dall'art. 391 *bis*, commi 10° e 11° c.p.p. in cui le garanzie difensive si sarebbero estese al "diritto di difendersi indagando"[80]; la seconda, minimalista, lasciava

---

la scelta sia compatibile con il sistema italiano (si mantiene «il parallelismo con l'incidente probatorio, potendo l'OEI essere visto anche come procedimento incidentale che ha luogo fuori dal territorio del Paese»; pertanto, considerato che l'art. 392 c.p.p. «riconosce il potere di richiedere la prova anticipata solo al pubblico ministero o alla difesa, così si è scelto di fare anche per l'OEI»; ne deriva che, potendo il terzo essere attivo solo quando siano coinvolti da un sequestro beni propri, «la persona offesa dovrà rivolgersi all'accusatore istituzionale, non potendo promuovere il meccanismo dell'OEI in via autonoma». Inoltre, secondo l'Autore citato, vi è compatibilità altresì con la direttiva 2012/29/UE, che chiede di favorire la partecipazione della vittima al procedimento, ma rispetto alla quale «il legislatore mantiene piena autonomia di scelta quanto alle modalità con le quali simile partecipazione debba realizzarsi». Si precisa, infine, che «il problema potrebbe porsi solo per le fasi antecedenti all'esercizio dell'azione: qui la vittima si vedrà necessariamente costretta a sollecitare il pubblico ministero, affinché si adoperi per adottare un OEI»; invece, instaurato il processo e costituitasi parte civile, la vittima «godrebbe del pieno diritto alla prova *ex* art. 190 c.p.p.»: in tal modo «il giudice dovrebbe ammettere la prova e, se l'atto fosse da compiere all'estero, non potrebbe esimersi dall'emettere l'OEI, così ponendo l'attore privato nelle stesse condizioni di accusa e difesa». V. anche, ID., *op. ult. cit*., p. 2211, nt. 31.

[77] V. *supra*, cap. III, § 2.

[78] Cfr. F. SIRACUSANO, *Tra semplificazione e ibridismo: insidie ed aporie dell'Ordine europeo di indagine penale*, in *Arch. pen*., 2017, 3, p. 15, nt. 43, che ritiene importante l'apertura rispetto ai tradizionali meccanismi di assistenza giudiziaria. Nello stesso senso R. PICCIRILLO, *I profili funzionali e strutturali dell'Ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 60, che valuta importante il «(parziale) allineamento delle tradizionali asimmetrie tra accusa e difesa nel campo della prova *ultra fines*», raccomandando, in tale contesto, di considerare l'espresso richiamo, contenuto nell'art. 1, par. 4° della direttiva «al necessario rispetto dei diritti e principi stabiliti dall'art. 6 TUE», che comprendono «i diritti della difesa delle persone sottoposte a procedimento penale» nonché alla salvaguardia degli «obblighi spettanti a tale riguardo alle autorità giudiziarie».

[79] Ipotizza le due possibili attuazioni, M. CAIANIELLO, *La nuova direttiva UE sull'ordine europeo di indagine penale tra mutuo riconoscimento e ammissione reciproca delle prove*, in *Proc. pen. giust.*, 2015, 3, p. 7, il quale, anche rispetto alla soluzione più espansiva, avverte che «sarebbe avventato parlare di realizzazione di un pieno equilibrio» perché chiedere una prova attraverso l'ordine di indagine europeo imporrebbe «alla difesa di scoprire le proprie carte, e con esse la propria strategia»; occorrerebbe, inoltre, prima di presentare la richiesta di ordine di indagine, conoscere quali prove all'estero meritino di essere acquisite e questo implica «disporre di strumenti e reti di informazioni» utili a tale scopo (come ad esempio lo scambio spontaneo di informazioni tra autorità giudiziarie). Nello stesso senso, T. ALESCI, *Le garanzie difensive e il ruolo del difensore*, cit., p. 106, nonché F.M. GRIFANTINI, *Ordine europeo di indagine penale e investigazioni difensive*, cit., p. 6. Da ultimo, v. E. LORENZETTO, *I diritti della difesa*, cit., p. 368 s.

[80] Propendeva per questa opzione che avrebbe costituito una richiesta quasi-recettizia, nel senso di istanza che non consente un vaglio da parte dell'autorità giudiziaria che lo riceve, già E. SELVAGGI, *Noi e gli altri: appunti in tema di atti processuali all'estero*, in *Cass. pen*., 2009, p. 2054, secondo cui l'autorità

spazio unicamente ad un diritto di "richiesta" dell'ordine di indagine, cui doveva accompagnarsi solo un dovere di rispondere con decreto motivato[81].

L'orizzonte di riferimento prescelto dal legislatore delegato, che ha accolto la prospettiva da ultimo citata, è costituito dal principio del giusto processo nella sfumatura peculiare della "parità delle armi" di cui all'art. 111, comma 2° Cost.[82]; più specificamente nel caso di un ordine di indagine probatorio la richiesta appare come la proiezione del diritto alla prova riconosciuto dall'art. 190 c.p.p., sebbene condizionata, in questo caso, al vaglio di proporzionalità da parte dell'autorità emittente, valutazione che resta immanente[83]. Di contro, nel caso in cui l'attività da svolgere si collochi nella fase delle indagini preliminari non è corretta la sovrapposizione rispetto alla disciplina delle investigazioni difensive disciplinate sul piano interno: il difensore, infatti, non è abilitato a svolgere autonomamente la raccolta all'estero di elementi a favore del proprio assistito. La previsione che legittima il difensore a promuovere l'emissione di un ordine di indagine durante la fase delle indagini preliminari, infatti, non è assolutamente comparabile con la disciplina delle investigazioni difensive nostrana che rimane preclusa generando, secondo alcuni, una disparità di trattamento tra le parti[84].

---

giudiziaria avrebbe dovuto trasmettere la richiesta senza alcuna valutazione. Anche F.M. GRIFANTINI, *Ordine europeo di indagine penale e investigazioni difensive*, cit., p. 7, auspicava una soluzione in tal senso da parte del decreto di recepimento.

[81] Cfr. 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, 1, p. 36 s., che ritiene che l'innegabile valore politico della disposizione (art. 31 che ha recepito l'art. 1, par. 3° della direttiva) abbia disatteso l'indicazione là contenuta secondo cui la regola interna, in punto legittimazione, doveva essere configurata nel «quadro dei diritti della difesa applicabili conformemente al diritto e alla procedura penale nazionale». V. anche M.R. MARCHETTI, *Prospettive di riforma del Libro XI c.p.p.*, in AA.VV., *Investigazioni e prove transnazionali*, cit., p. 34; P. SPAGNOLO, *Il procedimento di emissione dell'OEI*, cit., p. 87.

[82] Cfr. C. PARODI, *Attuazione della direttiva relativa all'ordine europeo di indagine penale: la procedura attiva e le disposizioni specifiche per determinati atti*, *Il Penalista*, 17 luglio 2017. Sulla parità delle armi, v. P. FERRUA, *Il "giusto processo"*, cit., p. 49 s.

[83] Lo ricorda R.E. KOSTORIS, *L'attuazione in Italia*, cit., p. 149; anche ID., *L'attuazione italiana dell'ordine investigativo europeo*, cit., p. 507.

[84] Cfr. E. SELVAGGI, *L'ordine europeo di indagine*, cit., p. 49; v. anche C. ANGELONI, *L'inammissibilità di investigazioni difensive all'estero: una ricostruzione plausibile?,* in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2008, p. 1390. Per questi aspetti, v. § successivo.

Inoltre va precisato che, in ogni caso, quanto stabilito dall'art. 31 d.lgs. cit. non attribuisce un diritto (all'emissione di un ordine di indagine) ma costituisce una mera attività di impulso il cui mancato seguito è privo di sanzioni. Pertanto, analogamente a quanto si registra per la disciplina delle rogatorie, anche per ottenere un ordine di indagine europeo, alcun ruolo effettivo ed autonomo è attribuito al difensore che non rientra tra i soggetti legittimati ad attivare la richiesta di prova all'estero[85] ma solo tra quelli che possono proporre un'istanza – volta all'emissione di un ordine di indagine – al pubblico ministero affinché si attivi in tal senso[86] (è riproposta, nella sostanza, la c.d. teoria della canalizzazione[87]).

---

[85] M.R. MARCHETTI, *Rapporti giurisdizionali con autorità straniere*, cit., p. 1096, a proposito delle rogatorie, afferma che «il difensore non rientra tra i soggetti che possono attivare il meccanismo rogatoriale».

[86] Cfr. G. DARAIO, *La circolazione della prova nello spazio giudiziario europeo*, in L. KALB (a cura di), *"Spazio europeo di giustizia" e procedimento penale italiano. Adattamenti normativi e approdi giurisprudenziali*, Giappichelli, 2012, p. 560. M.R. MARCHETTI, *Rapporti giurisdizionali con autorità straniere*, cit., p. 1143 s., valorizza il dato simbolico della previsione, auspicando che, in futuro, possa essere presa in considerazione una disciplina che consenta le investigazioni difensive all'estero «con modalità speculari a quelle domestiche e, soprattutto, con lo stesso regime di utilizzabilità di quelle compiute in Italia» (p. 1143 s.). Accede ad una ricostruzione parzialmente diversa P. SPAGNOLO, *Il procedimento di emissione dell'OEI*, cit., p. 87, la quale sostiene che l'art. 31 d.lgs. cit., «si limita solo a colmare una lacuna del precedente sistema rogatoriale, prevedendo espressamente il potere della difesa di richiedere all'autorità competente, pubblico ministero o giudice, l'emissione di un ordine di indagine»; solo la giurisprudenza aveva riconosciuto la possibilità «di passare attraverso il p.m. o il g.i.p. affinché costoro attivassero la procedura della rogatoria internazionale, così implicitamente riconoscendo il potere oggi espressamente attribuito, per l'OEI, dal decreto in esame». Ad avviso di G. DE AMICIS, *Dalle rogatorie*, cit., p. 35: l'art. 31, «pur tenendo ferma la scelta di escludere le investigazioni difensive dall'ambito di operatività dell'EIO, attribuisce alla difesa la facoltà di chiedere, con istanza motivata al p.m. ovvero al giudice, a seconda della fase in cui versa il procedimento penale, l'emissione di un ordine di indagine, cui il primo risponderà (in caso di rigetto) con un decreto motivato e il secondo con ordinanza, dopo aver sentito le parti»; il legislatore «pur senza introdurre una specifica forma di impugnazione, ha inteso offrire alla difesa – ferma restando, in linea generale, la possibilità di svolgere *ex* artt. 391 *bis* e 391 *ter* c.p.p. colloqui informativi con persone residenti o dimoranti all'estero – una facoltà di impulso all'interno dei rapporti di cooperazione giudiziaria penale». Propone una lettura che fa salva la possibilità di raccogliere le dichiarazioni da parte delle persone informate, ai sensi degli artt. 391 *bis* e *ter* c.p.p. (fatte salve le ipotesi per le quali sia necessaria l'autorizzazione giudiziaria), M. CAIANIELLO, *L'attuazione della direttiva sull'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 2210. L'Autore argomenta tale conclusione sulla scorta di due elementi: *a*) il diritto di chiedere l'emissione di un ordine di indagine «non può essere separato dalla possibilità di informarsi *a priori* sul contenuto delle prove da assumere», perché la deriva sarebbe quella di spingerla a rinunciare alla prova non sapendo se favorevole o meno; *b*) quando non occorra una «autorizzazione espressa attraverso un provvedimento giudiziario», non dovrebbe rilevare «il luogo in cui il colloquio investigativo sia stato effettuato», purché siano rispettate le condizioni individuate dal codice.

[87] La teoria della canalizzazione (secondo R. BELFIORE, *La prova penale "raccolta" all'estero*, cit., p. 23 s.) costringe il difensore a svelare la propria strategia difensiva (*discovery*) e sottrae l'atto compiuto all'estero alla valutazione del difensore perché viene allegato al fascicolo in modo obbligato. Inoltre è indispensabile l'intermediazione dell'autorità giudiziaria mentre inibita è qualsiasi attività di

È in questi limiti angusti che si traduce, sul piano interno, la disposizione europea che sembrava estendere la legittimazione ad agire anche all'imputato e al suo difensore e che, secondo alcuni, avrebbe permesso di «colmare una lacuna nella disciplina degli strumenti tradizionali di cooperazione giudiziaria»[88].

Sul piano materiale, la richiesta del difensore deve contenere, a pena di inammissibilità, «*l'indicazione dell'atto di indagine o di prova e i motivi che ne giustificano il compimento o l'assunzione*» (art. 31, comma 2° d.lgs. cit.)[89]. Se il pubblico ministero rigetta la richiesta emette decreto motivato (art. 31, comma 3° d.lgs. cit.), tuttavia la disposizione non si occupa della possibilità di appellarsi al giudice per le indagini preliminari avverso il provvedimento di diniego[90]: si tratta dunque di una garanzia "apparente"[91], un'arma spuntata[92]. L'art. 31 d.lgs. cit.,

---

investigazione preventiva. Si tratta di una teoria fatta propria dalla giurisprudenza ma che, secondo l'Autrice, è poco compatibile con il principio costituzionale della parità delle parti (che presuppone la parità delle armi). In termini, EAD., *Riflessioni a margine della direttiva*, cit., p. 3294. Per analoghe conclusioni, in merito alla direttiva, v. D. CIMADOMO, *Ordine europeo di indagine penale e garanzie della difesa*, cit., p. 225 s.

[88] In questi termini, L. CAMALDO, *La normativa di attuazione dell'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 4205.

[89] P. SPAGNOLO, *Il procedimento di emissione dell'OEI*, cit., p. 90 s., segnala che l'inciso si presta a una lettura «a maglie larghe» (secondo i parametri degli artt. 190 e 358 c.p.p.) e ad una «più stringente» che, ancorandosi al principio di proporzionalità, «calibri il vaglio sul criterio che sorregge l'intervento istruttorio giudiziale di cui all'art. 507 c.p.p.». Secondo l'Autrice dovrebbe prevalere una lettura «ispirata al rispetto del diritto alla prova» e dunque, la richiesta dovrebbe essere accolta «se la prova non è vietata dalla legge, non è manifestamente superflua o irrilevante» (secondo gli artt. 190 e 495 c.p.p.). Valutazioni diverse condurrebbero a una plateale disparità di trattamento delle parti perché il pubblico ministero potrebbe agire autonomamente senza intermediazione del giudice; inoltre, nel caso in cui la fonte istruttoria sia all'estero, verrebbe ad introdursi «un criterio speciale di ammissione probatoria privo di razionale giustificazione». Anche G. BARROCU, *La cooperazione investigativa in ambito europeo*, cit., p. 288, segnala l'assenza dell'indicazione di criteri che dovrebbero orientare il pubblico ministero o il giudice nella decisione, assenza che spinge a interrogarsi se sia sufficiente quanto deriva dall'art. 190 c.p.p., in termini «di rilevanza e pertinenza» oppure in termini di «assoluta necessità» alla stregua dell'art. 507 c.p.p.

[90] Secondo G. BARROCU, *La cooperazione investigativa in ambito europeo*, cit., p. 286, si potrebbe ritenere che la difesa possa rivolgere la propria richiesta al giudice per le indagini preliminari, così da «coinvolgere il giudice e il presidio di garanzie connesse al suo intervento» (in questi termini, anche P. SPAGNOLO, *Il procedimento di emissione dell'OEI*, cit., p. 90).

[91] A. MANGIARACINA, *L'acquisizione "europea" della prova cambia volto: l'Italia attua la Direttiva relativa all'ordine europeo di indagine penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, p. 172, osserva, però, che «pur in assenza di un'espressa previsione, il difensore dovrebbe ritenersi legittimato a riproporre la richiesta, tenendo conto dei rilievi mossi in sede di rigetto» e nel caso in cui solleciti un provvedimento di sequestro, ai sensi dell'art. 368 c.p.p., «il pubblico ministero, ove non ritenga di disporlo, dovrà trasmettere la richiesta, con il proprio parere, al giudice per le indagini preliminari». Anche secondo R. BELFIORE, *Su taluni aspetti del decreto di attuazione*, cit., p. 408, «l'imposizione di un decreto motivato … permette comunque di far valere l'eventuale mancanza di giustificazione del rifiuto». In questo senso v. anche E. SELVAGGI, L'ordine *europeo di indagine – EIO: come funziona?*, in *Cass. pen*., 2018, p. 49;

infatti, si limita a precisare che se la richiesta ha ad oggetto «*un provvedimento di sequestro si applica l'articolo 368 del codice di procedura penale*» (3° comma), consentendo al giudice di "sostituirsi" al pubblico ministero[93].

Se, invece, la richiesta è rivolta al giudice, questi, dopo aver sentito le parti, provvederà con ordinanza (art. 31, comma 4° d.lgs. cit.)[94]. Trattandosi di richieste probatorie, il giudice dovrà applicare le regole fissate dagli artt. 190 e 495 c.p.p.[95].

In conclusione, in questo ambito sembra non esservi alcuna parità delle armi tra accusa e difesa[96]: da un lato, analogamente a quanto previsto per le rogatorie, la facoltà di chiedere l'emissione di un ordine di indagine è sempre mediata dall'autorità giudiziaria[97], dall'altro, sono esclusi i difensori delle altre

---

F. SPIEZIA, *L'ordine di indagine europeo: domande e risposte a cura del Desk italiano di Eurojust*, in *Dir. pen. cont*., 28 settembre 2017, p. 6.

[92] O, per dirla con altre parole, «un regime a due velocità»: così, già a proposito della direttiva, D. CIMADOMO, *Ordine europeo di indagine penale e garanzie della difesa*, cit., p. 226, il quale rileva la disparità di trattamento in cui potrebbe tradursi sul piano interno – come in effetti si è tradotto – della disposizione della direttiva, considerato infatti che nel territorio italiano il difensore conserva «uno spazio autonomo ed indipendente» contrassegnato, seppure con eccezioni, dalla discrezionalità di cui all'art. 358 c.p.p., difficilmente equiparabile oltre i confini territoriali.

[93] Ad avviso di G. BARROCU, *La cooperazione investigativa in ambito europeo*, cit., p. 286, tale previsione si sarebbe potuta estendere a tutte le richieste di emissione di un ordine di indagine europeo. L'istituto prefigurato dall'art. 368 c.p.p., sottolinea l'Autore, obbligando il pubblico ministero che voglia rigettare la richiesta dell'interessato a trasmettere il proprio parere motivato, unitamente alla richiesta, al giudice per le indagini preliminari, avrebbe potuto divenire il «modello tipico per la trattazione delle istanze difensive di emissione di un ordine di indagine». Alla prevista obiezione secondo cui un analogo vincolo non è previsto per il pubblico ministero sul piano interno, l'Autore replica che in quella sede vi sono procedure (le indagini difensive) e istituti (l'incidente probatorio) che permettono un vaglio giurisdizionale delle pretese dell'indagato.

[94] Cfr. A. NOCERA, *Norme di attuazione della direttiva 2014/41/UE*, cit.

[95] Così, P. SPAGNOLO, *Il procedimento di emissione dell'OEI*, cit., p. 90, la quale segnala che, poiché il provvedimento è costituito da un'ordinanza, la parte potrà presentare impugnazione insieme alla sentenza a norma dell'art. 586 c.p.p. V. anche M.G. COPPETTA, sub *art. 495 c.p.*p., in G. CONSO-G. ILLUMINATI (a cura di), *Commentario breve*, cit., p. 2231 s.

[96] Per il principio di parità tra accusa e difesa, utile perché l'opposizione tra queste due "forze" sia effettiva ed efficace, v. P. FERRUA, voce *Difesa (diritto di)*, cit., p. 467.

[97] Al netto delle critiche, R. BELFIORE, *Su alcuni aspetti del decreto di attuazione*, cit., p. 407, ritiene che la disposizione riveli «una particolare sensibilità, anche al di là del suo importante valore simbolico» consistente nell'obbligo di decreto motivato in caso di rigetto della richiesta da parte del pubblico ministero e del dovere, per il giudice, di sentire le parti e di provvedere con ordinanza (v. anche EAD., *La prova penale "raccolta" all'estero*, cit., p. 221 s.). F.M. GRIFANTINI, *Una questione aperta: le investigazioni difensive alla luce dell'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 297 s., osserva come l'accesso mediato non valga a «sanare la disparità della difesa, già gravata da una condizione di posticipazione logica e cronologica rispetto all'accusa», difesa che è «fortemente svantaggiata in questa procedura». V. anche M. CAIANIELLO, *La nuova direttiva UE*, cit., p. 7.

parti private, della persona offesa[98] e del terzo titolare del bene (che potrà solo impugnare l'ordine avente ad oggetto il sequestro)[99].

Se è vero che in un sistema costruito sulle fondamenta dei contatti diretti tra autorità giudiziarie, senza filtro ministeriale, la scelta della canalizzazione della richiesta attraverso la mediazione dell'autorità giudiziaria[100] appare forse l'unica possibile, dal punto di vista della difesa, tale opzione – specie confrontando le possibilità di "difendersi indagando" caratteristiche della nostrana disciplina delle investigazioni difensive – impone alla difesa di scoprire le carte e le strategie difensive e di offrirle direttamente al pubblico ministero, suo naturale antagonista[101]. Nondimeno è stato rilevato che la "procedimentalizzazione" costituisce un elemento di garanzia per la difesa perché della richiesta (e, soprattutto, dell'eventuale rifiuto) resta traccia negli atti del procedimento[102].

C'è poi un ulteriore aspetto che appare tacciabile di critica: ammettendo che il difensore debba rivolgersi alle autorità competenti del proprio Stato, non potendo contattare direttamente l'autorità straniera, quali sono gli spazi di valutazione da parte dell'autorità interna? Come si è visto, infatti, l'art. 31 d.lgs. cit. non specifica a quali parametri fare riferimento per valutare la richiesta del difensore, limitandosi a prevedere che il pubblico ministero debba emettere un decreto motivato in caso di rigetto dell'istanza; ma quali siano queste ragioni che

[98] In particolare, come si è già osservato, viene totalmente dimenticata la vittima del reato, in controtendenza con l'attenzione europea a tale figura; cfr. M. CAGOSSI, *Un illustre assente: la vittima del reato nell'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 119 s.; F.M. GRIFANTINI, *Ordine europeo di indagine penale e investigazioni difensive*, cit., p. 6. In proposito osserva G. BARROCU, *La cooperazione investigativa in ambito europeo*, cit., p. 289, che pur non essendo condivisibile tale esclusione, l'omissione appare legittima alla luce dei principi costituzionali e «in linea con le differenze intrinseche nei diversi ruoli dei soggetti del procedimento»; la Corte costituzionale (Corte cost., 29 dicembre 1995, n. 532, in *Cass. pen.*, 1996, p. 1370), infatti, ha legittimato l'art. 495, comma 2° c.p.p. nella parte in cui "degrada" il diritto alla controprova per le parti private diverse dall'imputato, «a mera facoltà di indicazione». E. LORENZETTO, *I diritti della difesa*, cit., p. 372, in proposito osserva che sussiste sempre la facoltà di presentare memorie e richieste e, quindi, non riscontra alcun *vulnus* in questo senso.

[99] P. SPAGNOLO, *Il procedimento di emissione dell'OEI*, cit., p. 89.

[100] P. SPAGNOLO, *op. ult. cit.*, p. 89, sottolinea che la cooperazione giudiziaria è prerogativa degli Stati; inoltre, sia nella direttiva che nel decreto attuativo, «quando si fa riferimento all'autorità di "emissione" il richiamo è sempre all'autorità giudiziaria, il che esclude che possa esserci un contatto diretto tra soggetti diversi da quelli espressamente presi in considerazione».

[101] In questo senso, A. MANGIARACINA, *L'acquisizione "europea" della prova cambia volto*, cit., p. 171. V. anche T. ALESCI, *Le garanzie difensive e il ruolo del difensore*, cit., p. 106.

[102] Lo sottolinea E. SELVAGGI, *L'ordine europeo di indagine*, cit., p. 49; ID., *La circolare del Ministero della giustizia*, cit.

legittimano il rifiuto non viene indicato. Secondo alcuni, per colmare la lacuna occorre fare riferimento all'art. 358 c.p.p. che impone al pubblico ministero di compiere gli accertamenti sui fatti e sulle circostanze a favore della persona sottoposta alle indagini, comprese quelli frutto delle indicazioni del difensore[103].

6. (*Segue*) Le indagini difensive all'estero non sono consentite

Per quanto sia stato criticato[104], specie in seguito all'entrata in vigore della disciplina delle indagini difensive[105] che ha compiuto una scelta di campo per parificare i diritti delle parti in un processo tendenzialmente accusatorio come quello italiano[106] in cui domina (con alcune eccezioni) il principio dispositivo e quello della «*partecipazione dell'accusa e della difesa su basi di parità in ogni stato e grado del procedimento*» (art. 2, n. 3 legge delega)[107], il codice di

[103] Al riguardo, v. P. SPAGNOLO, *op. ult. cit.*, p. 90.

[104] Cfr. A. FABBRI, *I limiti territoriali nello svolgimento delle indagini difensive*, in L. FILIPPI-P. GUALTERI-P. MOSCARINI-A. SCALFATI, *La circolazione investigativa*, cit., p. 250, che ritiene irragionevole il «divario tra poteri di indagine pubblica e privata» se assoggettati – questi ultimi – a limiti territoriali. In dottrina, v. anche, G. BIONDI, *La giurisprudenza in tema di investigazioni difensive, con particolare riferimento all'attività di assunzione di informazioni*, in *Giur. mer*., 2008, p. 24; F.M. GRIFANTINI, *Una questione aperta: le investigazioni difensive alla luce dell'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 293 s.; M.R. MARCHETTI, *L'assistenza giudiziaria internazionale*, Giuffrè, 2005, p. 126 s.; O. MAZZA, *Fascicolo del difensore e utilizzabilità delle indagini difensive*, in *Giur. it*., 2002, p. 1758 s.; E. SELVAGGI, *Noi e gli altri*, cit., p. 2055; C. VALENTINI, *L'acquisizione della prova tra limiti territoriali e cooperazione con autorità straniere*, Cedam, 1998, p. 31.

[105] Per una panoramica giurisprudenziale, v. G. BIONDI, *La giurisprudenza in tema di investigazioni difensive*, cit., p. 7 s. A. FABBRI, *I limiti territoriali nello svolgimento delle indagini difensive*, cit., p. 255, ricorda che uno dei principali obiettivi perseguiti dal legislatore con la legge 7 dicembre 2000, n. 327, è stato quello di infrangere «il monopolio pubblico delle indagini», «attribuendo al difensore il potere di presentare direttamente al giudice i risultati della propria autonoma investigazione, senza alcuna intermediazione».

[106] Cfr. G. ILLUMINATI, voce *Accusatorio ed inquisitorio (sistema)*, in *Enc. giur. Treccani*, 1988, vol. I. V. anche, L. GIULIANI, *Indagini preliminari e udienza preliminare*, in G. CONSO-V. GREVI-M. BARGIS (a cura di), *Compendio di procedura penale*, 9ª ed., Cedam, 2018, p. 560 s.

[107] Il diritto al contraddittorio nella forma dell'esame incrociato non pare sufficiente ad assicurare detta parità; di qui l'opportuna disciplina delle indagini difensive da parte del difensore che è abilitato a ricercare, individuare e delibare le fonti di prova utili per sostenere la ricostruzione dei fatti fornita dal proprio assistito o, comunque, a contrastare la tesi avversaria. Cfr. C. QUAGLIERINI, *Le indagini difensive: prassi giurisprudenziali e principi costituzionali non attuati*, in *Cass. pen*., 1993, p. 2306; v. anche A.A. DALIA-M. FERRAIOLI, *Corso di diritto processuale penale*, Cedam, 1992, p. 114, secondo cui «per poter esporre al giudice la propria rappresentazione del fatto (momento rappresentativo), ciascuna parte deve poter disporre di una struttura investigativa (momento conoscitivo) e di strumenti atti a preservare le fonti di prova da pericoli di dispersione e d'inquinamento (momento acquisitivo)», nonché il parere del C.S.M. sull'art. 33 Prog. Prel. disp. att. in G. CONSO-V. GREVI-G. NEPPI MODONA, *Il nuovo codice di procedura penale. Dalle leggi delega ai decreti delegati*, Cedam, 1990, vol. IV, p. 138 s.

procedura penale vigente non conferisce al difensore il potere di promuovere rogatorie internazionali[108] né di svolgere autonomamente (cioè senza la mediazione dell'autorità giudiziaria) indagini difensive all'estero[109].

Se è pacifico che la rogatoria costituisca un atto tra Stati sovrani[110] – atto tollerato di limitazione della sovranità degli Stati[111] – meno immediatamente

[108] R. BELFIORE, *La prova penale "raccolta" all'estero*, cit., p. 21 s., ricorda che già l'art. 727 c.p.p., in tema di rogatoria attiva, non conferisce alcuna facoltà al difensore di chiedere l'assistenza giudiziaria all'autorità straniera per il compimento di un atto probatorio. L'avvento delle indagini difensive (legge 7 dicembre 2000, n. 397) ha imposto però una lettura sistematica della normativa che riconosca un certo margine di manovra al difensore, unicamente, però «nei termini di una facoltà di sollecitare l'autorità giudiziaria italiana all'inoltro di una richiesta di assistenza all'estero». Su questo aspetto v. anche C. ANGELONI, *L'inammissibilità di investigazioni difensive all'estero*, cit., p. 1387, che osserva come l'impianto accusatorio risultante dalla costituzionalizzazione dei principi del giusto processo e dalla riforma delle investigazioni difensive «vorrebbe che l'equilibrio di poteri tra pubblica accusa e difesa fosse garantito, nell'ambito delle investigazioni, anche quando le stesse vengono condotte all'estero». Ulteriormente A. FABBRI, *I limiti territoriali nello svolgimento delle indagini difensive*, cit., p. 250, si interroga se la lacuna lasciata dall'ordinamento legittimi la compressione dell'attività difensiva preordinata all'acquisizione «di elementi di prova a favore del proprio assistito» all'interno dei confini nazionali.

[109] Cfr. C. ANGELONI, *L'inammissibilità di investigazioni difensive all'estero*, cit., p. 1390 s., che in particolare mostra comprensione rispetto all'esclusione dell'assunzione all'estero di atti con valore probatorio atteso che «la prova è solo quella che si forma nel contraddittorio tra le parti» e richiede, dunque, l'intervento del pubblico ministero e del giudice (i quali possono esercitare i poteri giurisdizionali oltre i confini nazionali solo tramite l'espletamento di una rogatoria), l'esigenza difensiva in tal senso potendo tradursi in una richiesta di incidente probatorio o di ammissione di prove a seconda della fase del procedimento. Diverso approccio è riservato dall'Autrice all'attività investigativa svolta dal difensore che ritiene debba essere "libera" «a meno che non comporti essa stessa l'esercizio di una pubblica potestà», concludendo nel senso che «l'indagine condotta dal difensore all'estero può ritenersi pienamente valida ed efficace, ma solo nei limiti in cui, non implicando né l'esercizio di potestà pubbliche, né la diretta formazione di atti a contenuto probatorio, non richiede l'intervento dell'autorità giudiziaria», fermo restando che non si tratti di atti non ripetibili o di atti non ripetibili in occasione di accesso ai luoghi ai sensi dell'art. 391 *decies*, comma 3°, ultima parte c.p.p. (che riconosce al pubblico ministero la facoltà di assistere). Neppure "libere" in tal senso sarebbero le attività previste dall'art. 391 *bis*, commi 10° e 11° c.p.p. là dove prevedono l'audizione della persona che si sia avvalsa della facoltà di non rispondere o quelle di cui all'art. 391 *quater*, comma 3° c.p.p. riguardo alle conseguenze del rifiuto, da parte della pubblica amministrazione, del rilascio di documenti, atteso che è consentito l'intervento del pubblico ministero e del giudice per le indagini preliminari; infine, non libero sarebbe l'accesso ai luoghi privati o non aperti al pubblico, in caso di mancato consenso dell'interessato (art. 391 *septies* c.p.p.). In questo senso, sostanzialmente, anche F.M. GRIFANTINI, *Ordine europeo di indagine penale e investigazioni difensive*, cit., p. 5 s.

[110] Tra i tanti, F.M. GRIFANTINI, *Ordine europeo di indagine penale e investigazioni difensive*, cit., p. 4 s., il quale, però, obietta che il difensore «non agisce come potere statuale, ma come soggetto privato esercente un servizio di pubblica necessità il cui operato non è inquadrabile in una funzione giudiziaria sottoposta alla rogatoria». V. anche T. ALESCI, *Le garanzie difensive e il ruolo del difensore*, cit., p. 111.

[111] Così, C. ANGELONI, *L'inammissibilità di investigazioni difensive all'estero*, cit., p. 1390; di qui, evidenzia l'Autrice, la necessità di regolare i rapporti di cooperazione giudiziaria tramite accordi internazionali che prevalgono sul diritto interno (per consacrare la regola della prevalenza, v. nel nostro codice, l'art. 696 c.p.p.), mentre, in precedenza il dogma della sovranità seguiva la logica del *do ut des*, secondo la convenienza politica degli Stati sovrani; al riguardo, v. C. VALENTINI, *L'acquisizione della prova tra limiti territoriali e cooperazione con autorità straniere*, Cedam, 1998, p. 5. Si rinvia altresì al cap. I, §§ 1-3.

comprensibile è come garantire che il diritto di "difendersi provando"[112], a un tempo presupposto e precipitato della legge 7 dicembre 2000, n. 397 (e della logica accusatoria), non incontri i limiti dati dai confini geografici. Con tale legge, infatti, la figura del difensore si è colorata di dinamismo e ha assunto un ruolo propositivo, dialetticamente in contrapposizione con il pubblico ministero e avvicinando il rito penale ancora di più – e più coerentemente rispetto all'impostazione originaria del codice del 1988[113] – al modello *adversary*[114].

In proposito si è affermato che impedire al difensore di svolgere indagini all'estero cagioni un *vulnus* al diritto di "difendersi provando"[115] e, di conseguenza sul principio di parità delle parti[116] nella formazione della prova in contraddittorio[117]; solo il legislatore interno potrebbe porre rimedio alla disciplina attuale che non sembra aprire varchi alle indagini difensive fuori dal territorio italiano[118], mentre quello internazionale potrebbe prevedere regole chiare e prefissate finalizzate a rafforzare le garanzie individuali[119].

Nel vigore del codice, come integrato dalla legge n. 397 del 2000, la giurisprudenza di legittimità (Cass. 20 maggio 2007, n. 23967, *Kaneva*) ha

---

[112] La paternità dell'espressione è attribuita a G. VASSALLI, *Il diritto alla prova nel processo penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen*., 1968, p. 12.

[113] La disciplina era relegata nell'art. 38 disp. att. c.p.p.

[114] Si veda M. TROGLIA, *Le investigazioni difensive all'estero*, in L. CAMALDO (a cura di), *Mandato d'arresto europeo e investigazioni difensive all'estero*, Giuffrè, 2018, p. 113 s. Per una sintetica ricostruzione, v. C. ANGELONI, *L'inammissibilità di investigazioni difensive all'estero*, cit., p. 1386 s.

[115] Approfondisce il profilo del diritto di "difendersi provando" in prospettiva europea, L. PARLATO, *Su due aspetti del "diritto di difendersi provando" in dimensione europea*, in T. RAFARACI (a cura di), *L'area di libertà sicurezza e giustizia. Alla ricerca di un equilibrio fra priorità repressive ed esigenze di garanzia*, Giuffrè, 2007, p. 669 s. Sul tema, v. anche T. ALESCI, *Le garanzie difensive e il ruolo del difensore*, cit., p. 101. Ancora, C. ANGELONI, *op. ult. cit*., p. 1387, precisa che il diritto di "difendersi provando" presuppone «una conoscenza delle fonti di prova che non può essere affidata all'intervento dell'organo cui spetta sostenere l'accusa» perché – seppure il pubblico ministero non debba difendere interessi particolari – diverso è l'approccio alla ricostruzione dei fatti.

[116] E. SELVAGGI, *Noi e gli altri*, cit., p. 2055, ritiene non appropriato il riferimento all'argomento della parità delle armi; l'Autore sul punto osserva che se sulla parte pubblica gravano le ipotesi di inutilizzabilità previste dalla legge n. 367 del 2001, di contro, potrebbe risultarne avvantaggiata la parte privata che «potrebbe acquisire all'estero prove senza incorrere nella sanzione di inutilizzabilità prevista dall'art. 729». Al contrario, secondo F.M. GRIFANTINI, *Ordine europeo di indagine penale e investigazioni difensive*, cit., p. 4, «dall'art. 729 c.p.p. non si deduce un divieto implicito per la ricerca difensiva di prove pro reo al di fuori della rogatoria» e, inoltre, spetta alla disciplina delle indagini difensive «il compito di ridurre lo squilibrio tra accusa e difesa».

[117] In questo senso, A. FABBRI, *I limiti territoriali nello svolgimento delle indagini difensive*, cit., p. 250.

[118] Così, E. SELVAGGI, *Noi e gli altri*, cit., p. 2055. V. anche C. ANGELONI, *op. ult. cit.*, p. 1393.

[119] Sempre E. SELVAGGI, *op. ult. cit.*, p. 2056.

confermato la tesi che preclude al difensore di svolgere indagini difensive all'estero, precisando che «*ai fini dell'utilizzabilità di atti compiuti all'estero, per tutte le parti processuali, deve essere esperita la procedura prevista dal codice in materia di rogatorie*»[120]. La Corte di cassazione ha affermato che un divieto di svolgimento all'estero di indagini difensive non è esplicitamente affermato, ma tuttavia «*discende dall'ordinamento (...) essendo evidente che, ai fini dell'utilizzabilità di atti compiuti all'estero, per tutte le parti processuali, deve essere esperita la procedura prevista dal codice in materia di rogatorie*».

Da questa presa di posizione giurisprudenziale (che non è mai stata messa in discussione)[121], deriva che il difensore – che voglia svolgere indagini difensive fuori dai confini nazionali – dovrà necessariamente ricorrere al meccanismo della rogatoria e, poiché gli è precluso promuoverla autonomamente, dovrà rivolgersi

[120] Cass., 20 maggio 2007, n. 23967, *Kaneva*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2008, p. 1382 s. In proposito M. PISANI, *Sulle investigazioni difensive svolte all'estero*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 1458, osserva che «il difensore può impegnarsi a svolgere attività investigative» ma il vero problema è quello «della utilizzabilità delle risultanze acquisite». Dunque, per tale ragione la Corte puntualizza che, poiché per tutte le parti processuali è necessario che le acquisizioni probatorie, affinché siano utilizzabili, devono realizzarsi secondo «la procedura prevista dal codice in materia di rogatorie». L'impossibilità che il difensore sia soggetto attivo della rogatoria determina, a cascata, l'impossibilità di effettuare indagini difensive all'estero con l'ulteriore conseguenza che il difensore «ha l'obbligo di passare attraverso la richiesta al p.m. o al g.i.p. affinché costoro attuino la procedura della rogatoria internazionale» (Cass., 20 maggio 2007, n. 23967, *Kaneva*, cit.). Pur ammettendo che la posizione della difesa sia marginale nell'ambito della cooperazione giudiziaria internazionale, E. SELVAGGI, *Noi e gli altri*, cit., p. 2055, osserva che la questione dell'impossibilità della difesa di avanzare all'autorità straniera una domanda di rogatoria, è «pacifica anche in quegli ordinamenti nei quali il processo penale poggia esclusivamente sull'attività e sull'iniziativa delle parti»; la richiesta dunque deve sempre essere avanzata «per il tramite delle autorità procedenti». Al contrario, F.M. GRIFANTINI, *Ordine europeo di indagine penale e investigazioni difensive*, cit., p. 4, definisce "assioma" il precipitato della sentenza Kaneva secondo cui, il compimento di indagini all'estero deve svolgersi mediante rogatoria, strumento che però non può essere promosso dal difensore, con la conseguenza che qualunque atto investigativo compiuto dal difensore sarebbe inutilizzabile ai sensi dell'art. 729 c.p.p. In dottrina, v. anche F. ALBANO, *Sui limiti territoriali delle indagini difensive: note a margine di una discutibile pronuncia*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 4708 s.; M.B. BORDIERI, *Brevi note sull'inutilizzabilità di atti di investigazione svolti all'estero dal difensore dell'imputato senza passare attraverso una rogatoria internazionale*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 2035 s.; D. CURTOTTI NAPPI, *I nuovi orizzonti investigativi del difensore: le informazioni assunte all'estero*, in *Giur. it.*, 2008, p. 987; A. FABBRI, *I limiti territoriali nello svolgimento delle indagini difensive*, cit., p. 251 s.; A. MANGIARACINA, *Ancora zone d'ombra in tema di ammissibilità della revisione e indagini difensive all'estero*, in *Giur. it.*, 2009, p. 1248 s.

[121] Anzi, la Corte di appello di Brescia, sez. II, 15 maggio 2008 (in *Giur. it.*, 2009, p. 1244, con nota di A. MANGIARACINA, *Ancora zone d'ombra*, cit., p. 1245 s.) ha «subordinato l'utilizzabilità della prova acquisita all'estero dal difensore all'osservanza della composita disciplina prevista dal vigente codice di rito per le indagini da compiere sul territorio nazionale»; v. altresì A. FABBRI, *I limiti territoriali nello svolgimento delle indagini difensive*, cit., p. 257, che coglie la «posizione più sfumata» assunta dalla Corte territoriale in un *obiter dictum* là dove fa riferimento alle forme previste dall'art. 327 *bis* c.p.p. e che, secondo l'Autore, giustificherebbe le indagini difensive all'estero (secondo le forme citate).

al pubblico ministero. In particolare, si è osservato che questo meccanismo vale specificamente per l'assunzione di dichiarazioni scritte e informazioni documentate assunte direttamente all'estero da parte del difensore ai sensi degli artt. art. 391 *bis* e 391 *ter* c.p.p., rispetto alle quali è richiesta l'autenticazione da parte dello stesso o del suo sostituto. La Corte di cassazione ha ritenuto tale attività implicante la spendita di poteri pubblicistici[122] sicché l'unico mezzo per esercitare siffatti poteri al di fuori dai confini nazionali sarebbe il meccanismo rogatoriale.

La denunciata conseguenza, è però, rappresentata dalla disparità di trattamento tra le parti processuali[123], *in primis* perché obbliga la parte privata a interloquire con il suo antagonista naturale[124] e alla *disclosure* della propria strategia difensiva[125]; la difesa viene così spodestata delle caute valutazioni circa la condivisione del risultato investigativo che, se la richiesta di rogatoria viene

---

[122] La Suprema Corte ha aderito alla tesi di chi, «nelle forme di documentazione previste dall'art. 391 *ter* c.p.p., vede una funzione pubblica di natura giudiziaria o, più latamente, amministrativo-certificativa», così C. ANGELONI, *L'inammissibilità di investigazioni difensive all'estero*, cit., p. 1392 s. In dottrina, in senso favorevole a tale interpretazione, S. CARNEVALE, *Questioni irrisolte in tema di documentazione delle indagini difensive*, in *Giur. it*., 2003, p. 1055 s.; M. MADDALENA, *Per la difesa libera di investigare facoltà e diritti, nessun dovere*, in *Dir. e giust*., 2000, n. 40, p. 8 s.; E. ZAFFALON, *In tema di documentazione delle indagini difensive il difensore è pubblico ufficiale*, in *Giust. pen*, 2001, III, c. 669 s. Per l'opposta tesi, tra i molti, v. F.M. GRIFANTINI, *Tutti i nodi vengono al pettine: l'incognita del difensore-istruttore tra miti e realtà*, in *Cass. pen*., 2004, p. 395 s.; P. GUALTIERI, *Le investigazioni del difensore*, Cedam, 2002, p. 208 s. In giurisprudenza, la Corte di cassazione (S.U., 27 giugno 2006, S.L., in *Riv. it. dir. pen. proc*., 2007, p. 1210 s., con nota di E. LORENZETTO, *Dal difensore inquirente al difensore istruttore*, *ivi*, p. 1219) ha aderito alla tesi che riconosce nel verbale redatto ai sensi dell'art. 391 *ter* c.p.p. la natura di atto pubblico, perché destinato a produrre gli stessi effetti del verbale del pubblico ministero, vincolando il difensore a documentare in modo fedele e integrale. Di recente, sul tema, v. F. PROIA, *Indagini private: il valore probatorio postula che il difensore sia pubblico ufficiale?*, in *Proc. pen. giust*., 2019, 4, p. 877.

[123] In particolare, sul ruolo di "parte" processuale e della necessità che i rispettivi poteri siano costruiti simmetricamente, non in termini di identità ma di reciprocità, v. P. FERRUA, voce *Difesa (diritto di*), cit., p. 467.

[124] Così, R.E. KOSTORIS, *L'attuazione italiana dell'ordine investigativo europeo*, cit., p. 508.

[125] Secondo D. CURTOPPI NAPPI, *I nuovi orizzonti investigativi del difensore: le informazioni assunte all'estero*, in *Osservatorio del processo penale*, 2007, 2, p. 14, vi è una palese «disparità di trattamento fra parti processuali, delle quali una (il pubblico ministero) è in grado di valutare discrezionalmente l'opportunità ed utilità della rogatoria, mentre l'altra (il difensore) è costretta a cedere nelle mani dell'antagonista ogni decisione in merito». In questo senso anche N. TRIGGIANI, *Le investigazioni difensive*, Giuffrè, 2002, p. 225. Al riguardo, osserva C. ANGELONI, *L'inammissibilità di investigazioni difensive all'estero*, cit., p. 1388, che il codice (art. 391 *octies*, comma 3° c.p.p.) sancisce che l'accusa possa conoscere la documentazione delle investigazioni difensive solo «prima che venga adottata una decisione su richiesta delle altre parti o con il loro intervento», così da «garantire la "segretezza" delle indagini private al pari di quelle condotte dal p.m.». V. anche R. PICCIRILLO, *I profili funzionali e strutturali dell'Ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 61.

accolta, entrerà automaticamente nel circuito processuale[126]. Ma l'asimmetria informativa non si ferma qui: neppure è previsto l'obbligo di una *full disclosure* degli elementi di prova raccolti dall'organo inquirente[127].

Ulteriore effetto di questo *aut aut* è che, secondo la giurisprudenza, gli atti raccolti dal difensore all'estero senza espletare una rogatoria, non sono utilizzabili nel procedimento interno[128].

Nel cercare di aprire un varco a tale granitico sbarramento all'esercizio di attività investigativa privata all'estero, attesa l'insussistenza di limiti espliciti[129], ci si è domandati se vi siano limiti impliciti nella disciplina delle investigazioni difensive di cui agli artt. 391 *bis* e ss. c.p.p.[130] che tipizzano gli atti di investigazione consentiti al difensore e ne disciplinano le modalità di assunzione e di utilizzazione nel procedimento.

Più precisamente, l'art. 391 *bis* c.p.p. riguarda il verbale di dichiarazioni raccolte dal difensore (e, quindi, presuppone logicamente la ricezione delle stesse) ma non specifica se sia ammessa la documentazione di tali dichiarazioni

---

[126] In questo senso, v. M. TROGLIA, *Le investigazioni difensive all'estero*, cit., p. 122. Ulteriormente, cfr. C. ANGELONI, *L'inammissibilità di investigazioni difensive all'estero*, cit., p. 1388, che, tra le conseguenze negative annovera altresì l'ipotesi in cui l'autorità giudiziaria disattenda la sollecitazione difensiva ad attivare la rogatoria internazionale, non essendo previsto un rimedio contro il provvedimento di diniego. Analogo problema era già stato rilevato da C. QUAGLIERINI, *Le indagini difensive: prassi giurisprudenziali e principi costituzionali non attuati*, cit., p. 2308, che osserva come l'art. 358 c.p.p., pur imponendo al pubblico ministero di compiere accertamenti anche su fatti e circostanze a favore della persona indagata, non prevede alcuna sanzione processuale né impone un dovere di risposta alle sollecitazioni della parte privata o l'obbligo di motivare il diniego.

[127] Cfr. R. PICCIRILLO, *I profili funzionali e strutturali dell'Ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 61, che, in proposito osserva che la direttiva (art. 16 dir.) ha sì previsto meccanismi informativi ma «circoscritti al dialogo tra autorità giudiziaria di emissione e di esecuzione, senza coinvolgere l'indagato».

[128] In particolare su questo profilo, denuncia l'inesistenza di un principio immanente «che vincoli la legittimità della prova costituita all'estero all'esperimento della rogatoria», F. ALBANO, *Sui limiti territoriali delle indagini difensive*, cit., p. 4709 s. L'Autrice (p. 4710) esclude che tale parametro di supposta esclusione della «facoltà di reperire elementi probatori» a favore del reo all'estero «al di fuori della procedura rogatoriale», sia rinvenibile nell'art. 729 c.p.p., come riformulato nel 2001 – che prevede l'inutilizzabilità di documenti e altri mezzi istruttori ottenuti tramite rogatoria in violazione delle norme convenzionali e di diritto internazionale generale – perché «l'obiettivo del legislatore era impedire l'ingresso, nel procedimento che si celebra in Italia, di materiale non assunto nel rispetto del diritto di difesa e del principio del contraddittorio».

[129] Cfr. sul punto A. MANGIARACINA, *Ancora zone d'ombra*, cit., p. 1249, che osserva come manchi un espresso divieto di talché il legislatore sarebbe legittimato «a svolgere attività difensiva anche nel territorio di un altro Stato, senza necessità di ricorrere al farraginoso e obsoleto strumento della rogatoria, con il solo limite degli atti d'indagine che richiedano l'esercizio di poteri coercitivi o la partecipazione necessaria del pubblico ministero. Riguardo l'esclusione di tali atti, v. C. ANGELONI, *L'inammissibilità di investigazioni difensive all'estero*, cit., p. 1391.

[130] Cfr., in particolare, F. ALBANO, *Sui limiti territoriali delle indagini difensive*, cit., p. 4711 s.

assunte al di fuori dei confini nazionali. Questo "silenzio" è particolarmente gravido di conseguenze perché il medesimo art. 391 *bis* c.p.p., al 6° comma, sanziona con l'inutilizzabilità le dichiarazioni ed informazioni assunte dal difensore in violazione delle disposizioni che disciplinano le modalità di assunzione (di cui ai commi precedenti). La Corte di cassazione (*Kaneva*, cit.,) ha fatto derivare da tale silenzio un divieto implicito di svolgere attività all'estero sanzionato con l'inutilizzabilità dei risultati ottenuti[131].

Si è pure sostenuto che l'indagine privata sia deficitaria di credibilità perché atti di parte che il difensore può legittimamente e strategicamente sottrarre alla conoscenza processuale; tuttavia, si trascura che il vaglio di "utilizzabilità" dei risultati investigativi è pur sempre attività riservata al giudice cui spetta il compito di valutare la genuinità e l'attendibilità degli elementi conoscitivi confluiti nel procedimento[132].

Malgrado vi fosse un possibile spiraglio offerto dalla direttiva, nessuna novità in tal senso viene introdotta dal decreto attuativo della direttiva sull'ordine

---

[131] In particolare ritiene poco convincente l'approdo della Suprema Corte, F. ALBANO, *Sui limiti territoriali delle indagini difensive*, cit., p. 4712 s., che sottolinea come, a fronte di una lacuna legislativa riguardo ai poteri del difensore all'estero, ribadito che «il presupposto operativo della partecipazione attiva della difesa al processo» rappresenta «una diretta espressione dell'art. 24, comma 2, Cost.» si dovrebbe privilegiare «l'interpretazione che meglio tuteli le posizioni difensive» e, dunque, si dovrebbe affermare «la piena utilizzabilità delle dichiarazioni verbalizzate dal difensore, nella misura in cui le stesse contengano elementi favorevoli alla posizione dell'imputato e siano acquisite nel rispetto dell'art. 391 *bis*, comma 6, c.p.p.». L'Autrice altresì esclude ci si possa trovare di fronte a un divieto probatorio implicito (*cit.*, p. 4713 s.) perché la norma di cui all'art. 391 *bis* c.p.p. «non risponde all'esigenza di tutela di alcun diritto fondamentale della persona» né viene in rilievo «l'interesse endoprocessuale all'idoneità, sotto il profilo accertativo, dell'elemento assunto»; infatti, prosegue l'Autrice, le dichiarazioni acquisite all'estero nel rispetto degli artt. 391 *bis* e *ter* c.p.p. «non possono essere ritenute strumento inadeguato di ricerca della verità solo perché di provenienza estera», come attestano le Sezioni unite (Cass., 28 giugno 2006, n. 32009, in *C.E.D. Cass.* n. 234214) là dove attribuiscono al verbale, analogamente rispetto a quello redatto dal pubblico ministero, natura di atto pubblico. In termini sostanzialmente analoghi anche C. ANGELONI, *L'inammissibilità di investigazioni difensive all'estero*, cit., p. 1389. Al contrario, secondo M.B. BORDIERI (*Brevi note sull'inutilizzabilità di atti di investigazione svolti all'estero*, cit., p. 2040 s.), poiché gli atti previsti dalla disciplina sulle investigazioni difensive «implicano l'esercizio di una potestà di imperio», sebbene posti in essere da un soggetto che non è un'autorità giudiziaria sono a tali atti speculari, è necessario attivare una rogatoria perché, se posti in essere dall'autorità giudiziaria costituirebbero «esercizio di quel potere di coazione di cui sono titolari unicamente le autorità dello Stato dove essi avvengono»; tale soluzione sarebbe corroborata dalle previsioni nazionali che prevedono la «possibilità di attivare un meccanismo coercitivo» esercitato non dal difensore ma dall'autorità giudiziaria.

[132] Cfr. C. ANGELONI, *L'inammissibilità di investigazioni difensive all'estero*, cit., p. 1395.

di indagine europeo per il quale si ripropongono i medesimi scenari[133]. Secondo alcuni che non siano ammesse indagini difensive all'estero potrebbe spiegarsi confrontando il nostro ordinamento con gli altri europei; si è osservato che all'interno dell'Unione europea, quello italiano è l'unico ordinamento a detenere l'esclusiva della codificazione dell'attività di indagine difensiva[134].

Rispetto a questa pesante limitazione del diritto di difendersi indagando, dovuta, come si è detto, sia a limiti di natura oggettiva che alla scelta di non disciplinare le investigazioni difensive all'estero, si è osservato come la posizione della difesa sia aggravata; infatti, se l'accertamento processuale riguarda fatti, circostanze o soggetti che si trovano al di fuori dai confini territoriali ma l'acquisizione di tali elementi è necessario per lo svolgimento

---

[133] Cfr. G. BARROCU, *La cooperazione investigativa in ambito europeo*, cit., p. 284. F.M. GRIFANTINI, *Una questione aperta: le investigazioni difensive alla luce dell'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 293, in particolare, critica come non sia affatto mutata la condizione del difensore.

[134] Cfr. D.C. CULTRERA, *La normativa sulle investigazioni difensive in altri Paesi dell'Unione europea*, in L. CAMALDO (a cura di), *Mandato d'arresto europeo e investigazioni difensive all'estero*, Giuffrè, 2018, p. 127 s., che ha analizzato le codificazioni di Spagna, Francia e Germania, non rintracciando alcuna regolamentazione analoga a quella di cui alla legge 7 dicembre 2000, n. 397. In estrema sintesi, in Germania la difesa «assume un ruolo attivo solo dopo l'eventuale esercizio dell'azione penale» e il difensore dell'accusato ha solo una «funzione di impulso all'attività istruttoria del giudice» attraverso un'istanza probatoria sottoposta al giudice in ogni fase del procedimento; si ritiene, però, che pur senza una specifica disciplina, il difensore possa «svolgere autonomamente indagini difensive all'estero» tramite rogatoria «previa specifica istanza all'autorità giudiziaria procedente» (D.C. CULTRERA, *op. ult. cit.*, p. 131 s.; si veda anche P. RACKOW, *Diritti e poteri della difesa nella fase delle indagini preliminari secondo il codice di procedura penale tedesco*, cit., p. 273 s.). In Francia vige il principio della libertà delle prove (oltre che quello della "lealtà della prova") che potranno essere ricercate avvalendosi della procedura della rogatoria; manca, invece, una disciplina *ad hoc* delle indagini difensive (D.C. CULTRERA, *op. ult. cit.*, p. 134); il difensore ha solo un ruolo propulsivo rispetto all'attività probatoria che è totalmente rimessa al giudice istruttore (per l'ordinamento francese, v. anche A. CAPPELLO, *Il ruolo dell'avvocato della difesa nel processo penale in Francia*, in L. FILIPPI-P. GUALTIERI-P. MOSCARINI-A. SCALFATI (a cura di), *Circolazione investigativa e spazio giuridico*, cit., p. 293 s.). Per quanto riguarda la Spagna, l'Autrice evidenzia che in Spagna l'acquisizione delle prove che si trovino all'estero è consentita solo tramite rogatoria (D.C. CULTRERA, *op. ult. cit.*, p. 137) (v. altresì, I. FLORES PRADA, *L'investigazione difensiva nel processo penale spagnolo*, in L. FILIPPI-P. GUALTIERI-P. MOSCARINI-A. SCALFATI (a cura di), *Circolazione investigativa e spazio giuridico europeo*, cit., p. 349 s.). Di contro, nei Paesi di *common law* il processo *adversary* «trova nelle investigazioni difensive uno dei suoi momenti centrali, essendo basato sulla iniziativa delle parti nella ricerca, individuazione e presentazione dei mezzi di prova e sul principio della formazione delle prove in contraddittorio» (D.C. CULTRERA, *op. ult. cit.*, p. 138; si veda anche R. LOOF, *I poteri della difesa nella raccolta delle prove nel processo penale nel Regno Unito*, in L. FILIPPI-P. GUALTIERI-P. MOSCARINI-A. SCALFATI (a cura di), *Circolazione investigativa e spazio giuridico europeo*, cit., p. 319 s.). In conclusione, l'Autrice rileva che è vero che il legislatore europeo sembra disinteressarsi del tema delle indagini difensive, non disciplinandole, ma la ragione può forse rintracciarsi nel disinteresse al tema manifestato dagli altri Paesi membri dell'Unione – e, quindi, dalla negazione di un profilo problematico o di una esigenza – giacché solo in Italia le indagini difensive trovano una compiuta normazione. V. anche F.M. GRIFANTINI, *Una questione aperta: le investigazioni difensive alla luce dell'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 301; ID., *Ordine europeo di indagine penale e investigazioni difensive*, cit., p. 8.

dell'indagine o del processo – tanto che l'autorità è "costretta" a ricorrere alle forme di assistenza giudiziaria (nel cui alveo, in tale contesto, si include anche la mutua assistenza) – ben si comprende il *vulnus* in cui versa la difesa che non dispone di alcuno strumento – né equiparabile né speculare a quello riconosciuto agli organi preposti alla funzione repressiva – per assolvere alle proprie funzioni[135]. Il riconoscimento della difesa come soggetto propulsivo rispetto all'emissione di un ordine di indagine (art. 31 d.lgs. cit.) costituisce, dunque, solo il primo passo nella direzione di un riconoscimento della ricerca della prova da parte della parte privata interessata[136]. Di certo, però, non si tratta di un avanzamento sufficiente anche perché, come si è visto, non costituisce un diritto soggettivo[137].

Soggetto attivo di una forma di cooperazione internazionale può essere infatti solo un magistrato, tanto ai fini della emissione di un ordine di indagine[138], quanto ai fini di un'attività investigativa da svolgere personalmente all'estero; il difensore, al più, si è osservato, potrebbe acquisire informalmente dati disponibili all'estero al fine di pre-valutare se valga la pena tentare di farli acquisire formalmente al processo tramite richiesta di emissione di un ordine di indagine, perché, come già si è ricordato, secondo la giurisprudenza il difensore che acquisisca prove all'estero al di fuori dei meccanismi rogatoriali (dai quali è, peraltro, escluso, con le precisazioni di cui si è detto), subirebbe la sanzione dell'inutilizzabilità perché la prova sarebbe assunta in violazione dei divieti stabiliti dalla legge[139].

A tracciare un bilancio conclusivo circa il ruolo e la posizione assunta dalla difesa, non resta che constatare come non ci sia stato un effettivo progresso in tal

[135] In questi termini conclude G. BARROCU, *La cooperazione investigativa in ambito europeo*, cit., p. 285. L'Autore (*cit*., p. 287) stigmatizza l'assenza di una «normativa europea sulle indagini difensive», la cui inesistenza impone all'imputato che voglia, in qualche modo, svolgere indagini all'estero tramite la richiesta di emissione di un ordine di indagine «di svelare preventivamente la propria strategia» e, inoltre, «"canalizza" l'attività sugli organi giudiziari anche fuori dai casi in cui si deve superare la mancanza del consenso delle persone al compimento di un atto»; infine, la difesa, diversamente da quanto accade per le indagini difensive *tout court* «perde la possibilità di valutare l'esito probatorio dell'attività svolta».
[136] Cfr. G. BARROCU, *La cooperazione investigativa in ambito europeo*, cit., p. 285.
[137] V. anche *retro* § 5.
[138] V. § precedente.
[139] Cfr. G. BARROCU, *La cooperazione investigativa in ambito europeo*, cit., p. 287.

senso che sarebbe invece possibile qualora vi fosse stato un avvicinamento delle regole in materia di assunzione delle prove, tale da favorire la disponibilità a rinunciare alla porzione di sovranità necessaria per il pieno sviluppo del principio del mutuo riconoscimento, e tale da superare le diffidenze nei confronti delle garanzie difensive[140].

7. L'impugnazione nella procedura attiva

Si è già osservato che l'ordine di indagine europeo è, esso stesso, il provvedimento[141]; rivestendo tale natura, è l'ordine di indagine ad essere oggetto di eventuale impugnazione.

Estremamente limitata è la disciplina dell'impugnazione dell'ordine di indagine: del resto l'art. 14 dir. rinvia alle legislazioni nazionali, precisando, però, che le ragioni di merito possono essere contestate solo dinanzi all'autorità giudiziaria dello Stato di emissione[142].

Nello specifico, l'art. 14 della direttiva stabilisce che, rispetto agli atti di indagine richiesti tramite l'ordine di indagine, gli Stati membri devono assicurare mezzi di impugnazione "equivalenti" a quelli disponibili in un caso interno analogo (par. 1°) così come devono essere uguali i termini per l'impugnazione (par. 4°). Perché tale diritto sia effettivo è necessario che le autorità coinvolte adottino misure adeguate per fornire le opportune e tempestive informazioni su

---

[140] V. in proposito, F.M. GRIFANTINI, *Una questione aperta: le investigazioni difensive alla luce dell'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 301. L'Autore, in particolare, ritiene essenziale, previa una armonizzazione delle regole in materia di assunzione delle prove, una normativa comune o almeno «un nucleo minimo comune e condiviso di regole probatorie volte a disciplinare l'ammissione e la successiva utilizzazione della prova: in particolare, regole di esclusione della prova dal materiale probatorio a disposizione dell'autorità giudiziaria capaci di delineare un modello uniforme di invalidità probatoria», ivi inclusa una disciplina che regoli «gli atti di indagine della difesa all'estero, anche con riferimento ai soggetti che possono compierle». V. anche ID., *Ordine europeo di indagine penale e investigazioni difensive*, cit., p. 8.

[141] Cfr. *Relazione illustrativa*, cit., p. 9. Secondo M. TROGU, sub *art. 28, D.lg. 21.6.2018, n. 108*, cit., p. 1077, osserva che la tesi che ravvisa natura di provvedimento ascritta all'ordine di indagine è suffragata dalla disposizione dell'art. 28 d.lgs. cit.

[142] Sul tema, 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 d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, Giuffrè, 2011, p. 511 s.

quali sono gli strumenti di impugnazione (salvo che ciò pregiudichi la riservatezza dell'indagine[143] (par. 3°).

Quanto all'oggetto dell'impugnazione, la direttiva precisa che le ragioni di merito dell'emissione dell'ordine di indagine possono essere impugnate unicamente tramite un'azione introdotta nello Stato di emissione, fatte salve le garanzie e i diritti fondamentali nello Stato di esecuzione (art. 14, par. 2°). Si aggiunge che non si verifica alcun effetto sospensivo dell'esecuzione dell'atto di indagine, salvo che ciò non accada in casi interni analoghi (par. 6°)[144]. Un'analoga previsione è contenuta nel tessuto codicistico, all'art. 696 *nonies*, comma 4° c.p.p. là dove nell'alveo dei principi generali di cui al Titolo I *bis* del codice "Principi generali del mutuo riconoscimento delle decisioni e dei provvedimenti giudiziarie tra Stati membri dell'Unione Europea", si afferma che l'impugnazione non ha effetto sospensivo, salvo che sia diversamente stabilito.

Si prescrive inoltre che le autorità coinvolte devono reciprocamente informarsi circa i mezzi di impugnazione contro l'emissione, il riconoscimento o l'esecuzione di un ordine (par. 5°) e che lo Stato di emissione tiene in considerazione l'eventuale accoglimento dell'impugnazione (par. 7°). La direttiva invece è carente rispetto alle conseguenze dell'eventuale accoglimento dell'impugnazione, cioè non chiarisce se tale esito determini l'inutilizzabilità o meno dell'atto di indagine, ma si limita a stabilire che «*lo Stato di emissione tiene conto del fatto che il riconoscimento o l'esecuzione di un OEI sono stati impugnati con successo conformemente al proprio diritto nazionale*» (art. 14, par. 7° dir.)[145]. In questa analisi «*fatte salve le norme procedurali nazionali*», gli Stati membri «*assicurano che nei procedimenti penali nello Stato di emissione siano rispettati i diritti della difesa e sia garantito un giusto processo nel valutare le prove acquisite tramite l'OEI*»; in proposito, si è osservato che la

[143] Relativamente a quest'ultimo profilo, si è osservato che il rispetto della riservatezza dell'indagine costituisce un limite alla motivazione del rigetto della richiesta di emissione di un ordine di indagine perché «l'autorità di emissione è tenuta a non disvelare informazioni tali da violare l'obbligo del segreto proprio della fase preliminare del procedimento penale».
[144] Sul punto, v. D. CIMADOMO, *Ordine europeo di indagine penale e garanzie della difesa*, cit., p. 230.
[145] Lo evidenzia D. CIMADOMO, *op. ult. cit.*, p. 230 s.

direttiva sembra limitare tali scrutinii alla fase della valutazione della prova, ignorando quella dell'acquisizione all'estero, del resto, in coerenza con la mancata puntuale previsione di un regime di utilizzabilità delle prove raccolte all'estero (cui fa eccezione solo la disciplina delle intercettazioni)[146]. La direttiva, lo si è già affermato, si dedica esclusivamente all'assicurazione del dato probatorio e non anche all'utilizzabilità del risultato[147].

Coniugando tali precetti si ricava che la volontà del legislatore europeo sia nel senso di limitare le impugnazioni esperibili nello Stato di esecuzione (si riservano, infatti, le ragioni di merito a impugnazioni da azionare nello Stato di emissione) (par. 2°) e, al contempo, di restringere le conseguenze delle impugnazioni stesse, giacché si precisa che l'esecuzione, di regola, non è sospesa (par. 6°); emerge, infine, la volontà di circoscrivere gli effetti dell'impugnazione accolta alla valutazione, secondo la *lex fori*, delle prove acquisite tramite ordine di indagine[148].

Sul piano interno, il legislatore delegato scinde il tema dell'impugnazione in due disposizioni, dedicando l'art. 13 d.lgs. n. 108 del 2017 alla procedura passiva[149] e l'art. 28 d.lgs. cit. alla procedura attiva[150].

Sul fronte della procedura attiva, il mezzo di impugnazione è riservato solo al riesame nei confronti del sequestro probatorio[151]. Deve subito segnalarsi che, a differenza dell'impugnazione nella procedura passiva che riguarda il decreto di riconoscimento dell'ordine e si colloca prima del compimento dell'atto,

---

[146] Abbozza tale prospettiva, D. CIMADOMO, *Ordine europeo di indagine penale e garanzie della difesa*, cit., p. 231.

[147] Tra gli altri, M.M. PISANI, *Problemi di prova penale. La proposta di direttiva sull'Ordine europeo di indagine*, cit., p. 231. V., anche le conclusioni di L. LUPÀRIA, *Note conclusive nell'orizzonte d'attuazione dell'Ordine europeo di indagine*, in T. BENE-L. LUPÀRIA-L. MARAFIOTI (a cura di), *L'ordine europeo di indagine*, cit., p. 250.

[148] Propone tale interpretazione E. LORENZETTO, *L'assetto delle impugnazioni*, in M. DANIELE-R.E. KOSTORIS (a cura di), *L'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 158.

[149] Cfr. E. LORENZETTO, *op. ult. cit.*, p. 159 s.

[150] Sinteticamente, A. MANGIARACINA, *L'acquisizione "europea" della prova cambia volto*, cit., p. 172.

[151] Analogo rimedio è stato individuato dalla giurisprudenza in tema di sequestro probatorio all'estero richiesto mediante rogatoria (cfr. Cass., S.U., 16 aprile 2003, n. 21420, in *Giur. it.*, 2002, p. 128).

all'interno della procedura attiva, l'impugnazione riguarda un atto di esecuzione[152].

Tale stato di cose, del resto, corrisponde al catalogo dei rimedi predisposti dall'ordinamento interno agli atti investigativi o all'assunzione delle prove[153]; è dunque osservata la disposizione della direttiva secondo cui gli Stati membri devono assicurare mezzi di impugnazione «*equivalenti a quelli disponibili in un caso interno analogo*» (art. 14, par. 1°).

Se limitato appare lo spazio riservato all'impugnazione dell'ordine di indagine emesso nello Stato italiano, abbastanza ampia è invece la cerchia soggettiva dei legittimati, tra cui, accanto alla persona sottoposta alle indagini e all'imputato (nonché al difensore), si trovano la persona alla quale la cosa o il bene sono stati sequestrati e quella che avrebbe diritto alla loro restituzione.

L'art. 28 del decreto legislativo, pertanto, richiama espressamente le norme codicistiche che disciplinano il riesame avente ad oggetto il sequestro probatorio (art. 324 c.p.p.)[154].

Ne consegue che il riesame sarà esperibile nel termine di dieci giorni dalla data di esecuzione dell'ordine di indagine (che ha disposto il sequestro probatorio) o dalla data in cui l'interessato abbia avuto conoscenza dell'avvenuto sequestro[155]. Potranno essere proposte tutte le doglianze riferibili ai presupposti

---

[152] Lo sottolinea E. LORENZETTO, *op. ult. cit.*, p. 177.

[153] E. LORENZETTO, *L'assetto delle impugnazioni*, cit., p. 176, fa notare la solitudine dell'unica impugnazione prevista per la procedura attiva a fronte «della pluralità di mezzi che compongono l'arsenale» dei mezzi di impugnazione nella procedura passiva.

[154] Ad avviso di E. LORENZETTO, *L'assetto delle impugnazioni*, cit., p. 177, è da accogliere con favore l'individuazione esplicita del mezzo di impugnazione esperibile e del suo oggetto, così da superare *expressis verbis* le difficoltà «già sperimentate nel sistema delle rogatorie, di ricostruire l'impugnazione per via esegetica».

[155] Cfr. M. TROGU, sub *art. 28*, *D.lg. 21.6.2018, n. 108*, cit., p. 1077 s. Secondo la normativa interna (art. 366 c.p.p.), al difensore deve essere notificato l'avviso di deposito dell'atto di sequestro probatorio. Precisa M. TROGU, sub *art. 28*, cit., p. 1078, che se l'interessato partecipa all'atto, «sarà l'autorità di esecuzione a dovergli consegnare contestualmente copia dell'ordine di indagine in una lingua a lui comprensibile, avvisandolo che può farsi assistere da un difensore e sarà cura dell'autorità italiana procedente chiedere che si provveda a tale adempimento»; se invece manchi tale avviso durante l'esecuzione il deposito ai sensi dell'art. 366 c.p.p. e il relativo avviso «avrà ad oggetto la documentazione e le cose che l'autorità di emissione avrà trasmesso al termine delle operazioni di sequestro». In giurisprudenza si segnala una pronuncia, in tema di rogatorie, più garantista che fa decorrere il termine per proporre il riesame dalla scadenza dei cinque giorni di cui all'art. 366 c.p.p., termine entro il quale l'interessato può esaminare gli atti della rogatoria e estrarne copia (Cass., sez. I, 8 febbraio 1996, n. 770, Crespi, in *C.E.D. Cass*. n. 204095).

della misura, in armonia, del resto, con la previsione della direttiva (art. 14, par. 2°) secondo cui le ragioni di merito «*possono essere impugnate soltanto mediante un'azione introdotta nello Stato di emissione*»; anche i requisiti e il contenuto dell'ordine di indagine, di cui all'art. 30 d.lgs. cit., dovrebbero assumere rilievo[156].

Oltre al rimedio del riesame, si applicano le previsioni di cui agli artt. 322 *bis* e 325 c.p.p. (art. 28, comma 2° d.lgs. cit.).

Quanto alla disposizione che richiama l'appello (art. 322 *bis* c.p.p.) previsto per il sequestro preventivo ed esteso, in forza del richiamo contenuto nell'art. 28 d.lgs. cit., anche all'impugnazione del provvedimento di sequestro probatorio scaturito da un ordine di indagine europeo – rimedio che non è invece previsto dal diritto interno per il decreto di sequestro – si è osservato trattarsi di una novità rispetto, appunto, alla disciplina nazionale. Tale novità, però, si pone astrattamente in contrasto con l'art. 3 Cost. perché a seconda di dove sia eseguito il sequestro probatorio prevede un regime delle impugnazioni diverso. Inoltre, un simile discostamento non è legittimato neppure dalla direttiva (art. 14 dir.) che ha richiesto la predisposizione di rimedi «*equivalenti a quelli disponibili in un caso interno analogo*»[157].

Il richiamo dell'art. 325 c.p.p., invece, non pone particolari problemi di compatibilità con il regime interno perché il ricorso per cassazione è ammesso contro le ordinanze che concludono il giudizio di riesame anche quando quest'ultimo abbia ad oggetto un sequestro probatorio "interno".

8. Le differenze e le persistenti analogie tra le rogatorie attive e l'ordine di indagine emesso dall'autorità giudiziaria italiana

[156] Cfr. E. LORENZETTO, *L'assetto delle impugnazioni*, cit., p. 177 s.
[157] Lo sottolinea, M. TROGU, sub *art. 28*, cit., p. 1078 s. V. anche E. LORENZETTO, *I diritti della difesa*, cit., p. 377 s.

L'analisi del provvedimento ha permesso di gettare luce sul nuovo strumento normativo che, nella volontà del legislatore europeo, voleva rivoluzionare il sistema della cooperazione giudiziaria tra Stati in materia di prove. Si è visto, però, che, in disparte le premesse ideologiche, nei fatti, poco è cambiato[158].

Riepilogando, infatti, si possono confrontare i due sistemi (quello rogatoriale e quello che si basato sull'ordine di indagine) e ripercorrere i punti salienti delle due discipline, denunciandone differenze e analogie.

Quanto all'oggetto della "richiesta" ad uno Stato diverso da quello in cui si celebra il processo, l'utilizzo della rogatoria può essere utilizzato anche per effettuare notifiche e altre attività là dove, invece, l'ordine di indagine attiene esclusivamente alle prove[159].

Tanto dalle rogatorie quanto dall'ordine di indagine sono sostanzialmente escluse le parti private (malgrado uno spunto in tale direzione provenisse dalla direttiva 2014/41/UE, che non ha trovato terreno fertile nel legislatore)[160].

Pure la determinazione di quale sia la legge applicabile per l'assunzione della prova all'estero non è oggetto di una vera e propria rivoluzione. Come è risaputo, per gli atti processuali formati all'estero si applica il principio *locus regit actum*, in virtù del quale occorre osservare la legge del luogo in cui la prova si trova ed è formata. Pure è noto come vi sia la possibilità di accordi ulteriori tra gli Stati coinvolti così da concordare specifiche modalità. Nondimeno, la regola rimane quella della *lex loci*[161]. In proposito, infatti, la Convenzione di Bruxelles – che in parte è stata trasposta nella direttiva concernente l'ordine di indagine europeo – ha stabilito che l'esecuzione della rogatoria debba avvenire nelle

[158] Già si è osservato che secondo alcuni la direttiva è priva di connotati rivoluzionari perché «lo scenario di fondo è sempre quello – di tipo orizzontale e non verticale – per cui ciascuno Stato mantiene il proprio diritto delle prove», giacché è mancata una unificazione o una armonizzazione delle legislazioni (in questi termini, M. DANIELE, *La metamorfosi del diritto delle prove nella direttiva sull'ordine europeo di indagine penale*, in *Dir. pen. cont*., riv. trim., 2015, 4, p. 87. Alcune novità riguardano l'esplicitazione delle clausole di salvaguardia dei diritti fondamtaneli (cfr. artt. 11, par. 1°, lett. *f*; art. 10, par. 3°; art. 14, par. 7°). Altrove la direttiva è poco innovativa perchè ripropone soluzioni già esistenti (riguardo ai determinati atti di indagine).

[159] Cfr. cap. I, § 6 e cap. III, § 2.

[160] *Retro* cap. III, § 4; cap. V, §§ 1 e 5 s.

[161] Discorso a parte vale, invece, per l'utilizzabilità degli atti, cui occorre far riferimento alla *lex fori*.

forme dello Stato richiesto ma osservando, quando possibile, «*le formalità e le procedure espressamente indicate dallo Stato membro richiedente*», a condizione che «*non siano in contrasto con i principi fondamentali del diritto dello Stato membro richiesto*»; lo Stato richiesto, inoltre, deve evadere la richiesta «*il più rapidamente possibile*» con attenzione verso il rispetto «*dei termini procedurali nonché di altri termini indicati dallo Stato membro richiedente*» (art. 4 Conv. Bruxelles)[162]. Non sembra da condividere l'opinione[163] che in questa disciplina vede un "capovolgimento" del principio della *lex loci*, perché vi è solo una attenzione alle esigenze dello Stato richiedente senza sposare, però, il principio della legge del processo.

Quanto al sistema delineato dalla direttiva, viste le premesse ideali che fanno perno sul principio del reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie anche in materia di prove, ci si sarebbe aspettati una netta preferenza per la *lex fori* (come avvenuto per la disciplina della Procura europea)[164]. Nondimeno, in contrasto, come si è detto, con il principio del mutuo riconoscimento che costituisce la premessa ideale dell'iniziativa legislativa, la direttiva ha previsto che nell'esecuzione dell'ordine di indagine si debba far riferimento alla *lex loci*. Un "temperamento", se così si può definire, all'applicazione rigida della *lex loci*, però, viene dalle previsioni che impongono che l'autorità dell'esecuzione debba attenersi alle formalità e alle procedure espressamente indicate dall'autorità richiedente (onde favorire in concreto l'utilizzabilità delle acquisizioni probatorie), salvo il limite del conflitto con i principi fondamentali dello Stato dove la prova viene formata (è il principio della *lex loci* temperata), previsioni, queste, come si è appena visto, già contemplate dalla Convenzione di Bruxelles. In proposito, non può ritenersi una deroga al principio della *lex loci*, la disposizione a mente della quale vi può essere in concreto partecipazione

[162] Cfr. R.G. GRASSIA, *La disciplina delle intercettazioni: l'incidenza della direttiva 2014/41/UE sulla normativa italiana ed europea*, in T. BENE-L. LUPÀRIA-L. MARAFIOTI (a cura di), *L'ordine europeo di indagine*, cit., p. 202.
[163] Opinione espressa da R.G. GRASSIA, *La disciplina delle intercettazioni*, cit., p. 202.
[164] Cfr. cap. II, § 6.

dell'autorità richiedente (nel caso italiano, nella procedura attiva, cfr. art. 29, comma 2° d.lgs. cit.)[165].

Alla discrezionalità politica che accompagna il sistema rogatoriale, invece, fa da contrappunto la previsione di tassativi motivi di rifiuto alla esecuzione della richiesta, la cui tassatività consente di predeterminare – in modo certo e prevedibile – le possibili obiezioni che lo Stato richiesto potrebbe muovere alla richiesta di collaborazione[166].

Certamente le novità più consistenti e, al contempo, i punti di maggiore distacco tra le discipline, riguardano le modalità di trasmissione e di esecuzione della "richiesta": nel sistema rogatoriale tradizionale le procedure erano complesse e i tempi lunghi mentre nel sistema delineato dall'ordine di indagine vi è la trasmissione diretta tra le autorità giudiziarie, con conseguente abolizione del filtro ministeriale[167]; inoltre, la tempistica è predeterminata con previsione di eccezioni comunque da motivare. Un tale assetto è favorito dall'adozione di una modulistica omogenea per tutti gli Stati membri a cui si applica la direttiva 2014/41/UE che favorisce la circolazione perché condensa in un modello *standard* – cui la richiesta deve essere conforme – quei postulati di fiducia reciproca negli ordinamenti degli altri Stati che sono alla base dell'ideale del mutuo riconoscimento[168]. Nel senso di una maggiore celerità[169], della riduzione – fino alla scomparsa – del sindacato sulle decisioni giudiziarie altrui di cui è chiesta l'esecuzione[170] e della trasmissione diretta tra le autorità giudiziarie[171], però, si vedano anche le coeve disposizioni introdotte nel codice di rito relative all'attuazione del principio del mutuo riconoscimento (Titolo I *bis* – "Principi

[165] Cfr. cap. III, §§ 4 e 5 e cap. V, § 3.
[166] Cfr. cap. III, § 6 e cap. IV, § 5.
[167] Sui tratti generali cfr. cap. II, § 3.
[168] Cfr. cap. III, § 4, cap. IV, § 4 e cap. V, § 2.
[169] Art. 696 *octies* c.p.p.
[170] Art. 696 *quinquies* c.p.p.
[171] Art. 696 *quater* c.p.p.

generali del mutuo riconoscimento delle decisioni e dei provvedimenti giudiziari tra stati membri dell'Unione Europea")[172].

Un discorso a parte meritano, invece, le novità: disciplinati in vario modo determinati atti di indagine che trovano la propria regolamentazione nelle convenzioni (cfr. MAP), la coincidenza temporale con cui tale Convenzione è stata ratificata, come già messo in evidenza, con i tempi della direttiva 2014/41/UE e del decreto attuativo, consente di rilevare una coincidenza anche contenutistica[173]. Invero il codice di rito, come riformato appunto recependo i contenuti della Convenzione di Bruxelles del 2000, è in larga parte sovrapponibile alla disciplina di quei "determinati atti di indagine" regolati *ad hoc* all'interno della normativa sull'ordine di indagine europeo. E non poteva essere molto diverso, poiché, come si vedrà, anche la disciplina dell'ordine di indagine recepisce gli stessi contenuti dalla medesima fonte convenzionale[174].

[172] In argomento, v. M.R. MARCHETTI, *Progetti di riforma sulla cooperazione internazionale*, in *Treccani. Il libro dell'anno del diritto*, 2017, p. 678.
[173] B. GALGANI, *D.lg. 5.4.2017, n. 52 – 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 A. MARANDOLA (a cura di), *Cooperazione*, cit., p. 459 s.
[174] Cfr. cap. I, §§ 9 e 10 e cap. VI.

Capitolo sesto

LA PROCEDURA PER PARTICOLARI ATTI DI INDAGINE

1. I "primi passi" per una tendenziale armonizzazione delle regole probatorie: la disciplina dei particolari atti di indagine
2. La prova dichiarativa resta centrale: il trasferimento temporaneo di persone detenute
3. (*Segue*) L'audizione mediante videoconferenza o altra trasmissione audiovisiva
4. Le informazioni relative a conti e operazioni bancarie e finanziarie
5. Le operazioni sotto copertura
6. Le intercettazioni di comunicazioni

1. I "primi passi" per una tendenziale armonizzazione delle regole probatorie: la disciplina dei particolari atti di indagine

Si è detto che l'ordine di indagine europeo costituisce uno strumento che nasce con la volontà di essere omnicomprensivo e omnisostitutivo, tuttavia all'idea primigenia non corrisponde il prodotto finale: una prima esclusione è – come visto – quella relativa alle squadre investigative comuni (perché l'ordine di indagine non è utilizzabile né per la loro istituzione né per l'acquisizione di prove nell'ambito di tale attività)[1].

Fuori dal perimetro di applicazione del nuovo strumento restano anche le osservazioni transfrontaliere *ex* art. 40 della Convenzione 19 giugno 1990 di applicazione dell'Accordo di Schengen[2] e i sequestri finalizzati alla confisca e i provvedimenti di confisca[3].

[1] Cap. II, § 5. Cfr. anche *Considerando* n. 8 e art. 3 dir. In questo senso, v. anche C. MARINELLI, *Le intercettazioni di comunicazioni*, in 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*, Giappichelli, 2018, p. 230.
[2] Cfr. *Considerando* n. 9 dir.
[3] Questi ultimi sono disciplinati dal Regolamento UE del 14 novembre 2018 n. 1805 (in argomento, v. A.M. MAUGERI, *Il Regolamento (UE) 2018/1805 per il reciproco riconoscimento dei provvedimenti di congelamento e di confisca: una pietra angolare per la cooperazione e l'efficienza*, in *Dir. pen. cont.*, 2019, 1, p. 29 s.).

Invece, per specifici e determinati atti di indagine[4], contemplati all'interno della direttiva sull'ordine di indagine europeo ma ritenuti meritevoli di trattazione unitaria da parte degli Stati membri dell'Unione[5], è stata adottata una prospettiva di armonizzazione, seppure minima[6]. Norme queste di contenuto

[4] Tra i molti, G. DE AMICIS, *Dalle rogatorie all'ordine europeo di indagine: verso un nuovo diritto della cooperazione giudiziaria penale,* in *Cass. pen.*, 2018, p. 26; S. MONTALDO, *La scadenza del termine di recepimento della direttiva 2014/41/UE sull'ordine europeo di indagine penale e la sostituzione delle "disposizioni corrispondenti" della convenzione di assistenza giudiziaria 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. 28.

[5] Rileva G. BARROCU, *La cooperazione investigativa in ambito europeo. Da Eurojust all'ordine di indagine*, Cedam, 2017, p. 241, che gli specifici atti di indagine sono stati «scelti per la frequenza del ricorso agli stessi o per le peculiarità proprie dell'attività, anche in termini di garanzie individuali coinvolte». Sotto diversa prospettiva, F. RUGGIERI, *Le nuove frontiere dell'assistenza penale internazionale: l'ordine europeo di indagine penale*, in *Proc. pen. giust*., 2018, 1, p. 140, sottolinea l'eterogeneità di tali atti «privi di un reale comune denominatore» ma accomunati dalla volontà di «promuovere l'armonizzazione del fenomeno probatorio ed a favorire la circolazione della prova». Nel senso dell'assenza di un minimo comune denominatore, anche M. PANZAVOLTA, *Ordine di indagine europeo e indagini bancarie: spunti di riflessione sul concetto di caso interno analogo e atto di indagine alternativo*, in M. CAIANIELLO-A. DI PIETRO (a cura di), *Indagini penali e amministrative e doganali*, Cacucci, 2016, p. 368: l'Autore prova a individuare un *fil rouge* tra questi atti rappresentato dalla connotazione di «coercitività/intrusività», in contrapposizione con la lista degli atti indicati nell'art. 10, par. 2° dir. (v. cap. III, § 4). Secondo l'Autore, però, a tale nota di coercitività/intrusività sfugge la videoconferenza, inserita probabilmente nei "determinati atti" di cui al capo IV della direttiva, a causa del carattere tecnologico, mentre il capo V della direttiva riguarda in modo esclusivo il mezzo di ricerca della prova intrusivo per eccellenza, ovvero le intercettazioni. Sempre M. PANZAVOLTA, *Le indagini bancarie*, in M. DANIELE-R.E. KOSTORIS (a cura di), *L'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 312, oltre a ribadire il contenuto eterogeneo di tali atti contenuti nel capo IV del decreto legislativo, riconduce al *Considerando* n. 24 della direttiva la ragione della "segregazione" di tali atti rispetto alla procedura ordinaria; il *Considerando* citato, infatti, prevede che per determinati atti di indagine siano «necessarie disposizioni supplementari che dovrebbero essere fornite dall'OEI».

[6] Osserva 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 d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, Giuffrè, 2011, p. 511, che già nel previgente sistema normativo tale tipologia di misure investigative era stata disciplinata *ad hoc* e la direttiva 2014/41/UE, da questo punto di vista, non fa che riproporre sostanzialmente la disciplina contenuta della Convenzione di Bruxelles del 29 maggio 2000 e nel relativo Protocollo del 16 ottobre 2001. Anche secondo M.R. MARCHETTI, *Oltre le rogatorie*, in EAD. (a cura di), *I nuovi orizzonti della giustizia penale europea*, Giuffrè, 2015, p. 220 s., la disciplina è sostanzialmente mutuata dalla Convenzione MAP e dal relativo protocollo del 2001. In questo senso si veda anche F. SIRACUSANO, *Tra semplificazione e ibridismo: insidie e aporie dell'Ordine europeo di indagine penale,* in *Arch. pen*., 2017, 3, p. 13, che utilizza il termine "riciclo" per descrivere l'operazione di sostituzione di strumenti normativi "sostituiti" dall'ordine di indagine. A. MANGIARACINA, *L'acquisizione "europea" della prova cambia volto: l'Italia attua la Direttiva relativa all'ordine europeo di indagine penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, p. 174, sottolinea la sottrazione, per tale via, di tali atti alla disciplina prevista dalla Convenzione di Bruxelles del 2000 e dal relativo Protocollo, provvedimenti informati al canone dell'assistenza giudiziaria. Sotto ulteriore punto di vista, R. DEL COCO, *Circolazione della prova e poteri sanzionatori del giudice*, in T. BENE-L. LUPÀRIA-L. MARAFIOTI (a cura di), *L'ordine europeo di indagine. Criticità e prospettive*, Giappichelli, 2016, p. 175, stigmatizza la perdurante lontananza da un sistema di reciproca ammissione delle prove.

sufficientemente preciso che, in assenza del recepimento entro i termini, sarebbero comunque destinate ad essere applicate direttamente[7].

Tali atti sono il trasferimento temporaneo di persone detenute nello Stato di esecuzione o di emissione, l'audizione mediante videoconferenza o altra trasmissione audiovisiva o mediante teleconferenza, l'acquisizione di informazioni e documenti presso banche e istituti finanziari, le operazioni sotto copertura, le intercettazioni di telecomunicazioni, atti che possono essere raggruppati secondo due macrocategorie[8]: da un lato, atti che consentono – all'autorità interessata all'assunzione di dichiarazioni di persone che si trovano all'estero – di compiere l'atto secondo la propria *lex fori* mediante il trasferimento temporaneo nel proprio Stato o attraverso forme di ascolto "a distanza"; dall'altro, atti che – a causa delle intrinseche caratteristiche tecniche – sono particolarmente invasivi dei diritti fondamentali della persona e che, dunque, richiedono interventi e controlli, di tipo tecnologico e giuridico, da parte di più ordinamenti[9].

Sta di fatto che le regole particolari per tali tipi di atti, da un punto di vista sistematico, disegnano un tentativo di armonizzazione normativa[10] e al contempo sottolineano ulteriormente come la normativa sull'ordine di indagine europeo, al di là di quanto proclamato, non accolga un modello puro di mutuo riconoscimento[11].

---

[7] In realtà, si è visto (cap. III, § 1) come tutti gli Stati membri abbiano dato attuazione alla direttiva entro i termini. La notazione, dunque, è solo per indicare il carattere "sufficientemente" preciso delle disposizioni che non hanno richiesto un particolare adeguamento da parte degli Stati membri in sede di recepimento della direttiva.

[8] La classificazione è di F. RUGGIERI, *Le nuove frontiere dell'assistenza penale internazionale*, cit., p. 140.

[9] Anche M.R. MARCHETTI, *Rapporti giurisdizionali con autorità straniere*, in G. CONSO-V. GREVI-M. BARGIS (a cura di), *Compendio di procedura penale*, 9ª ed., Cedam, 2018, p. 1147, valorizza come tali attività non implichino la diretta partecipazione di determinati soggetti.

[10] Come auspicato da varie iniziative europee, tra cui, in materia di prove, il Libro verde (*retro* cap. II, § 4).

[11] Al riguardo v. cap. III, § 3, nonché R.E. KOSTORIS, *L'attuazione in Italia dell'ordine europeo di indagine penale*, in ID., *Processo penale e paradigmi europei*, Giappichelli, 2018, p. 125.

2. La centralità della prova dichiarativa: il trasferimento temporaneo di persone detenute

Confrontando le evoluzioni interne (di natura sussidiaria e residuale a norma dell'art. 696 c.p.p.) e la normativa europea, va richiamato l'art. 729 *ter* c.p.p.[12] ("Trasferimento temporaneo in Italia di persone detenute") il quale prevede che l'autorità giudiziaria possa chiedere il trasferimento temporaneo nel territorio italiano di persona detenuta in altro Stato, al fine del compimento di un atto di indagine o per l'assunzione di una prova[13].

Insieme alle audizioni mediante videoconferenza[14], lo strumento del trasferimento temporaneo di persone detenute costituisce una modalità particolare di acquisizione delle prove c.d. dichiarative[15].

Le modalità del trasferimento e il termine entro cui la persona detenuta deve fare rientro nello Stato richiesto sono concordate tra le autorità, non senza trascurare le condizioni di salute fisica e mentale della persona interessata, nonché il livello di sicurezza indicato dall'autorità dello Stato richiesto. La persona trasferita rimane in stato di detenzione sul territorio nazionale, salvo che l'autorità straniera non ne chieda la liberazione. Quando il trasferimento temporaneo è condizionato al fatto che la persona trasferita non possa essere «*perseguita, detenuta o sottoposta a qualsiasi altra restrizione della libertà personale nello Stato italiano per fatti commessi o condanne pronunciate prima del suo temporaneo trasferimento*», l'immunità cessa qualora il testimone, il perito o l'imputato, avendone avuta la possibilità, non abbia lasciato il territorio dello Stato trascorsi quindici giorni dal momento in cui la sua presenza non è più

[12] L'articolo è stato inserito dall'art. 7 comma 1° lett. *d* d.lgs. 3 ottobre 2017, n. 149; in dottrina, v. F. LEOPIZZI, *La nuova disciplina dei rapporti giurisdizionali con autorità straniere*, in *Il Penalista*, 19 ottobre 2017; F. RUGGIERI, *Il libro XI del codice di rito. Guida minima*, in *Cass. pen.*, 2018, p. 1775.
[13] Più diffusamente, *retro* cap. I, § 9.
[14] V. § successivo.
[15] C. PONTI, *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 *Leg. pen. on line*, 2 ottobre 2017, p. 24.

richiesta dall'autorità giudiziaria ovvero, avendolo lasciato, vi abbia fatto volontariamente ritorno.

Sul fronte regionale, la direttiva 2014/41/UE sull'ordine di indagine europeo contempla il trasferimento temporaneo di persone nel capo IV dir., agli artt. 22 ("Trasferimento temporaneo nello Stato di emissione di persone detenute ai fini di un atto d'indagine") e 23 ("Trasferimento temporaneo nello Stato di esecuzione di persone detenute ai fini di del compimento di un atto di indagine"). Il decreto di recepimento, invece, come si è già osservato per la procedura "ordinaria", scinde la disciplina a seconda che si tratti di procedura passiva e di procedura attiva: qui interessa la procedura attiva che riguarda gli artt. 37 e 38 d.lgs. 21 giugno 2017, n. 108 e, l'art. 16, previsto per la procedura passiva e nondimeno richiamato perché contenente disposizioni compatibili[16]. Nel provvedimento europeo, però, non si rinvengono specifiche norme comuni riguardo alle modalità di esecuzione dei trasferimenti dei detenuti e sul trattamento da assicurare loro, specie sotto il profilo delle garanzie difensive e della tutela dei diritti fondamentali (questi ultimi, in realtà, sono richiamati dall'art. 1, par. 4° dir., che afferma «*la direttiva non ha l'effetto di modificare l'obbligo di rispettare i diritti fondamentali e i principi giuridici sanciti dall'art. 6 del Trattato sull'Unione europea e lascia impregiudicati gli obblighi spettanti, in materia, alle autorità giudiziarie*»)[17].

Stando al dettato normativo, al fine di ottenere la comparizione di una persona detenuta[18] in un altro Stato membro, comparizione finalizzata al

[16] Per una sintesi, v. M.R. MARCHETTI, *Rapporti giurisdizionali con autorità straniere*, cit., p. 1145. V. anche 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, p. 4206; A. MANGIARACINA, *L'acquisizione "europea" della prova cambia volto*, cit., p. 174. Da ultimo, v. anche 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*, Cedam, 2019, p. 499 s.

[17] Lo sottolinea F. FIORENTIN, *I trasferimenti dei detenuti*, in M. DANIELE-R.E. KOSTORIS (a cura di), *L'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 282.

[18] F. FIORENTIN, *op. ult. cit.*, p. 307, precisa che soggetto passivo della procedura potrà essere il detenuto a titolo cautelare e il detenuto in espiazione della pena mentre risolve negativamente il dubbio se possa trasferirsi il soggetto internato in esecuzione di misura di sicurezza o il destinatario di sanzione sostitutiva o di misura alternativa alla detenzione. A sostegno della soluzione negativa, l'Autore indica tanto la dizione letterale della disposizione quanto l'esigenza di garanzia sottesa all'espressione «situazioni soggettive nei cui confronti rilevano esigenze peculiari (gli internati) ovvero… soggetti che possono

compimento di un atto che richieda la sua presenza, le autorità legittimate ad emettere un ordine di indagine, possono chiedere il trasferimento temporaneo nello Stato italiano di persona detenuta in altro Stato membro (art. 37 d.lgs. cit.) o in altro Stato membro di persona detenuta nello Stato italiano (art. 38 d.lgs. cit.). Se nell'ipotesi del trasferimento in Italia, è intuibile a cosa sia preordinato lo spostamento della persona (compimento di un qualsiasi atto nel territorio che richieda la sua presenza fisica), nell'ipotesi del trasferimento all'estero di persona (già) detenuta in Italia, si può pensare al caso in cui il trasferimento oltre i confini statuali si renda necessario per il compimento di un'attività di individuazione o di ricognizione di luoghi (appunto, fuori dai confini) rilevante ai fini di un procedimento interno[19].

Per sostenere la necessità di acquisire la testimonianza di una persona che si trovi in stato di detenzione in uno Stato diverso, lo Stato cui occorre ascoltare il soggetto o che voglia compiere un altro atto che richieda la presenza della persona detenuta, può chiederne il trasferimento temporaneo nel proprio territorio ai fini dell'assunzione della prova. Condizione preliminare è che il soggetto si trovi, al momento della richiesta, già in stato di detenzione presso lo Stato di esecuzione; deve, pertanto, escludersi che si possa utilizzare la disciplina prevista per l'emissione di provvedimenti limitativi della libertà personale (semmai dovrà – sussistendone i requisiti – essere utilizzato lo strumento di assistenza giudiziaria offerto dalla normativa in materia di m.a.e. o di estradizione)[20].

Il procuratore della Repubblica dovrà concordare con l'autorità emittente le modalità di trasferimento e indicare il termine entro il quale la persona dovrà essere riconsegnata, il tutto rispettando i termini massimi di custodia cautelare o il termine di cessazione dell'esecuzione della pena (art. 37, comma 1° d.lgs. cit.). Si applica la disposizione prevista per la procedura passiva (art. 17, comma 2°

essere compulsati come strumenti meno incisivi ("principio del minimo sacrificio necessario"), quali i sottoposti a misure alternative o sostitutive della pena detentiva».

[19] Così, la *Circolare ministeriale in tema di attuazione della direttiva 2014/41/UE relativa all'ordine europeo di indagine penale del 26 ottobre 2017*, in *Dir. pen. cont.*, 7 novembre 2017, p. 50.

[20] G. BARROCU, *La cooperazione investigativa in ambito europeo*, cit., p. 241.

d.lgs. cit.) secondo cui «*il procuratore della Repubblica dispone che la persona temporaneamente trasferita sia custodita, per la durata del trasferimento temporaneo, nella casa circondariale del luogo di compimento dell'atto di indagine o di prova. Le spese di mantenimento sono a carico dello Stato*»[21].

Recependo il principio di specialità (e le sue eccezioni) dalla disciplina internazionale consuetudinaria, il decreto chiarisce che la persona «*che è trasferita in Italia non può essere sottoposta a restrizione della libertà personale in esecuzione di una pena o di una misura di sicurezza né assoggettata ad altre misure restrittive della libertà personale per un fatto anteriore e diverso da quello per il quale il trasferimento temporaneo è stato disposto*» (art. 37, comma 3° d.lgs. cit.)[22]. Infine, secondo la logica già nota, si prevede che detta immunità cessi «*qualora la persona detenuta temporaneamente trasferita, avendone la possibilità non ha lasciato il territorio nazionale trascorsi quindici giorni dal momento in cui la sua presenza non è più richiesta ovvero, avendolo lasciato, vi ha fatto volontariamente ritorno*» (art. 37, comma 4° d.lgs. cit.)[23].

Quanto al trasferimento, richiesto dallo Stato italiano, di persona detenuta in Italia (quindi già presente sul territorio dello Stato di emissione) in altro Stato membro, l'art. 38 d.lgs. cit. rinvia alle disposizioni (art. 16 d.lgs. cit.), previste per la procedura passiva, in quanto compatibili (tali sono quelle che riguardano la necessità del consenso informato, le modalità di acquisizione e documentazione dello stesso; l'imputazione del periodo di detenzione all'estero ai fini dei termini di custodia e di esecuzione della pena; il principio di specialità e le sue eccezioni)[24].

---

[21] G. BARROCU, *op. ult. cit*., p. 277. V. anche M. TROGU, sub *art. 17, D.lg. 21.6.2018, n. 108*, in A. MARANDOLA (a cura di), *Cooperazione giudiziaria penale*, Giuffrè, 2018, p. 1057.

[22] L'immunità in discorso (c.d. salvacondotto) «trova il suo fondamento nel diritto internazionale consuetudinario» sicché «l'esercizio del potere coercitivo da parte dello Stato (mediante sottoposizione a restrizioni della libertà personale in violazione della regola generale) sarebbe illegittimo per carenza di giurisdizione»; in questi termini M. TROGU, sub *art. 17*, cit., p. 1058. Secondo F. FIORENTIN, *I trasferimenti dei detenuti*, cit., p. 308, il tenore della disposizione sembra escludere «l'ipotesi di applicazione di misura di sicurezza detentiva derivante dalla declaratoria di delinquenza abituale (art. 103 c.p.), dal momento che tale misura non origina da un "fatto" bensì riposa su una complessa valutazione volta all'accertamento dei presupposti normativi iscritti nella evocata norma penale».

[23] Cfr. M. TROGU, sub *art. 37, D.lg. 21.6.2018, n. 108*, cit., p. 1091.

[24] Così, la *Circolare ministeriale*, cit., p. 50.

Innanzitutto, dunque, secondo il decreto di recepimento costituisce requisito obbligatorio il consenso della persona da trasferire[25] se il detenuto si trovi in Italia: ai fini di validità, il consenso – atto personalissimo dell'interessato – deve essere prestato per iscritto dopo aver dato all'interessato il diritto di conferire con il proprio difensore[26]. A differenza della normativa in tema di mandato di arresto europeo[27] che prevede l'irrevocabilità del consenso, il provvedimento in analisi non menziona la possibilità o meno di revocare il consenso[28].

A norma dell'art. 16 cit., poi, sarà necessario ottenere il nulla osta dell'autorità giurisdizionale – individuata sulla base dei criteri di cui all'art. 279 c.p.p. ovvero del magistrato di sorveglianza[29] – che dovrà previamente valutare l'età della persona e le sue condizioni fisiche e mentali, valutazione finalizzata a preservarne salute e dignità[30] (in tal senso dispone altresì la normativa codicistica, art. 729 *ter*, comma 2° c.p.p.).

Inoltre, in forza del richiamo espresso, la persona detenuta in Italia e temporaneamente trasferita ha diritto al conteggio della parte di pena espiata o del tempo trascorso in custodia cautelare nello Stato nel quale è stata trasferita (c.d. calcolo del presofferto) (art. 16, comma 5° d.lgs. cit.).

---

[25] In armonia con tale previsione si precisa che non può essere prolungato il periodo di detenzione, cfr., G. BARROCU, *La cooperazione investigativa in ambito europeo*, cit., p. 241.

[26] In questi termini, M. TROGU, sub *art. 16, D.lg. 21.6.2018, n. 108*, cit., p. 1055; in proposito l'Autore avverte che aver previsto «la mera possibilità di conferire con il difensore e non l'obbligo di previo incontro (o quantomeno di fissazione del medesimo)… lascia aperta la strada a potenziali abusi da parte delle autorità» perché «sarà sufficiente dare atto a verbale che il soggetto interessato non ha inteso conferire con il difensore per ritenere assolto l'onere imposto dalla legge». V. anche F. FIORENTIN, *I trasferimenti dei detenuti*, cit., p. 293 s.

[27] Cfr. art. 14 legge 22 aprile 2005, n. 69.

[28] Lo evidenzia F. FIORENTIN, *op. ult. cit.*, p. 295.

[29] Ad avviso di F. FIORENTIN, *op. ult. cit.*, p. 296, «la distribuzione di competenza tiene conto del criterio fondato su ragioni afferenti alla acquisizione delle prove, piuttosto che all'esigenza di tutela dei diritti fondamentali delle persone interessate all'esecuzione dell'ordine di indagine»: infatti, fino alla sentenza definitiva, a rilasciare il nulla osta provvede il giudice che ha la gestione del processo mentre solo con la irrevocabilità del titolo esecutivo fa la sua comparsa il magistrato di sorveglianza. L'Autore segnala in proposito che «tale assetto si pone in termini eccentrici rispetto alle previsioni contenute nella legge di ordinamento penitenziario… che, in conformità al ruolo di garanzia per i diritti dei detenuti e degli internati sancito in capo alla magistratura di sorveglianza con riguardo sia agli imputati che ai condannati definitivi… ne prevedono l'intervento fin dalla pronuncia della sentenza di primo grado, in rapporto a fattispecie in cui vi è una particolare esposizione a rischi di incisione di situazioni soggettive afferenti a diritti fondamentali».

[30] Secondo M. TROGU, *ult. op. cit*., p. 1056, tale valutazione costituisce un'applicazione del principio di proporzionalità (in generale, sul ruolo del principio nella disciplina dell'ordine di indagine, v. cap. IV, § 4).

Infine, al pari di quanto dispone il codice di rito (art. 729 *ter*, comma 5° c.p.p.), la persona trasferita beneficia di un'immunità nel periodo di trasferimento (il c.d. salvacondotto): ancora una volta viene in gioco il principio di specialità, con l'effetto che il soggetto non potrà essere sottoposto a procedimenti per fatti diversi rispetto a quelli per i quali è in atto il trasferimento o per condanne pronunciate prima del trasferimento. L'immunità cessa se la persona trasferita, pur avendo avuto la possibilità di lasciare il territorio dello Stato per quindici giorni consecutivi dalla data in cui la sua presenza non era più richiesta, sia rimasta comunque nel territorio o vi abbia comunque fatto ritorno dopo averlo lasciato (art. 16, comma 6° d.lgs. cit.).

Una deroga alla regola generale in materia di spese è, invece, quella che prevede che le spese per entrambe le tipologie di trasferimento siano poste a carico dello Stato interessato al trasferimento e non di quello dell'esecuzione[31].

Nota comune al procedimento "ordinario" (di cui al capitolo precedente) è la giurisdizionalizzazione della procedura, in cui non gioca alcun ruolo il filtro politico.

Ciò premesso dal punto di vista procedurale, riallacciandosi alla censura elevata dalla dottrina al provvedimento nella parte in cui sembra dimenticarsi di specificare le garanzie per il soggetto detenuto da trasferire, anche riguardo a tale procedimento – che assume connotati di specialità rispetto a quello ordinario – viene richiamato, quale "bussola" per l'interprete, il generale principio di proporzionalità sia da parte dell'autorità di emissione che di quella di esecuzione[32]. Alla luce di tale principio dovrebbe operarsi il bilanciamento tra le esigenze probatorie e i diritti fondamentali della persona detenuta e provvisoriamente trasferita[33].

Sotto altro profilo si è stigmatizzata la fragilità delle garanzie difensive in capo alla persona detenuta e trasferita all'estero, a causa delle difficoltà di natura

[31] Lo sottolinea M. TROGU, sub *art. 37*, cit., p. 1092.
[32] F. FIORENTIN, *I trasferimenti dei detenuti*, cit., p. 282 s. Rileva M. DANIELE, *L'impatto dell'ordine europeo di indagine penale sulle regole probatorie nazionali*, in *Dir. pen. cont*., 28 dicembre 2016, p. 20, che il principio è cogente in forza dell'art. 52, par. 1° della Carta di Nizza.
[33] In generale sul principio di proporzionalità si rinvia al cap. IV, § 4.

pratica e logistica ma anche della possibilità che l'ordinamento dello Stato estero dove la persona è temporaneamente trasferita non assicuri all'interessato un livello di accesso ai contatti con il difensore paragonabile a quello interno e, più in generale, si deve valutare se, a causa del temporaneo trasferimento del detenuto, le garanzie di trattamento penitenziario di cui gode nel nostro Paese non subiscano un grave pregiudizio a causa del trasferimento[34].

3. (*Segue*) l'audizione mediante videoconferenza o altra trasmissione audiovisiva

Tanto la direttiva (artt. 24 e 25 dir.) che il decreto attuativo (art. 39 d.lgs. cit.), dedicando attenzione alle prove assunte tramite le nuove tecnologie, allineano la disciplina del processo penale a quei cambiamenti che hanno trasformato il concetto di spazio e quello di tempo[35]. D'altra parte si tratta di strumenti che consentono in astratto un risparmio economico per i costi di "traduzione"[36], risparmio che, però, non dovrebbe – in una estrema logica efficientista – finire per pregiudicare le garanzie processuali, ledendole o indebolendole[37].

[34] Cfr. sempre F. FIORENTIN, *I trasferimenti dei detenuti*, cit., p. 287 s. Più diffusamente, in merito alle garanzie difensive di cui alla normativa sull'ordine di indagine, v. cap. V, § 4 s.

[35] Lo evidenzia G. BARROCU, *La cooperazione investigativa in ambito europeo*, cit., p. 245, che, tuttavia, non è acritico rispetto all'utilizzo di tali strumenti tecnologici che «non sempre soddisfano appieno le regole di acquisizione, con specifico riguardo alle garanzie individuali, alla qualità e alla genuinità dell'accertamento».

[36] G. BARROCU, *La cooperazione investigativa in ambito europeo*, cit., p. 281. V. anche S. BUZZELLI, *Le videoconferenze transnazionali*, in *Proc. pen. giust*., 2017, 2, p. 332 s., che osserva come, in generale, il fenomeno della delocalizzazione abbia «origini economiche e connotati specifici (il vantaggioso spostamento di una o più fasi produttive, in luoghi diversi da quello d'origine ha lo scopo di incrementare la competitività)», nondimeno raro è l'impiego del sostantivo in ambito penale. L'Autrice aggiunge che «ricondotta all'area probatoria, la delocalizzazione potrebbe indicare un fenomeno preciso, e cioè il trasferimento, nel luogo migliore, della prova da assumere; migliore, nel senso di "su misura" del soggetto dichiarante (dove è opportuno/possibile ascoltarlo o soltanto dove risulta localizzato), attenendosi… alla *lex fori*».

[37] Lo raccomanda espressamente S. BUZZELLI, *op. ult. cit.*, p. 334.

Un analogo spazio è riservato dalla legislazione interna di matrice codicistica all'assunzione di prove testimoniali mediante strumenti tecnologici[38].

Si è già visto[39] che la videoconferenza consente l'immediata e reciproca visibilità fra persone che si trovano in luoghi distinti[40] e che, nell'ambito del processo penale, la videoconferenza è utilizzata tanto per assumere una testimonianza (o altro atto che richieda la "presenza" della persona che lo compie)[41] tanto per consentire la partecipazione dell'imputato[42].

La peculiare tipologia di videoconferenza a carattere transnazionale[43] è prevista dalla Convenzione MAP del 29 maggio 2000 (ratificata con legge n. 149 del 2016) (artt. 10 e 11)[44]. In disparte la tardiva ratifica della Convenzione di cui si è ampiamente riferito, l'istituto della videoconferenza transnazionale è stato comunque sperimentato tra alcuni Paesi europei sulla base di intese *ad hoc*,

---

[38] Per un quadro, M. DANIELE, *La formazione digitale delle prove dichiarative. L'esame a distanza tra regole interne e diritto sovranazionale*, Giappichelli, 2012. V. anche M. CHIAVARIO (a cura di), *Nuove tecnologie e processo penale. Giustizia e scienza: saperi diversi a confronto*, Giappichelli, 2006, p. 90 s.

[39] *Retro*, cap. I, § 10.

[40] S. BUZZELLI, *Le videoconferenze transnazionali*, cit., p. 326; EAD., *Videoconferenze*, in AA.VV., *Investigazioni e prove transnazionali*, Giuffrè, 2017, p. 215 s.

[41] In dottrina, v. A. CIAMPI, *Assunzione di prove penali all'estero in materia penale*, Cedam, 2003, p. 303; M.R. MARCHETTI, *L'assistenza giudiziaria internazionale*, Giuffrè, 2005, p. 215 s.; Z. SECCHI, *Classificazione delle rogatorie e individuazione degli atti rogabili*, in G. LA GRECA-M.R. MARCHETTI (a cura di), *Rogatorie penali e cooperazione giudiziaria internazionale*, Giappichelli, 2003, p. 199 s.

[42] Per una descrizione che mette in luce il progressivo affermarsi dell'istituto della videoconferenza, le ragioni e gli iniziali timori, v. D. MANZIONE, *Principi e prassi nel "vissuto" della videoconferenza*, in M. CHIAVARIO (a cura di), *Nuove tecnologie e processo penale*, cit., p. 109 s. Circa le novità legislative con riferimento alla videoconferenza dell'imputato, v. A. DIDDI, *Videoconferenze e partecipazione dell'imputato al dibattimento*, in *Dir. pen. proc*., 2018, p. 458 s.; F.R. MITTICA, *Novità sulla videoconferenza nel processo penale*, in *Proc. pen. giust*., 2018, p. 945 s.

[43] Cfr. M. DANIELE, *La formazione digitale delle prove dichiarative*, cit., p. 137, che elenca le alternative disposizioni che regolano l'esame a distanza transnazionale: l'art. 147 *bis* disp. att. c.p.p., al 5° comma, prevede l'utilizzo dello strumento «quando vi siano gravi difficoltà ad assicurare la comparazione della persona da sottoporre ad esame», e ricomprende l'eventualità che il dichiarante si trovi all'estero; l'art. 205 *ter* disp. att. c.p.p. che rinvia agli accordi internazionali; gli artt. 146 *bis* e 147 *bis* che si applicano in quanto compatibili; le Convenzioni internazionali.

[44] Cfr. B. PIATTOLI, *Cooperazione giudiziaria e pubblico ministero europeo*, Giuffrè, 2002, p. 175; v. anche S. D'ARIENZO, *Profili internazionalistici della "videoconferenza"*, in M. CHIAVARIO (a cura di), *Nuove tecnologie e processo penale*, cit., p. 121 s., che, in particolare, si sofferma sulle nozioni di "inopportunità" e di "impossibilità" della presenza fisica del dichiarante. Con la prima accezione si fa riferimento, ad esempio, alla "particolare complessità del dibattimento", di cui all'art. 146 *bis*, lett. *b* disp. att. c.p.p. (elevato numero di imputati e di imputazioni, numero elevato di prove dedotte), dove l'inopportunità risiede della difficile acquisizione delle prove e nell'organizzazione del dibattimento; altresì, inopportunità può attingere al fatto che il soggetto da ascoltare nel territorio dello Stato richiesto può essere parte, a qualsiasi titolo, in un altro procedimento oppure sussiste il pericolo di fuga in caso di trasferimento. Il concetto di impossibilità, invece, rinvia ai problemi di incolumità e, dunque, per evitare situazioni intimidatorie a causa del trasferimento della persona dichiarante. Da ultimo, v. R. PICCIRILLO, *Il trasferimento temporaneo di soggetti detenuti*, cit., p. 511 s.

trovando così un'applicazione anticipata (ed autonoma) rispetto alla tardiva ratifica della Convenzione da parte degli Stati membri dell'Unione che vi avevano aderito. Anche sul piano interno il legislatore si è mosso in modo autonomo: infatti, in attesa della lenta ratifica della Convenzione, l'art. 16 della legge 5 ottobre 2001, n. 367 ha introdotto, all'interno delle disposizioni di attuazione al codice di procedura, l'art. 205 *ter* c.p.p. ("Partecipazione al processo a distanza per l'imputato detenuto all'estero") che subordina la videoconferenza all'esistenza di accordi internazionali[45].

Va ribadito che l'istituto costituisce un punto di sintesi tra le istanze di efficienza e le istanze garantistiche[46], rappresentando un «metodo alternativo» di assunzione delle dichiarazioni[47]. Infatti, in deroga al principio del *locus regit actum*[48], l'acquisizione della prova avviene nel territorio dello Stato richiesto ma secondo le regole previste dallo Stato del processo[49]: l'ascolto è condotto direttamente dalla autorità giudiziaria dello Stato richiedente o sotto la sua direzione[50]. Grazie a tale meccanismo non vi è più l'esigenza di contemperare i poteri sovrani dello Stato richiesto con le esigenze processuali di utilizzo probatorio dei risultati da parte dello Stato richiedente: in tal modo si apre la

[45] Sul punto, M.B. BORDIERI, *L'impiego della videoconferenza nella cooperazione giudiziaria tra Stati*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 1124.
[46] B. PIATTOLI, *Videoconferenza: tecnologie e garanzie. Dà prove atipiche, ma rispetta la difesa*, in *Dir. e giust*., 2005, n. 24, p. 120.
[47] Così, S. BUZZELLI, *Le videoconferenze transnazionali*, cit., p. 334 s. V. anche M. PISANI, *Rogatorie internazionali e videoconferenze*, in *Riv. dir. proc*., 2002, p. 981 s., che sottolinea, in particolare, come anche il modello "evoluto" di rogatoria partecipata presenti dei limiti (all'applicazione della *lex fori* e all'utilizzabilità dei risultati probatori, oltre a svantaggi in termini di costi e tempi conseguenti allo spostamento); l'Autore, perciò, intravede – quale antidoto – un procedimento opposto, cioè lo spostamento del soggetto di prova nello Stato e nella sede del giudizio, rimedio che può comunque incontrare ostacoli e difficoltà per superare i quali, in definitiva, la videoconferenza potrebbe costituire una sorta di rogatoria «del terzo tipo». V. anche M.R. MARCHETTI, *L'assistenza giudiziaria*, cit., p. 216.
[48] Cfr. *retro* cap. I, § 3.
[49] B. PIATTOLI, *Videoconferenza*, cit., p. 120. Sottolinea M. PISANI, *op. ult. cit*., p. 985, l'estensione virtuale del *forum* dello stato richiedente che finisce per ricomprendere il *locus* dello Stato richiesto collegato con il sistema audiovisivo; con la videoconferenza transnazionale, in definitiva, si attenua «il dualismo *lex fori* e *lex loci* e, insieme, il rigorismo della sovranità cede alle ragioni di solidarietà internazionale e di giustizia».
[50] G. BARROCU, *Rogatorie penali internazionali*, in *Enc. giur. Treccani*, 2007, vol. XXXII, p. 4, osserva che la videoconferenza produce due vantaggi: permette l'assunzione della prova secondo le modalità previste dalla *lex fori* e, soprattutto, consente di ottemperare ai due principi dell'oralità e dell'immediatezza che contraddistinguono principi cardine del dibattimento. Inoltre, la videoconferenza determina minori costi, anche riguardo alla durata ragionevole del processo (cfr. S. BUZZELLI, *Le videoconferenze transnazionali*, cit., p. 332).

strada a «prospettive di semplificazione nella circolazione probatoria» all'interno dell'Unione europea[51]. In termini tangibili, inoltre, si consente, nel caso in cui la videoconferenza sia eseguita su richiesta dello Stato italiano (dunque, nella prospettiva attiva), l'applicazione delle regole sull'esame incrociato e sul controesame, nonché di quelle relative alle contestazioni nell'esame del testimone ai sensi dell'art. 500 c.p.p. Non solo: il perito ascoltato in videoconferenza all'estero potrà consultare documenti così come il testimone, in aiuto alla memoria, potrà servirsi di documenti da lui redatti, eccetera. In sintesi, giudice e parti conservano i medesimi poteri e doveri che avrebbero di fronte all'esame della persona comparsa in Italia[52]. Le possibilità offerte dal questo strumento, dunque, sono notevoli e andrebbero valorizzate e sfruttate. Un dato è inequivoco: il legislatore europeo, evidentemente ritenendolo utile e proficuo, insiste nel proporre e disciplinare tale strumento che, come si è accennato, è contenuto anche nella direttiva sull'ordine di indagine europeo, di cui si va trattando.

Nondimeno, una breve digressione – utile per un raffronto – deve essere fatta per sottolineare il parallelismo con il diritto interno "codicistico", dove, attraverso l'intervento legislativo del 2017 sul Libro XI[53], nel tessuto del codice di rito è stato esplicitamente introdotto l'art. 729 *quater* c.p.p.[54] ("Audizione mediante videoconferenza o altra trasmissione audiovisiva") il quale prevede che, nei casi previsti dagli accordi internazionali, l'audizione e la partecipazione all'udienza davanti all'autorità giudiziaria italiana della persona sottoposta ad indagini (nonché dell'imputato, del testimone o del perito) che si trovi all'estero e che non possa essere trasferito in Italia, possa essere eseguita mediante videoconferenza o altra forma di collegamento audiovisivo a distanza, con la

[51] Evidenzia tale aspetto, B. PIATTOLI, *Videoconferenza*, cit., p. 121.
[52] Lo sottolinea, in riferimento alle videoconferenze transnazionali *tout court*, ma si tratta di considerazioni da cui non vi è motivo di discostarsi, M.R. MARCHETTI, *L'assistenza giudiziaria*, cit., p. 221.
[53] Le modifiche sono, come si è visto più volte, ascritte al d.lgs. 3 ottobre 2017, n. 149, recante "*Disposizioni di modifica del Libro XI del Codice di procedura penale in materia di rapporti giurisdizionali con autorità straniere*". In dottrina, tra i molti, v. C. PONTI, *Riforma dell'assistenza giudiziaria penale*, cit., p. 26.
[54] Articolo inserito dall'art. 7 comma 1° lett. *d* d.lgs. 3 ottobre 2017, n. 149. V. anche *retro* cap. I, § 10.

precisazione che, se si tratta di persona indagata o imputata, è necessario acquisirne il consenso (analogamente dispone l'art. 10, par. 9° della Convenzione di Bruxelles)[55].

L'autorità giudiziaria e l'autorità straniera competente concordano le modalità della citazione, dell'audizione o della partecipazione a distanza, nonché le eventuali misure relative alla protezione della persona di cui è richiesto l'esame o la partecipazione all'udienza. L'identificazione della persona da sentire o di cui è chiesta la partecipazione all'udienza e la tempestiva comunicazione dei diritti che le vengono riconosciuti dall'ordinamento italiano e, ove necessario, quelli relativi alla traduzione e alla interpretazione, al fine di garantirne l'effettivo esercizio sono attività che competono all'autorità straniera.

All'imputato e alla persona sottoposta alle indagini è garantita l'assistenza necessaria del difensore e tali soggetti dichiaranti devono essere informati dei diritti e delle facoltà che sono loro riconosciuti dall'ordinamento interno e da quello dello Stato richiedente.

I testimoni e i periti, inoltre, sono informati della facoltà di astensione prevista dall'ordinamento interno e da quello dello Stato richiesto.

Se necessario, infine, l'autorità giudiziaria interessata alla prova dichiarativa potrà mettere a disposizione dello Stato richiesto i mezzi tecnici per procedere all'audizione mediante videoconferenza. Della procedura seguita dovrà farsi menzione nel verbale redatto dall'autorità giudiziaria procedente.

Tornando ora alla legislazione di derivazione europea, va precisato che l'art. 39 del decreto attuativo dispone che l'autorità giudiziaria possa emettere un ordine di indagine finalizzato alla richiesta di audizione a distanza di testimoni, periti, consulenti tecnici e persone informate dei fatti mediante videoconferenza[56]. La platea dei dichiaranti che possono essere ascoltati "a distanza", inoltre, comprende l'indagato o l'imputato, se vi acconsentano[57].

---

[55] S. D'ARIENZO, *Profili internazionalistici della "videoconferenza"*, cit., p. 124.

[56] Secondo G. BARROCU, *La cooperazione investigativa in ambito europeo*, cit., p. 246, tali strumenti, concepiti con riguardo alla partecipazione "a distanza" al processo" «possono essere sfruttati anche per il compimento di atti nella fase investigativa». Si è già evidenziato trattarsi di uno strumento già collaudato

In termini pratici questa modalità di assunzione della prova dichiarativa permette all'autorità procedente[58] e alle parti eventualmente presenti di procedere all'audizione di un soggetto che si trova altrove (per le videoconferenze transnazionali, in un altro Stato), attraverso la trasmissione contestuale di suoni e immagini dal luogo dove si trova la persona a quello in cui si procede; si tratta di un'alternativa al trasferimento temporaneo (artt. 37 e 38 d.lgs. cit.), se il soggetto è detenuto, o di un'alternativa all'esecuzione di un ordine di indagine avente ad oggetto dichiarazioni e rimesso all'autorità di esecuzione (nondimeno, come si è già rilevato, quest'ultima, se possibile, nel dare esecuzione a un ordine di indagine, dovrà seguire quanto richiesto, anche ai fini dell'utilizzabilità interna, dall'autorità di emissione, ai sensi dell'art. 33, comma 1° d.lgs. cit.)[59].

Un'immediata reazione è inevitabile contro quella che appare una violazione dei principi di oralità e immediatezza che governano il giusto processo[60]; in nessun caso, infatti, la presenza fisica del dichiarante, soprattutto se è l'imputato, può dirsi del tutto equivalente all'intervento da remoto. Gli strumenti "mediatici", in verità, determinano di fatto una alterazione della dinamica processuale ordinaria[61], tuttavia, l'obiezione sarebbe superabile alla luce della giurisprudenza della Corte costituzionale (pronunciatasi in relazione alla partecipazione dell'imputato)[62], «nella misura in cui sia possibile realizzare

(previsto dalla Convenzione MAP del 2000) che, in realtà, malgrado la distanza, consente all'autorità giudiziaria procedente di ascoltare direttamente il soggetto che si trovi lontano (cfr. M.R. MARCHETTI, *Rapporti giurisdizionali con autorità straniere*, cit., p. 1145).

[57] M. BOLOGNARI, *Le videoconferenze*, in M. DANIELE-R.E. KOSTORIS (a cura di), *L'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 269, sottolinea che tale elenco di soggetti dichiaranti è uguale a quello che si riscontra nella procedura passiva. Già M. PISANI, *Rogatorie internazionali e videoconferenze*, cit., p. 992, in proposito sottolineava che la condizione-base del previo consenso è correlata agli interessi in gioco della persona, con specifico riguardo ai diritti di autodifesa, di difesa e di effettiva partecipazione all'udienza, temi tutti che la partecipazione «a distanza» rischia di compromettere.

[58] L'autorità procedente, come si è visto a proposito della legittimazione all'emissione dell'ordine di indagine, può essere sia il pubblico ministero che il giudice. Tale riparto di competenze «sembra alludere alla distinzione codicistica tra fasi: la videoconferenza parrebbe, quindi, poter essere richiesta sia per il compimento di un atto di indagine, sia per l'acquisizione di una prova dichiarativa… anche in sede di incidente probatorio» (così, M. BOLOGNARI, *Le videoconferenze*, cit., p. 270 s.).

[59] Sinteticamente, L. CAMALDO, *La normativa di attuazione dell'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 4207 s.

[60] Cfr. S. D'ARIENZO, *Profili internazionalistici della "videoconferenza"*, cit., p. 125.

[61] In questi termini, B. PIATTOLI, *Videoconferenza*, cit., p. 123, la quale rileva però come sarebbe anacronistico «stigmatizzare *a priori* l'idea stessa di una virtualità tecnologica nel *iudicium*».

[62] Corte cost., 16 luglio 1999, n. 324, in *Dir. pen. proc*., 2000, p. 76 s.

un “realismo partecipativo” che, in ultima analisi, riscatterebbe il *deficit* di tutela» insito nell’utilizzo della vidoeconferenza[63].

La scelta di utilizzare strumenti di audizione a distanza, dunque, deve essere frutto di una analisi costi-benefici da parte del legislatore che ne stabilisca presupposti oggettivi e limiti[64].

Al riguardo, anticipando (e cercando di neutralizzare) le potenziali censure da parte della dottrina, la Circolare ministeriale afferma che l’audizione mediante collegamento audiovisivo costituisce uno strumento da guardare con favore perché consente all’autorità emittente e alle parti di partecipare, sebbene a distanza, alla raccolta della prova dichiarativa «*e di condizionarne l’acquisizione secondo una prospettiva di massimo avvicinamento alla* lex fori», così che, ad esempio, potrà “recuperarsi” la *cross examination* (ad esempio, se oggetto di accordo tra gli Stati coinvolti circa le modalità di esecuzione)[65].

Da altro punto di vista, in una ideale graduatoria delle tecniche di acquisizione della prova dichiarativa all’estero, la Circolare ministeriale colloca la videoconferenza dopo l’esame concelebrato previsto dall’art. 29, comma 2° d.lgs. cit.[66] e prima della prova delegata all’autorità di esecuzione con indicazione di forme e procedure, di cui all’art. 33, comma 1° d.lgs. cit.: con la videoconferenza, infatti, si annulla la «*distanza giuridica tra il luogo di raccolta della prova e il luogo nel quale essa dovrà essere utilizzata*»[67]. In tal modo,

[63] Lo sottolinea B. PIATTOLI, *Videoconferenza*, cit., p. 124.
[64] G. BARROCU, *La cooperazione investigativa in ambito europeo*, cit., p. 281, in proposito, sottolinea che si tratta di strumenti che comportano una deviazione «dall’ordinario schema della libera scelta di partecipazione fisica delle persone alle udienze e agli altri atti del procedimento».
[65] V. *Circolare ministeriale*, cit., p. 51. V. anche M. BOLOGNARI, *Le videoconferenze*, cit., p. 271, che, preso atto di come il decreto attuativo non prescriva l’uso dell’esame incrociato nell’assunzione della prova dichiarativa, prevede che «l’autorità giudiziaria italiana debba concordare con l’autorità di esecuzione le modalità dell’esecuzione». L’Autore precisa che, lungi dal rappresentare una sorta di «potere di veto» da parte dell’autorità italiana, la norma di cui all’art. 39, comma 4° d.lgs. cit., andrebbe ragionevolmente interpretata nel senso che «l’accordo debba vertere non tanto sull’impiego della *cross examination*, che dovrebbe costituire il presupposto indefettibile per l’acquisizione delle prove in Italia, quanto piuttosto sulle modalità operative dell’audizione».
[66] Cfr. *retro* cap. V, §§ 1 e 3.
[67] In questi termini, *Circolare ministeriale*, cit., p. 51.

concordando le modalità di audizione ai sensi del 4° comma dell'art. 39 d.lgs. cit., i verbali di prova potranno essere inseriti nel fascicolo per il dibattimento[68].

A proposito dei presupposti, primaria condizione di tale possibile modalità di assunzione della prova dichiarativa è che l'autorità di esecuzione abbia la disponibilità o l'accesso ai mezzi tecnici necessari (art. 39, comma 1° d.lgs. cit.)[69]. Nondimeno, il 5° comma dell'art. 39 d. lgs. cit. (cfr. art. 24, par. 4° dir.) prevede che, se l'autorità di esecuzione non disponga o non abbia accesso ai mezzi tecnici necessari, l'autorità emittente può metterli a sua disposizione per il tramite dell'autorità centrale. La disposizione sembra tener conto della possibile disomogeneità dello sviluppo tecnologico dei Paesi coinvolti, vero ostacolo oggettivo all'utilizzo di tale strumento[70].

Se vi consente, anche l'imputato o la persona sottoposta alle indagini, può essere sentita con le stesse modalità (art. 39, comma 2° d.lgs. cit.)[71]. La regola del consenso non vale, naturalmente, per l'acquisizione delle dichiarazioni del perito o del testimone, per la quale non è richiesto alcun *placet* da parte della difesa: non vi è alcun disallineamento, da questo punto di vista, rispetto all'audizione "in presenza"[72].

In disparte tali presupposti preliminari, il decreto attuativo subordina la possibilità di procedere mediante videoconferenza o altra trasmissione audiovisiva a tre alternative condizioni: *a*) quando ricorrono giustificati motivi che rendono non opportuna la loro presenza sul territorio nazionale[73]; *b*) quando la persona da sentire è a qualsiasi titolo detenuta nello Stato di esecuzione (in questo caso l'audizione mediante videoconferenza è alternativa alla richiesta di trasferimento temporaneo); *c*) quando si debba sottoporre ad esame gli agenti

[68] Al riguardo, v. *Circolare ministeriale*, cit., p. 51. V. anche M. BOLOGNARI, *Le videoconferenze*, cit., p. 271.
[69] M. TROGU, sub *art. 39, D.lg. 21.6.2018, n. 108*, cit., p. 1093.
[70] Cfr. M. BOLOGNARI, *Le videoconferenze*, cit., p. 272.
[71] V. *Circolare ministeriale*, cit., p. 50.
[72] Così, G. BARROCU, *La cooperazione investigativa in ambito europeo*, cit., p. 246.
[73] La *Circolare ministeriale* (p. 50) osserva che sotto questa condizione possono venire incluse ragioni che riguardano «i tempi di raccolta delle dichiarazioni e il rischio che risulti pregiudicato l'accertamento, tenuto conto anche della gravità del reato e dell'importanza della prova da acquisire» oppure un rischio «di pregiudizio di diritti fondamentali, come l'integrità e il benessere del dichiarante esposto a violenza o minaccia» oppure, ancora, «la vulnerabilità del testimone vittima».

sotto copertura, i collaboratori di giustizia e gli imputati di reato connesso (art. 147 *bis* disp. att. c.p.p.)[74].

Le modalità di audizione sono concordate tra le autorità coinvolte (art. 39, 4° comma d.lgs. cit.) che possono riguardare anche le misure relative alla protezione della persona da ascoltare (art. 24, par. 5° dir.)[75].

L'esame a distanza tramite videoconferenza si svolge secondo la *lex fori*[76]. Ne consegue, *in primis*, che l'autorità giudiziaria deve verificare che alla persona da ascoltare sia dato l'avvertimento «*circa i diritti e le garanzie previste dall'ordinamento interno*» (art. 39, comma 6° d.lgs. cit.); lo scopo di questa verifica è evitare che l'atto risulti non utilizzabile nel processo interno[77]. Prima dell'audizione, le persone indagate o imputate sono, pertanto, informate degli eventuali diritti procedurali previsti dal diritto dello Stato e dello Stato di esecuzione.

Il riferimento è, da un lato, al diritto al silenzio e all'assistenza difensiva per i dichiaranti indagati o imputati nel medesimo procedimento o in procedimento connesso (art. 64 c.p.p.) e, dall'altro, ai privilegi riconosciuti a determinate categorie di testimoni e periti (artt. 199 e 200 ss. c.p.p.) che consentono di non testimoniare a determinate condizioni[78]. Inoltre, qualora occorra sentire l'imputato, dovrebbe essere oggetto di accordo l'applicazione della disposizione secondo cui è sempre consentito al difensore o a un suo sostituto di essere presente nel luogo dove si trova l'imputato, mentre il difensore o il suo sostituto presenti nell'aula di udienza e l'imputato possono consultarsi riservatamente, per mezzo di strumenti tecnici idonei[79]. Il dichiarante imputato o indagato che non

[74] Osserva G. BARROCU, *La cooperazione investigativa in ambito europeo*, cit., p. 283, che i casi indicati tramite il rinvio all'art. 147 *bis* disp. att. c.p.p., «si ricollegano alla protezione dell'identità degli agenti e ufficiali sotto copertura, anche esteri, ovvero comunque a esigenze di tutela dei soggetti esaminati che legittimano il ricorso a una modalità diversa dall'audizione in presenza degli stessi». V. anche M. TROGU, sub *art. 39*, cit., p. 1093.
[75] V. anche M. TROGU, sub *art. 39*, cit., p. 1093.
[76] M. BOLOGNARI, *Le videoconferenze*, cit., p. 274.
[77] G. BARROCU, *La cooperazione investigativa in ambito europeo*, cit., p. 283.
[78] Sul punto cfr. G. BARROCU, *op. ult. cit.*, p. 247. V. anche M. BOLOGNARI, *Le videoconferenze*, cit., p. 274.
[79] V. anche M. TROGU, sub *art. 39*, cit., p. 1094. Nello strumento sovranazionale è carente il profilo relativo alle modalità di esercizio del diritto di difesa; nella direttiva, infatti, manca un riferimento alla

comprenda la lingua del processo dovrebbe essere assistito da un interprete, come dispone l'art. 143 c.p.p. (nonché la direttiva 2010/64/UE sul diritto dell'imputato all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali)[80].

Infine, si prevede che all'audizione sia presente un rappresentante dell'autorità competente dello Stato (di esecuzione) che provvede anche all'identificazione della persona da ascoltare e al rispetto dei principi fondamentali del diritto dello Stato[81], potendo intervenire immediatamente nel caso riscontri una violazione della *lex loci* (art. 24, par. 5° dir.). L'autorità di esecuzione che ravvisi la violazione dei principi fondamentali del proprio ordinamento prende immediatamente i provvedimenti necessari per assicurare che l'audizione continui osservando tali principi. La presenza attiva dell'autorità dello Stato di esecuzione bilancia la circostanza che l'esame o l'interrogatorio viene condotto direttamente dall'autorità dove il processo si celebra (tramite "collegamento remoto") o, in ogni caso, sotto la sua direzione[82].

Se necessario il rappresentante dell'autorità di esecuzione potrà essere assistito da un interprete; sotteso alla previsione vi è l'implicito intendimento che per l'espletamento dell'attività dovrà essere impiegata la lingua dello Stato di emissione, dove la prova dovrà essere utilizzata. È evidente, inoltre, che anche il dichiarante che non parli la lingua dello Stato di emissione necessiterà di un ausilio per comprendere la lingua impiegata[83]: infatti, il decreto attuativo precisa che, su richiesta dell'autorità giudiziaria italiana o della persona da ascoltare, lo

possibilità di nominare due difensori, uno presso la postazione remota e uno dove si trova l'indagato/imputato. Da questo punto di vista si è sottolineato altresì il vuoto relativo alla possibilità di nomina di un proprio esperto linguistico sì da garantire la genuinità della traduzione (così, G. BARROCU, *La cooperazione investigativa in ambito europeo*, cit., p. 248 s.).

[80] Cfr. sul punto *Considerando* n. 15 della direttiva che espressamente richiama la direttiva sul diritto all'interpretazione e alla traduzione. In argomento v. anche M. BOLOGNARI, *Le videoconferenze*, cit., p. 275.

[81] G. BARROCU, *La cooperazione investigativa in ambito europeo*, cit., p. 247, tra l'altro, sottolinea che, nel caso di videoconferenze, «si ritiene indispensabile il rispetto di tutte le garanzie stabilite nei due ordinamenti coinvolti, quelle dello Stato di esecuzione per non violare regole fondamentali nel corso di un atto che si svolge materialmente nel suo territorio, quelle dello Stato di emissione per non vanificare l'utilizzabilità degli elementi probatori acquisiti». V. anche M. TROGU, sub *art. 39*, cit., p. 1093.

[82] G. BARROCU, *op. ult. cit.*, p. 248.

[83] G. BARROCU, *op. ult. cit.*, p. 248.

Stato di esecuzione provvede affinché la persona da ascoltare sia assistita, se necessario, da un interprete.

Ciò premesso, l'audizione è condotta direttamente dall'autorità dello Stato dove si svolge il processo o sotto la sua direzione[84]. Il regime di utilizzabilità delle prove dichiarative raccolte in videoconferenza, ovviamente, segue le regole della *lex fori*. Ovviamente perché, come si è già rilevato[85], la questione della utilizzabilità del materiale probatorio raccolto all'estero là dove manchino – come continuano a essere latitanti anche nella disciplina di recente conio – disposizioni comuni circa l'utilizzabilità delle prove, è ritenuta di competenza dell'autorità giudiziaria dove si celebra il processo e non di quella che "coopera" per l'assunzione della prova oltre i confini territoriali. Quanto detto trova conferma esplicita nell'art. 36 d.lgs. cit. che, richiamando la norma interna dell'art. 431 c.p.p., fa confluire nel fascicolo per il dibattimento i verbali degli atti ripetibili assunti all'estero, atti per i quali il difensore è stato posto nelle condizioni di assistere e di esercitare le facoltà che gli sono riconosciute dalla legge. Diretta conseguenza dovrebbe essere che sarebbero affette da inutilizzabilità le dichiarazioni raccolte in videoconferenza ove non sia stato adottato il metodo dell'esame incrociato[86].

Non è stata, invece, disciplinata dal decreto attuativo, la teleconferenza che non costituisce, sul piano dell'ordinamento interno, una modalità di assunzione della prova orale e, dunque, non rientra tra le modalità con cui una prova può essere assunta e utilizzata nel procedimento interno[87].

4. Le informazioni relative a conti e operazioni bancarie e finanziarie

[84] V. anche M. TROGU, sub *art. 39*, cit., p. 1093.
[85] V. cap. I, § 7 (v. anche cap. II, § 4).
[86] Così, M. BOLOGNARI, *Le videoconferenze*, cit., p. 275, che segnala, peraltro, come l'obiettivo perseguito sembra essere quello di «evitare una riedizione delle prassi distorsive che caratterizzavano il sistema delle rogatorie, dove, nella prospettiva di assicurare il rispetto della *lex loci*, venivano considerate utilizzabili le dichiarazioni raccolte all'estero dall'autorità giudiziaria straniera anche senza la partecipazione della difesa».
[87] A. MANGIARACINA, *L'acquisizione "europea" della prova cambia volto*, cit., p. 175.

La direttiva ricalca la disciplina già contenuta negli artt. 1-3 del Protocollo alla Convenzione di Bruxelles che discerne le attività investigative – riguardanti "materiale" bancario – secondo una graduazione che tiene conto della crescente invasività delle stesse[88].

La direttiva, infatti, si occupa di informazioni relative a conti bancari e finanziari (art. 26 dir.), di informazioni relative alle operazioni bancarie e finanziarie (art. 27 dir.) e degli atti di indagine che implicano l'acquisizione di elementi di prova in tempo reale (art. 28 dir.): si tratta di misure differenti per oggetto e *target*[89]; inoltre, le prime due si riferiscono a dati già esistenti (guardano al passato), mentre l'ultima riguarda dati da raccogliere nel momento in cui si producono o si modificano e realizza una forma di sorveglianza[90].

L'art. 26 della direttiva ("Informazioni relative a conti bancari e altri conti finanziari") stabilisce che un ordine di indagine europeo possa essere emesso per accertare se una persona fisica o giuridica sottoposta ad un procedimento penale «*detenga o controlli uno o più conti, di qualsiasi natura, in una banca situata nel territorio dello Stato di esecuzione e, in caso affermativo, per ottenere tutti i dettagli dei conti individuati*». Le informazioni possono riguardare anche «*i conti*

[88] In dottrina, v. A. MANGIARACINA, *L'acquisizione "europea" della prova cambia volto*, cit., p. 176; M. PANZAVOLTA, *Ordine di indagine europeo e indagini bancarie*, cit., p. 369. Quest'ultimo si interroga sulle ragioni della specialità di tali atti di indagine rispetto ai documenti *tout court* e, scartata l'ipotesi della specialità dell'indagine bancaria a causa del segreto bancario (progressivamente tramontato in Europa riguardo alle iniziative degli organi inquirenti), individua le ragioni della «delicatezza/sensibilità dell'indagine bancaria» non già dal punto di vista del soggetto detentore dei dati, bensì dei dati che l'istituto di credito «detiene e che l'autorità giudiziaria vuole acquisire»: insomma, «la ragione dell'autonomia dell'indagine bancaria è nella sensibilità del suo oggetto», che può concernere i dati identificativi di un utente, i dati concernenti le transazioni, i dati in tempo reale (in termini, v. anche ID., *Le indagini bancarie*, cit., p. 313 s.). Da ultimo, v. anche R. BELFIORE, *Le indagini bancarie*, in M.R. MARCHETTI-E. SELVAGGI (a cura di), *La nuova cooperazione giudiziaria penale*, cit., p. 443 s.

[89] Cfr. M. PANZAVOLTA, *Ordine di indagine europeo e indagini bancarie*, cit., p. 371 s., che riguardo al *target* di riferimento distingue tra misura che ha come bersaglio l'indagato (art. 26 dir.), misura che ha come bersaglio «il conto bancario a prescindere dalla persona che ne sia titolare» (art. 27 dir.) e misura che implica una «vera e propria forma di sorveglianza» (art. 28 dir.) (in termini, v. anche ID., *Le indagini bancarie*, cit., p. 315).

[90] M. PANZAVOLTA, *Le indagini bancarie*, cit., p. 315, mette in luce che la direttiva «non rende obbligatoria la cooperazione per il monitoraggio, diversamente da quella finalizzata alla trasmissione e raccolta di dati esistenti»; infatti, l'art. 28 dir., al 1° comma, chiarisce che «l'esecuzione può essere rifiutata, oltre che per i motivi di non riconoscimento o di non esecuzione di cui all'articolo 11, qualora l'esecuzione dell'atto di indagine non sia autorizzata in un caso interno analogo».

per i quali la persona oggetto del procedimento penale interessato è titolare di una procura» (par. 3° dell'art. 26 dir.)[91].

Si è già osservato come la direttiva non sviluppi il procedimento attivo e quello passivo distintamente ma, all'interno della medesima disposizione, chiarisca quali devono essere le forme e gli obblighi da rispettare in capo all'autorità di emissione e quella di esecuzione. Nell'ipotesi in esame, stabilisce la direttiva che l'autorità di emissione debba indicare «*i motivi per cui ritiene che le informazioni richieste possano essere importanti ai fini del procedimento penale in questione e i motivi per cui presume che i conti siano detenuti presso banche dello Stato di esecuzione*» e, se dispone di informazioni al riguardo, debba «*indicare quali banche potrebbero essere interessate*». Inoltre, l'autorità di emissione deve comunicare «*qualsiasi informazione che possa facilitarne l'esecuzione*» (par. 5° dell'art. 26 dir.). Infine, prevede il par. 6° dell'art. 26 dir. che un ordine di indagine possa essere emesso anche per accertare se una persona fisica o giuridica «*detenga uno o più conti in un istituto finanziario diverso da una banca, situato nel territorio dello Stato di esecuzione*», aggiungendo che, in tale ipotesi, «*oltre che per i motivi di non riconoscimento o di non esecuzione*» (ai sensi dell'art. 11 dir.), l'esecuzione possa «*essere rifiutata se l'esecuzione dell'atto di indagine non sia autorizzata in un caso interno analogo*»[92].

L'art. 27 dir. ("Informazioni relative a operazioni bancarie e ad altre operazioni finanziarie") stabilisce che un ordine di indagine possa essere emesso «*per ottenere i dettagli di conti bancari specifici e delle operazioni bancarie effettuate in un dato periodo su uno o più conti ivi indicati, compresi i dettagli*

[91] In proposito, G. BARROCU, *La cooperazione investigativa in ambito europeo*, cit., p. 242, sottolinea l'attenzione "particolare" «dedicata alla creazione di una normativa transnazionale della condivisione delle informazioni attinenti a profili finanziari».

[92] M. TROGU, sub *art. 20, D.lg. 21.6.2018, n. 108*, cit., p. 1064. Precisa l'Autore che l'attuazione interna della norma deve interpretarsi «conformemente al diritto sovranazionale nel senso che l'accertamento "esplorativo" dell'esistenza di conti e dei relativi dettagli presso un determinato istituto possa riguardare solo la persona o l'ente sottoposta ad un procedimento penale». Secondo G. BARROCU, *La cooperazione investigativa in ambito europeo*, cit., p. 242, sebbene «le informazioni si estendano pure ai conti per i quali la persona sottoposta a indagine è titolare di una procura, si è cercato di configurare un sistema di raccolta della prova soggetto a dei limiti, che non si traduca in una ricerca "a pioggia" dei dati finanziari: è infatti stabilito che gli obblighi di acquisizione e trasferimento si applichino esclusivamente alle informazioni in possesso della banca presso la quale è depositato il conto».

relativi a eventuali conti emittenti o beneficiari». L'obbligo di fornire tali informazioni «*si applica unicamente se le informazioni sono in possesso della banca presso la quale è depositato il conto*» (par. 3° dell'art. 27 dir.). In tale caso l'unico limite è quello della rilevanza e pertinenza della prova rispetto al procedimento.

Infine, l'art. 28 dir. delinea un monitoraggio simultaneo delle operazioni bancarie o finanziarie che consente di acquisire prove in tempo reale, previo monitoraggio continuato e per un periodo di tempo determinato[93]. Si tratta di una forma di intrusione molto significativa; nondimeno, la disposizione non contiene una delimitazione dei *targets* (potendo riguardare l'indagato o altri soggetti) né, sotto altro profilo, sono specificati ulteriori parametri tali da circoscriverne precisamente i destinatari[94]. Inoltre, la previsione non è obbligatoria per il legislatore interno, come segnalato, perché l'art. 28 dir. fa salva la possibilità, per lo Stato di esecuzione, di opporre un rifiuto – oltre che per i motivi di non riconoscimento o di non esecuzione generali – anche quando lo Stato di esecuzione non preveda un caso interno analogo[95] (come avvenuto nel decreto attuativo).

Più sinteticamente rispetto alla disposizione della direttiva, l'art. 40 del decreto di attuazione disciplina l'acquisizione statica[96] di informazioni e

---

[93] A causa della complessità delle operazioni di cui si tratta, ad avviso di G. BARROCU, *op. ult. cit.*, p. 243, «questa tipologia investigativa è… inserita all'interno di una più articolata indagine sotto copertura», pertanto, «devono essere rispettate le disposizioni relative alle attività definite nella direttiva come "operazioni di infiltrazione", ancorché riguardino ad ampio spettro atti che non richiedono necessariamente l'inserimento fittizio nelle organizzazioni criminali».

[94] Lo evidenzia criticamente M. PANZAVOLTA, *Ordine di indagine europeo e indagini bancarie*, cit., p. 372.

[95] Cfr. M. PANZAVOLTA, *Le indagini bancarie*, cit., p. 316.

[96] Per l'acquisizione in tempo reale di dati relativi ai movimenti che avvengono su determinati conti bancari o finanziari, si deve fare riferimento alle intercettazioni di comunicazioni informatiche o telematiche di cui all'art. 266 *bis* c.p.p. ("Intercettazioni di comunicazioni informatiche o telematiche"), perché attività ad essa assimilabile; pertanto, per la richiesta di acquisizione di questa tipologia di dati in tempo reale dovrà osservarsi la disciplina prevista dagli artt. 43 e 44 d.lgs. cit.; la sezione del modulo da compilare è quella contrassegnata dalla lettera H5 "Atti di indagine che implicano l'acquisizione di prove in tempo reale, in modo continuo e per un periodo determinato" (cfr. sul punto *Circolare ministeriale*, cit., p. 51). In argomento, v. anche M.R. MARCHETTI, *Rapporti giurisdizionali con autorità straniere*, cit., p. 1147; M. TROGU, sub *art. 20,* cit., p. 1065.

documenti custoditi presso banche e istituti finanziari all'estero[97]; la previsione infatti rinvia alla sezione H4 del modello "A"[98] che esplicita i requisiti dell'ordine di indagine avente ad oggetto la richiesta di tali informazioni. Alcun cenno viene invece fatto al "monitoraggio" perché in Italia non esiste un atto di indagine equivalente a quello prefigurato dalla direttiva e, dunque, il legislatore dell'attuazione ha escluso anche dall'ambito della procedura attiva la possibilità di chiedere il c.d. tracciamento finanziario[99].

La disposizione è formulata facendo riferimento all'atto di indagine che abbia ad "oggetto" «accertamenti o acquisizione» di documenti presso banche o istituti finanziari. Il riferimento agli "accertamenti" – ha fatto notare attenta dottrina[100] – rende la previsione più ampia delle disposizioni della direttiva europea e getta ombre sulla corretta interpretazione giacché non si comprende cosa debba intendersi, in tale contesto, per "accertamenti". Le strade percorribili sono almeno due: una che riguarda una mera richiesta di informazioni diversa dall'acquisizione documentale, l'altra che rinvia al significato tecnico del termine, quale complessa attività di analisi che si chiede di compiere sui movimenti finanziari; in quest'ultima ipotesi, però, sarebbe stato opportuno precisare le facoltà della difesa[101].

In proposito il legislatore italiano ha stabilito che le autorità procedenti indichino i motivi di rilevanza della richiesta e riportino le informazioni utili all'individuazione delle banche e degli istituti finanziari interessati (sezione H4 "Informazioni sulla banca e altri conti finanziari" del modulo di cui all'allegato A). Segnatamente si distingue tra l'ipotesi in cui siano richieste 1) informazioni relative a conti bancari o altri conti finanziari detenuti o controllati dall'interessato e 2) informazioni relative a operazioni bancarie o ad altre operazioni finanziarie. In relazione a ciascuna di tale ipotesi – e per ciascuna di

[97] Chiarisce l'art. 26, par. 4° dir. che l'obbligo si riferisce unicamente alle informazioni che «sono in possesso della banca presso la quale è depositato il conto».
[98] M. PANZAVOLTA, *Le indagini bancarie*, cit., p. 334, descrive questo rinvio come «di stampo piuttosto burocratico».
[99] Lo evidenzia, M. PANZAVOLTA, *Le indagini bancarie*, cit., p. 333. V. anche *retro* nt. 92.
[100] M. PANZAVOLTA, *op. ult. cit.*, p. 333.
[101] Prospetta tali possibili interpretazioni sempre M. PANZAVOLTA, *op. ult. cit.*, p. 333 s.

esse – devono essere indicati i motivi per cui si ritiene l'atto utile ai fini del procedimento penale; nel primo caso, inoltre, devono altresì essere indicati i motivi per i quali si presume che i conti in questione siano detenuti presso banche dello Stato di esecuzione.

Inoltre, sebbene non espressamente richiesto, si è suggerita l'opportunità che l'autorità emittente delimiti l'arco temporale all'interno del quale sono richieste le informazioni o i documenti, perché, diversamente, l'ordine di indagine potrebbe scontrarsi con il generale principio di proporzionalità e, dunque, l'autorità di esecuzione, potrebbe rilevare un *deficit* di proporzionalità nei modi già visti. Al di là di tale "vaglio" di discrezionalità in merito alla proporzionalità dell'ordine di indagine, l'autorità di esecuzione è obbligata a fornire le indicazioni richieste e tale obbligo consente di superare le possibili diverse discipline quanto all'accesso alle informazioni bancarie (non solo il segreto ma anche eventuali condizioni limitative)[102]. Entra qui in gioco, però, la disposizione della direttiva (art. 10) che impone allo Stato richiesto di un atto non previsto dal proprio ordinamento o di una misura che non sia disponibile in un caso interno analogo, di ricorrere a un mezzo alternativo purché equivalente[103].

Sebbene più ermetico rispetto alla speculare previsione stabilita per la procedura passiva (art. 20 d.lgs. cit.) che esplicitamente rinvia alle modalità stabilite dagli artt. 255 ("Sequestro presso banche") e 256 ("Dovere di esibizione e segreti") c.p.p., si ritiene che anche l'art. 40 d.lgs. cit., nella parte in cui si fa riferimento ai documenti, "ordini" all'autorità di esecuzione di effettuare un sequestro probatorio di guisa che troveranno applicazione le disposizioni già richiamate e, specificamente, quelle relative ai diritti e alle facoltà della difesa durante e dopo il compimento dell'atto e alle impugnazioni[104]. Lo stesso non può

[102] Cfr. M. PANZAVOLTA, *op. ult. cit.*, p. 334 s. L'Autore ricorda che mentre in Italia l'acquisizione di documenti bancari è atto investigativo di carattere generale ammesso in relazione a qualsiasi fattispecie, lo stesso non può dirsi per altri Paesi dove vigono regole più rigide ispirate a tutelare la *privacy*. Sulla diversità delle discipline nazionali, v. ID., *Ordine di indagine europeo e indagini bancarie*, cit., p. 374 s.
[103] Lo ricorda M. PANZAVOLTA., *op. ult. cit*., p. 378. Riguardo al "caso interno analogo", si rinvia al cap. III, § 4, nt. 90.
[104] M. TROGU, sub *art. 40, D.lg. 21.6.2018, n. 108*, cit., p. 1094. V. anche G. BARROCU, *La cooperazione investigativa in ambito europeo*, cit., p. 280.

affermarsi in relazione alla richiesta di informazioni. Altra dottrina ha invece osservato che – di per sé – l'ordine di raccogliere informazioni o documenti bancari fuoriesce dall'ambito del sequestro (e, dunque, dalla sua impugnabilità ai sensi dell'art. 28 d.lgs. cit.), benché nulla possa escludere che l'autorità richiesta esegua tale acquisizione secondo le forme del sequestro[105].

Il materiale ottenuto tramite ordine di indagine confluirà nel fascicolo per il dibattimento (cfr. art. 36 d.lgs. cit.) che conterrà altresì gli accertamenti bancari per i quali la difesa è stata posta in condizione di assistere e di esercitare le facoltà previste dalla legge italiana secondo l'art. 360 c.p.p. mentre resteranno esclusi dal fascicolo le informazioni comunicate dall'autorità straniera quali semplici verbali di polizia o altri accertamenti bancari ottenuti al di fuori della procedura descritta[106].

5. Le operazioni sotto copertura

Le operazioni sotto copertura (così come le intercettazioni), atti tipici e limitati alla fase investigativa, si connotano per la segretezza della ricerca e dell'acquisizione di elementi probatori[107]; all'atto non consegue un'immediata informazione alla persona sottoposta alle indagini[108], il che consente a chi indaga di proseguire l'investigazione. Nondimeno si tratta di attività idonee a

[105] Cfr. M. PANZAVOLTA, *Le indagini bancarie*, cit., p. 335, che, a sostegno di tale tesi, ricorda come nella direttiva l'ordine di indagine finalizzato all'acquisizione di documenti bancari «è formulato … come un ordine di produzione documentale, che in giurisprudenza viene normalmente distinto dal provvedimento di sequestro, proprio al fine di escluderne l'impugnabilità». Sul punto v. Cass., sez. VI, 25 maggio 2003, Bonaluce, in *C.E.D. Cass.* n. 226753; Cass., sez. V, 30 luglio 1995, Catastini, in *Cass. pen*., 1996, p. 887 (critica tale orientamento G. SPANGHER, *Banche: richiesta di consegna ed istanza di riesame*, in *Cass. pen*., 1996, p. 890).

[106] M. PANZAVOLTA, *Le indagini bancarie*, cit., p. 335.

[107] Precisa P.P. PAULESU, *Operazioni sotto copertura e ordine europeo d'indagine penale*, in *Arch. pen*., 2018, p. 26, che «chi agisce cela e dissimula i suoi poteri investigativi. Si inserisce, mimetizzandosi, nella progettazione e nell'attuazione di un reato. Non viene percepito dall'esterno come "autorità procedente". Di qui il rischio dell'*abuso di potere investigativo*».

[108] Osserva P.P. PAULESU, *Le operazioni sotto copertura*, in M. DANIELE-R.E. KOSTORIS (a cura di), *L'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 338, che «non vi sono informazioni da comunicare all'indagato né verbali che documentino il corretto svolgimento delle attività, come accade per l'ordinaria attività di polizia giudiziaria» bensì solo relazioni di servizio, fonoregistrazioni e la testimonianza "protetta" degli agenti.

comprimere i diritti individuali, sicché è importante – ad evitare abusi – che vi sia una regolamentazione tassativa[109].

Sul piano interno la disciplina è contenuta nella legge 16 marzo 2006, n. 146 "*Ratifica ed esecuzione della Convenzione e dei Protocolli delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale, adottati dall'Assemblea generale il 15 novembre 2000 ed il 31 maggio 2001*".

Ad aggravare la delicatezza di tale tipologia di indagini si innestano profili di diritto sostanziale riguardanti la qualifica dell'agente (provocatore o infiltrato?), le responsabilità penali, le cause di elisione dell'antigiuridicità della condotta dell'agente, aspetti che condizionano le risultanze probatorie assunte da tali soggetti[110]. Sul piano processuale, invece, emergono almeno due nodi problematici, il primo relativo alla posizione processuale dell'agente sotto copertura che può intervenire nel processo come testimone o, nell'ipotesi in cui abbia concorso nel reato, come persona imputata ai sensi dell'art. 210 c.p.p.; il secondo problema riguarda la sfera d'uso delle dichiarazioni fornite in veste di agente sotto copertura[111].

In ragione della natura di tali operazioni investigative – unitamente alle differenze culturali e di disciplina che le governano – ci si è chiesti se si tratti di

---

[109] Così G. BARROCU, *La cooperazione investigativa in ambito europeo*, cit., p. 296, che sottolinea la necessità di una regolamentazione tale da contenere «l'intrinseca insidiosità» di tali strumenti dotati di «straordinarie potenzialità accertative». Lo raccomanda anche P.P. PAULESU, *Le operazioni sotto copertura*, cit., p. 338, che sottolinea, in particolare, come le attività di cui trattasi «si svolgono sempre ai confini della legalità. Chi agisce cela e dissimula i suoi poteri investigativi. Si inserisce, mimetizzandosi, nella progettazione e nell'attuazione di un reato» con il rischio di degradare in un abuso di potere investigativo.

[110] Per i profili sostanziali che non possono essere neppure accennati in questa sede, v. C. DE MAGLIE, *L'agente provocatore. Una indagine dommatica e politico criminale*, Giuffrè, 1991; G. MELILLO, *L'agire provocatorio fra ricerca della notizia di reato e ricerca della prova*, in *Arch. n. proc. pen*., 1999, p. 100; N. VENTURA, *Le investigazioni* under cover *della polizia giudiziaria*, Cacucci, 2008, p. 15 s.

[111] Affronta tali problemi P.P. PAULESU, *Le operazioni sotto copertura*, cit., p. 341 s., che evidenzia come, riguardo alla posizione processuale dell'agente sotto copertura emerge l'esigenza di assicurare l'anonimato (sia per scongiurare ritorsioni che per preservare la possibilità di impiego futuro del soggetto), esigenza che però deve essere contemperata con quella di salvaguardare la qualità del controesame da parte della difesa che deve essere posta nelle condizioni di inficiare la credibilità del dichiarante anonimo. L'Autore, inoltre, rispetto all'uso dei dati reperiti "sotto copertura", censura l'assenza di sanzioni processuali. Sotto questo profilo, peraltro, la situazione è analoga che altrove. Si intende dire che anche nel decreto attuativo dell'ordine di indagine non si prevedono regole di esclusione del materiale probatorio. L'Autore, altresì, approfondisce il profilo della documentazione dell'attività dell'autorità giudiziaria (p. 356 s.).

un campo in cui gli Stati potrebbero manifestare maggiori ritrosie, rispetto ad altre attività investigative, nell'ottemperare, all'interno del proprio territorio, ad una richiesta di un'autorità straniera che solleciti un'operazione sotto copertura. Certamente utili e forse necessarie per far fronte a tipologie delittuose complesse, la regolamentazione delle operazioni sotto copertura dovrebbe essere disciplinata in modo puntuale per contemperare le esigenze di tutela di chi è sottoposto alle indagini; tali aspetti si complicano sul piano transnazionale in ragione della mancata armonizzazione e delle differenze esistenti, specie su un piano così delicato come le indagini sotto copertura, operazioni di natura ibrida, a metà tra prevenzione e repressione[112].

Sul piano internazionale europeo, nel panorama normativo precedente la direttiva sull'ordine di indagine europeo, le indagini sotto copertura erano contemplate dall'art. 14 della Convenzione di assistenza giudiziaria del 2000. Ivi si prevede che gli Stati possano «*collaborare tra di loro per lo svolgimento di indagini sulla criminalità da parte di infiltrati o sotto falsa identità (operazioni di infiltrazione)*». Vi è poi un rinvio alle regole – concernenti l'autorità competente, le modalità di svolgimento e lo *status* e la sicurezza degli agenti coinvolti – dello Stato dove l'indagine deve compiersi. Si prevede, infine, che ciascuno Stato possa dichiarare «*che si riserva di non applicare questo articolo*»[113].

Attualmente, infine, la direttiva sull'ordine di indagine europeo prevede l'obbligo per l'autorità di emissione di indicare i motivi per i quali considera utile, per il proprio procedimento, l'operazione di infiltrazione. L'autorità richiesta valuta l'istanza straniera caso per caso avendo come termine di valutazione il diritto e le procedure nazionali. Diversamente che altrove dove si fa un mero monito al rispetto dei principi fondamentali dello Stato di esecuzione,

[112] In argomento G. MELILLO, *Le operazioni sotto copertura nelle indagini relative a finalità di terrorismo*, in G. DI CHIARA (a cura di), *Il processo penale tra politiche della sicurezza e nuovi garantismi*, Giappichelli, 2003, p. 49, nt. 25: l'agente ricerca prove sulla base di una notizia di reato già acquisita o agisce allo scopo di reperire la notizia di reato? In dottrina, v. anche G. BARROCU, *Le indagini sotto copertura*, Jovene, 2011, p. 57; P.P. PAULESU, *Le operazioni sotto copertura*, cit., p. 339 s.

[113] Secondo G. BARROCU, *op. ult. cit*., p. 316, la previsione è indicativa della «consapevolezza delle potenziali reticenze statali a concedere ingerenze per il tramite dell'infiltrazione».

nel caso di operazioni di infiltrazione, è la direttiva stessa a richiedere espressamente un vaglio di compatibilità che sembrerebbe fare riferimento all'intero insieme di regole interne[114].

Dal punto di vista nominale, l'art. 29 dir. utilizza l'espressione "Operazioni di infiltrazione" e disciplina l'ipotesi di un ordine di indagine emesso allo scopo di svolgere attività di indagine sulla criminalità da parte di agenti infiltrati o sotto falsa identità. Il decreto attuativo, invece, utilizza l'espressione – più nota nel diritto interno – di "Operazioni sotto copertura", ricomprendendo anche quelle attività di controllo che nella direttiva sono disciplinate dall'art. 28 dir. e che non implicano l'inserimento di un soggetto esterno nel gruppo criminale.

A parte ciò, in sede di attuazione, il decreto legislativo ha optato per disposizioni che contengono un rinvio integrale all'art. 9 della legge 146 del 2006 ("*Ratifica ed esecuzione della Convenzione e dei Protocolli delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale, adottati dall'Assemblea generale il 15 novembre 2000 ed il 31 maggio 2001*"), modificato ed integrato dall'art. 8 della legge 13 agosto 2010, n. 136, che costituisce una sorta di "statuto" delle indagini sotto copertura[115]. Ivi sono indicati gli organi di polizia legittimati ad agire[116], le tipologie di investigazioni consentite, gli organi di polizia legittimati ad avviare indagini sotto copertura e le comunicazioni che devono essere inoltrate al pubblico ministero competente per le indagini. Le attività devono essere svolte «*nel corso di specifiche operazioni di polizia*», al solo scopo di ricercare elementi di prova rispetto a fattispecie delittuose

[114] In argomento, G. BARROCU, *op. ult. cit.*, p. 316.

[115] Così, P.P. PAULESU, *Le operazioni sotto copertura*, cit., p. 348.

[116] Le operazioni sono avviate da organi di vertice della polizia che non rivestono la qualità di ufficiali di polizia giudiziaria e non risultano perciò legati da un rapporto di dipendenza funzionale con il pubblico ministero competente per le indagini, al quale è previsto venga data una preventiva comunicazione circa l'avvio delle indagini, contenente il nominativo dell'ufficiale di polizia giudiziaria responsabile delle indagini, e che venga informato, durante le operazioni, delle modalità di svolgimento delle stesse, delle persone coinvolte e dei risultati conseguiti. Sembrerebbe, dunque, che non sia necessaria una preventiva autorizzazione da parte del pubblico ministero che sarebbe impedito di impartire disposizioni alla polizia giudiziaria come invece accade normalmente. Nondimeno, si è osservato che al pubblico ministero compete sempre un ruolo direttivo durante le indagini preliminari (artt. 109 Cost. e 327 c.p.p.). Inoltre, il coinvolgimento dell'autorità giudiziaria, secondo la Corte di Strasburgo, rappresenta la condizione da cui dipende l'utilizzbilità dei risultati raggiunti durante le indagini, sicchè, ciò premesso, «l'avvio di indagini *under cover* non dovrebbe mai prescindere dalla preventiva autorizzazione del rappresentante dell'accusa»; in questi termini, P.P. PAULESU, *Le operazioni sotto copertura*, cit., p. 352.

tassativamente indicate (es. estorsione, sequestro di persona a scopo di estorsione, usura, riciclaggio, delitti contro la personalità individuale, delitti in tema di armi, munizioni ed esplosivi, delitti in materia di stupefacenti, ecc.). Se l'attività – finalizzata alla scoperta di illeciti in corso e all'acquisizione delle prove degli stessi – rimane circoscritta alle attività indicate e di quelle ad essa strumentali, si integra una causa di giustificazione speciale che vale solo quando l'attività sotto copertura si svolga in attuazione di operazioni autorizzate e documentate[117].

Secondo alcuni, il mero rinvio effettuato dal legislatore dell'attuazione all'art. 9 della legge n. 146 del 2006 – che presenta lacune già sul piano interno – ha peggiorato la situazione perché è andato a trasferire automaticamente sul terreno della cooperazione giudiziaria internazionale regole già poco efficaci sul piano interno, senza adattarle al diverso e più ampio contesto transnazionale[118].

Il primo presupposto per la valida attivazione di indagini sotto copertura, nel nostro sistema (cui il decreto attuativo della direttiva sull'ordine di indagine fa espresso rinvio) è l'esistenza di una notizia di reato strutturalmente completa e, dunque, la previa instaurazione di un procedimento penale. Così sembra essere richiesto in modo esplicito anche dalla normativa sovranazionale di attuazione: infatti, l'art. 7 del decreto attuativo, parla di «*imputato*» e di «*persona sottoposta ad indagine*», nonché di esigenze investigative e probatorie e di «*gravi delitti per i quali si procede*»[119].

Stabilisce l'art. 41 d.lgs. cit. ("Richiesta di operazioni sotto copertura da compiersi all'estero") che l'ordine di indagine per lo svolgimento di operazioni sotto copertura è emesso soltanto nei casi e con le modalità previste dall'art. 9 della legge 16 marzo 2006, n. 146[120].

---

[117] Al di fuori delle specifiche operazioni autorizzate, residua l'esimente generale di cui all'art. 51 c.p. che si applica quando l'infiltrato si limita ad osservare, controllare, contenere le condotte illecite altrui mentre l'induzione e l'istigazione al delitto determina la punibilità dell'agente sotto copertura a titolo di concorso nel reato (Cass., 10 gennaio 2013, Leika, in *C.E.D. Cass*. n. 254174).

[118] Cfr. P.P. PAULESU, *Operazioni sotto copertura e ordine europeo d'indagine penale*, cit., p. 25 s.

[119] L'osservazione è attribuibile a P.P. PAULESU, *Le operazioni sotto copertura*, cit., p. 351.

[120] Il richiamo effettuato dal decreto attuativo appare doveroso considerata la delicatezza della materia, così A. MANGIARACINA, *L'acquisizione "europea" della prova cambia volto*, cit., p. 176.

La relativa richiesta è inoltrata direttamente all'autorità di esecuzione. Le modalità di compimento delle operazioni sono concordate con l'autorità di esecuzione[121]; parimenti oggetto di accordo dovrebbe essere lo *status* dell'agente che si reca all'estero a compiere attività di infiltrazione, unitamente alla puntuale informazione allo stesso di quali siano le attività consenttite e quelle vietate nel territorio di esecuzione[122]. Nondimeno se l'attività realizzata al fine di eseguire un ordine di indagine conduca alla scoperta di un diverso e/o ulteriore reato non contemplato nell'ordine di indagine, ci si chiede se possa trovare applicazione l'art. 34 d.lgs. n. 108 del 2017, dove si prevede che l'autorità emittente che eventualmente partecipi all'esecuzione dell'ordine possa consegnare direttamente all'autorità di esecuzione un ordine di indagine c.d. collegato[123].

Poiché si tratta di indagini che potrebbero spesso richiedere lo spostamento nel territorio di più di uno Stato membro, il legislatore ha previsto che, al fine di dare esecuzione all'ordine di indagine di questo tipo, possa essere promossa la costituzione di una squadra investigativa comune[124].

Collegato alle operazioni sotto copertura è la disciplina del ritardo o l'omissione di atti di arresto o di sequestro[125]: infatti, per garantire il buon esito delle indaigni sotto copertura è possibile sorga la necessità di differire atti dovuti[126].

Per quanto riguarda la procedura attiva, nei casi di cui all'art. 9 legge 16 marzo 2006, n. 146, può essere emesso uno specifico ordine di indagine al fine di far omettere o ritardare provvedimenti di arresto, fermo, perquisizione, sequestro probatorio che si potrebbero eseguire nello Stato membro di esecuzione (art. 42 d.lgs. cit.)[127].

---

[121] M. TROGU, sub *art. 41, D.lg. 21.6.2018, n. 108*, cit., p. 1095. V. anche A. MANGIARACINA, *L'acquisizione "europea" della prova cambia volto*, cit., p. 177.
[122] Così, P.P. PAULESU, *Le operazioni sotto copertura*, cit., p. 353.
[123] Cfr. P.P. PAULESU, *op. ult. cit.*, p. 353. Con riferimento all'ordine di indagine collegato, v. *retro* cap. V, § 2.
[124] In tal senso, M.R. MARCHETTI, *Rapporti giurisdizionali con autorità straniere*, cit., p. 1147 s.
[125] Cfr. M.R. MARCHETTI, *op. ult. cit*., p. 1148.
[126] Lo evidenzia, P.P. PAULESU, *Operazioni sotto copertura*, cit., p. 45.
[127] M. TROGU, sub *art. 42, D.lg. 21.6.2018, n. 108*, cit., p. 1096.

In tal caso l'ordine di indagine dovrà essere motivato con la precisazione che il ritardo o l'omissione potranno consentire l'acquisizione di rilevanti elementi probatori oppure consentire l'individuazione o la cattura dei responsabili dei delitti previsti dal 1° comma dell'art. 9 legge 146 del 2006 e dei delitti di cui al d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, limitatamente ai casi previsti agli artt. 70, comma 4° e 10°, 73 e 74. L'esigenza di motivazione emerge perché il pubblico ministero deve costantemente controllare anche questo genere di attività dilatoria sì da evitare che si sostanzi in vera e propria omissione[128].

Merita di essere ribadito che nei confronti del (solo) ordine di indagine avente ad oggetto il sequestro a fini di prova, la persona sottoposta alle indagini, l'imputato, il difensore, la persona alla quale la prova o il bene sono stati sequestrati e quella che avrebbe diritto alla loro restituzione, possono proporre richiesta di riesame ai sensi dell'art. 324 c.p.p.[129].

6. Le intercettazioni di comunicazioni

Si è già detto[130] come i moderni mezzi di comunicazione consentano di porre in essere attività che apparentemente non si ingeriscono nella sovranità di altri Stati[131]: anche le intercettazioni delle telecomunicazioni[132] sembrano possedere questa caratteristica di "neutralità". Nondimeno, già in passato la giurisprudenza[133] è intervenuta sotto questo aspetto per chiarire in quali situazioni – sussistendo invece un problema di sovranità – occorre ricorrere agli strumenti di cooperazione (*in primis*, la rogatoria internazionale), per effettuare

[128] Cfr. P.P. PAULESU, *Operazioni sotto copertura*, cit., p. 45.
[129] Riguardo all'impugnazione prevista dall'art. 28 d.lgs. 108 del 2017, v. cap. V, § 7.
[130] V. *retro* cap. I, § 10.
[131] G. PORRO, *Le intercettazioni e il diritto internazionale*, in M. CHIAVARIO (a cura di), *Nuove tecnologie e processo penale*, cit., p. 165 s., osserva come, *in primis*, vi sia un problema di sovranità dello Stato e dei limiti di questa nella misura in cui si tratti di «captare comunicazioni che coinvolgono più Paesi», interrogandosi, altresì, se l'intercettazione dall'Italia di una conversazione telefonica che avvenga all'estero, costituisca un illecito internazionale; in proposito l'Autore richiama la giurisprudenza di legittimità secondo cui, se la intercettazione è legittima ai sensi dell'art. 266 c.p.p., non rileva che l'interlocutore dell'utente intercettato sia straniero o all'estero.
[132] Cfr. A. CIAMPI, *Assunzione*, cit., p. 328. V. anche M.R. MARCHETTI, *L'assistenza giudiziaria*, cit., p. 235; B. PIATTOLI, *Cooperazione giudiziaria*, cit., p. 179 s.; Z. SECCHI, *Classificazione*, cit., p. 203.
[133] Cfr. Cass., sez. IV, 9 dicembre 2015, n. 4484, in *Proc. pen. giust*., 2016, 4, p. 56.

intercettazioni telefoniche all'estero[134]. In proposito, la giurisprudenza di legittimità ha affermato (e ribadito più volte)[135] che «*il ricorso alla procedura dell'instradamento … non comporta la violazione delle norme sulle rogatorie internazionali, in quanto in tal modo tutta l'attività di intercettazione, ricezione e registrazione delle telefonate viene compiuta completamente sul territorio italiano*»[136] (argomento, quello dell'instradamento, sul quale si tornerà nel prosieguo).

[134] Per una sintesi, v. N. ROMBI, *L'intercettazione di comunicazioni all'estero*, in *Il Penalista*, 4 marzo 2016. V. anche G. BARROCU, *La cooperazione investigativa in ambito europeo*, cit., p. 299 s.; C. PARODI, *Il modello C: vecchie criticità e nuovi problemi in caso di intercettazioni all'estero*, in *Dir. pen. cont.*, 1° marzo 2019.

[135] Da ultimo, il d.lgs. 5 aprile 2017, n. 52, di attuazione della Convenzione di Bruxelles, ha "legittimato" la procedura dell'instradamento: se il soggetto da intercettare non è presente nel territorio dello Stato richiesto l'intercettazione deve essere eseguita alla sola condizione del rispetto dei requisiti formali della domanda: l'esecuzione si attua attraverso la procedura della richiesta di assistenza tecnica mediante emissione di un ordine all'operatore di rete e la trasmissione immediata dei flussi comunicativi intercettati; se il bersaglio si trovi nel territorio dello Stato richiesto, invece, la richiesta di assistenza alle operazioni deve essere eseguita mediante autorizzazione del giudice per le indagini preliminari, su richiesta del procuratore della Repubblica, salvo, nei casi di urgenza, l'esecuzione del decreto motivato di intercettazione, soggetto a successiva convalida. Quando l'assistenza tecnica non sia necessaria è previsto un obbligo di notificazione delle operazioni alle autorità sul cui territorio si svolgono le operazioni di captazione. In argomento, v. A. NOCERA, *Le norme attuative della Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale (Bruxelles, 29 maggio 2000)*, in *Il Penalista*, 24 maggio 2017.

[136] Cass., sez. IV, 9 dicembre 2015, n. 4484, cit. In questo senso già Cass., sez. VI, 12 dicembre 2014, n. 7634, in *C.E.D. Cass*. n. 262495; Cass., sez. I, 31 marzo 2009, n. 13972, in *C.E.D. Cass.* n. 243138; Cass., sez. IV, 28 marzo 2008, n. 13206, Volante, in *Cass. pen*., 2009, p. 3010 s.; Cass., sez. IV, 29 luglio 2004, Belforte, in *C.E.D. Cass.*, n. 229103; Cass., sez. IV, 30 giugno 2004, n. 37646, Romeo, *ivi*, n. 229149; Cass., sez. IV, 29 maggio 2002, n. 24351, Vercani, ivi, n. 225532 (in *Cass. pen*., 2004, p. 957, con nota di M. TIBERI (*L'instradamento delle telefonate straniere: una prassi discutibile*). Più di recente, v. Cass. 19 gennaio 2017, Mifsud ed a., *C.E.D. Cass*. n. 269984 (anche *sub* art. 727, in G. CONSO-V. GREVI, *Commentario breve al codice di procedura penale, Complemento giurisprudenziale, Appendice di aggiornamento 2018*, Cedam, 2018, p. 279), dove si è affermato che «in tema di intercettazioni di conversazioni o comunque comunicazioni, rientra nella giurisdizione italiana, o può dunque essere legittimamente autorizzata, la captazione di comunicazioni telefoniche che si svolgano attraverso utenze estere tra interlocutori che si trovino al di fuori del territorio dello Stato, allorquando il flusso comunicativo transiti comunque nel territorio italiano per il tramite del segmento della rete italiana ivi presente (fattispecie di intercettazione di comunicazione fra due interlocutori l'uno posizionato nell'isola di Malta e l'altro negli Emirati Arabi, in cui la S.C. ha escluso qualsiasi violazione dell'art. 8, comma 2° C.e.d.u. – nella parte in cui richiede che le disposizioni limitative siano accessibili alla persona interessata che deve poterne prevedere le conseguenze per sé – osservando che la presenza di una affidabile descrizione dei nodi della rete telefonica mondiale permette di prevedere che il passaggio dei dati trasmessi in occasione di una determinata connessione telefonica, attraverso il nodo posto nel territorio di uno stato diverso da quello di invio e ricezione, rende tecnicamente possibile e giuridicamente lecita la captazione)». Per un'aspra critica al meccanismo dell'instradamento, in dottrina, v. F. RUGGIERI, *Le intercettazioni «per instradamento» sul canale internazionale: un mezzo di ricerca della prova illegittimo*, in *Cass. pen*., 2000, p. 1062 s.

Sul piano interno, rigide regole sovraintendono alla ammissibilità di tale mezzo di ricerca della prova e sono previste a pena di inutilizzabilità[137]: innanzitutto limiti oggettivi relativi alla natura e alla gravità dei reati per i quali si sta procedendo (art. 266 c.p.p.); anche i presupposti (devono esservi gravi indizi di reato e l'intercettazione deve risultare assolutamente necessaria) e le forme del provvedimento relativo alle operazioni (le operazioni sono disposte dal pubblico ministero previa autorizzazione del giudice per le indagini preliminari, nella sua qualità di garante delle libertà individuali[138]) sono indicate dalla legge (art. 267 c.p.p.)[139].

Da un punto di vista ontologico, lo strumento delle intercettazioni è caratterizzato da due note peculiari[140]: da un lato, si tratta di un mezzo con elevato coefficiente di innovazione tecnologica[141] e, dall'altro, la tecnica di indagine è molto intrusiva, potendo lambire e ledere il diritto alla riservatezza. L'evoluzione tecnologica consente infatti di apprendere dati con modalità che prescindono dalla localizzazione fisica degli interlocutori e dei loro dispositivi[142].

Continuando il parallelismo tra norme europee e norme euroderivate di cui ai precedenti paragrafi, gli artt. 30 e 31 della direttiva e gli artt. 23-25 (per la

---

[137] Cfr. V. GREVI (agg. G. ILLUMINATI), *Prove*, in G. CONSO-V. GREVI-M. BARGIS (a cura di), *Compendio di procedura penale*, 9ª ed., Cedam, 2018, p. 365 s.

[138] Nei casi di urgenza, l'iniziativa può venire direttamente dal titolare delle indagini con decreto motivato che deve essere convalidato entro quarantotto ore da giudice mediante proprio decreto; in caso di mancata convalida i risultati eventualmente già ottenuti non potranno essere utilizzati.

[139] Senza contare l'attenzione del legislatore a questo mezzo di ricerca della prova, dotato di enormi potenzialità ma estremamente delicato sul piano del rispetto dei diritti fondamentali; per la recente normativa, cfr. G. GIOSTRA-R. ORLANDI (a cura di), *Nuove norme in tema di intercettazioni. Tutela della riservatezza, garanzie difensive e nuove tecnologie informatiche*, Giappichelli, 2018; F. MORELLI, *Il nuovo volto delle intercettazioni: procedimento selettivo e riservatezza dei dialoghi intercettati*, in A. GIARDA-F. GIUNTA-G. VARRASO (a cura di), *Dai decreti attuativi della legge "Orlando" alle novelle di fine legislatura*, Cedam, 2018, p. 105 s.

[140] Così, C. PONTI, *Riforma dell'assistenza giudiziaria penale*, cit., p. 29.

[141] Secondo C. PONTI, *op. ult. cit.*, p. 29, ciò comporta che le norme giuridiche debbano avere carattere generale «ed evitare specifiche tecniche, le quali potrebbero risultare rapidamente obsolete, alla luce della rapida evoluzione tecnologica che caratterizza tale settore». Cfr. anche *Relazione illustrativa dello schema di decreto legislativo recante norme di attuazione della Direttiva 2014/41/UE relativa all'ordine europeo di indagine penale*, www.governo.it, p. 13.

[142] C. MARINELLI, *Le intercettazioni di comunicazioni*, cit., p. 222. F. RUGGIERI, *Le intercettazioni «per instradamento» sul canale internazionale*, cit., p. 1063 s., sottolinea trattarsi di atto a duplice funzione che incide «entro due diversi ambiti giuridici» ossia quale «sequestro di voci», assicurando «un efficace strumento investigativo agli interessi della persecuzione penale» nonché «limitando il diritto alla segretezza delle comunicazioni»; per tali caratteristiche si tratta di un istituto che fa affiorare delicati problemi di bilanciamento tra gli interessi alla repressione penale e i diritti fondamentali della persona.

procedura passiva) e 43-45 (per la procedura attiva) del decreto di attuazione della direttiva, si occupano delle intercettazioni transnazionali[143].

Ma già nell'alveo della assistenza giudiziaria *ante* direttiva[144], l'attività di intercettazione "transnazionale" era regolata dalla Convenzione di Bruxelles (mentre non vi era traccia di tale strumento di indagine nella decisione-quadro sul mandato di ricerca della prova[145]). In sintesi tale compendio normativo, alla luce della relazione di accompagnamento, distingueva a seconda che gli Stati possedessero o meno una "stazione di ingresso", elemento tecnico decisivo per procedere all'intercettazione, presupposto che, se inesistente, quindi, comportava l'impossibilità tecnica di procedere direttamente alla captazione di telecomunicazioni, rendendo indispensabile l'ausilio di un altro Stato, con una duplice possibilità: la richiesta di assistenza di un altro Stato dotato di idonea stazione oppure la procedura del c.d. "telecomando" (che consisteva nel consentire a un Paese di trasmettere a distanza un ordine di intercettazione su una stazione d'ingresso situata al di fuori del suo territorio)[146].

Passati tanti anni – che si moltiplicano in modo esponenziale quando il tema è connesso alla tecnologia – il legislatore europeo ha intrapreso un percorso che parte dalla disciplina precedente ma si arricchisce dell'esperienza, rendendo palese come in simili materie sia da evitare il ricorso a definizioni che inevitabilmente diventano rapidamente antiquate.

Nondimeno, come già rilevato più volte, la citata Convenzione di Bruxelles non è stata integralmente sostituita dalla direttiva sull'ordine di indagine europeo, perché l'attuazione della prima mediante il d.lgs. 5 aprile 2017, n. 52, ne ha

---

[143] F. NANNI, *Le intercettazioni telefoniche*, in M.R. MARCHETTI-E. SELVAGGI (a cura di), *La nuova cooperazione giudiziaria penale*, cit., p. 459 s.

[144] Cfr. Z. SECCHI, *Le novità introdotte dalla Convenzione 20 maggio 2000 in tema di assistenza giudiziaria penale fra gli Stati membri dell'Unione europea*, in *Doc. giust*., 2000, n. 6, c. 1112 s. V. anche A. BALSAMO, *Intercettazioni ambientali mobili e coopearzione giudiziaria internazionale: le indicazioni desumibili dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in *Cass. pen*., 2016, p. 4245 s.; M.R. MARCHETTI, *L'assistenza giudiziaria*, cit., p. 235 s.

[145] Cfr. R.G. GRASSIA, *La disciplina delle intercettazioni: l'incidenza della direttiva 2014/41/Ue sulla normativa italiana ed europea*, in T. BENE-L. LUPÀRIA-L. MARAFIOTI (a cura di), *L'ordine europeo di indagine*, cit., p. 199.

[146] Cfr. C. PARODI-N. QUAGLINO, *Intercettazioni: tutte le novità (d.lgs. 29 dicembre 2017, n. 216)*, *Il Penalista*, febbraio 2018, p. 101.

rivitalizzato il contenuto e reso attuale l'applicazione[147]. La sostituzione infatti riguarda esclusivamente le corrispondenti disposizioni previgenti e, in ogni caso, non ha forza cogente nei confronti di quegli Stati che non sono vincolati alla direttiva né di quelli che, pur avendo aderito alla Convenzione, non fanno parte dell'Unione europea (nei loro confronti, quindi, non è possibile applicare la direttiva concernente l'ordine di indagine)[148].

Va poi rimarcato preliminarmente in questa sede come la direttiva europea oggetto di esame sia funzionale al procedimento penale[149] e, dunque, sia da escludersi dall'ambito della disciplina, il tema delle intercettazioni preventive[150]. Viceversa, sono espressamente incluse e soggette alla medesima disciplina operazioni diverse[151], quali la raccolta di dati relativi al traffico e l'ubicazione dei dispositivi impiegati, atti meno intrusivi che potrebbero essere ascritti alla prova documentale e alla categoria dei mezzi atipici di ricerca della prova[152].

Sul piano strettamente normativo, la direttiva 2014/41/UE dedica un intero Capo (il V) alle intercettazioni di comunicazioni[153].

Tuttavia, il tema è ripreso anche dalle norme di chiusura. Infatti, preso atto della mutevole e perpetua evoluzione tecnologica[154], l'art. 37 dir. stabilisce che, nella relazione della Commissione e del Parlamento europeo – da predisporsi

---

147 In argomento, A. NOCERA, *Le norme attuative*, cit.

148 C. MARINELLI, *Le intercettazioni di comunicazioni*, cit., p. 224.

149 Cfr. art. 30 § 4 che impone allo Stato di emissione di indicare nell'ordine di indagine i motivi di utilità dell'atto nel procedimento penale interessato. Cfr. altresì *Considerando* n. 32.

150 C. MARINELLI, *op. ult. cit.*, p. 231.

151 Cfr. *Considerando* n. 30.

152 A sostegno di un diverso inquadramento, v. Corte cost., 17 luglio 1998, n. 281, in *Giust. pen*., 1998, I, c. 353; Cass., sez. V, 2 maggio 2002, Bresciani, in *Dir. pen. proc*., 2003, p. 93.

153 Cfr. *Considerando* n. 30 della direttiva secondo cui «le possibilità di cooperare conformemente alle 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 dai meno intrusivi sulle telecomunicazioni. Un OEI volto a ottenere dati storici relativi al traffico e all'ubicazione connessi alla 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».

154 Secondo G. BARROCU, *La cooperazione investigativa in ambito europeo*, cit., p. 298, in ragione della natura altamente tecnica della materia, «le scelte legislative devono essere rivolte a introdurre regole e modalità acquisitive che esulano – e siano applicabili a prescindere – dalle modificazioni tecnologiche dei sistemi di telecomunicazioni. V. anche C. PARODI-N. QUAGLINO, *Intercettazioni: tutte le novità (d.lgs. 29 dicembre 2017, n. 216)*, *Il Penalista*, febbraio 2018, p. 100.

entro cinque anni a far data dal 21 maggio 2014 –, tra le altre informazioni[155], sia inserito uno specifico riferimento alla «*esecuzione delle disposizioni riguardanti le intercettazioni delle telecomunicazioni alla luce degli sviluppi tecnici*»[156]. Nel tessuno normativo manca invece una definizione di intercettazione e del suo oggetto – lacuna che non viene sanata neppure nell'articolato – e ciò rappresenta potenzialmente una fonte di possibili e gravi problemi: ad esempio, vi rientra la videoripresa o il captatore informatico? Altresì fonte di ambiguità può rivelarsi il riferimento alle "telecomunicazioni" che sembra lasciar fuori le comunicazioni fra presenti[157].

Quanto al contenuto dell'ordine di indagine, il *Considerando* n. 32 ha cura di precisare che devono essere presenti le «*informazioni sufficienti quali la condotta criminale oggetto dell'indagine, al fine di consentire all'autorità di esecuzione di valutare se l'atto di indagine interessato sia autorizzato in un caso interno analogo*». Qual è il contenuto minimo di tali informazioni? Si è affermato che potrebbe essere sufficiente la mera descrizione del fatto per cui si procede, così da permettere all'autorità dello Stato di esecuzione un controllo relativo alla sovrapponibilità della fattispecie perseguita rispetto a quelle per cui possono operare le intercettazioni sul piano interno[158].

Scendendo sul piano dell'articolato normativo, gli artt. 30 e 31 dir. ripropongono la distinzione, già presente nella Convenzione di Bruxelles del 29 maggio 2000[159], tra i casi in cui si renda necessaria o meno l'assistenza tecnica di

---

[155] La relazione dovrà contenere altresì i dati quantitativi e qualitativi e la valutazione dell'impatto della direttiva sulla cooperazione in materia penale e sulla protezione delle persone.

[156] Ad avviso di C. MARINELLI, *Le intercettazioni di comunicazioni*, cit., p. 237, si tratta di una «clausola di adeguamento stereotipa».

[157] Cfr. C. MARINELLI, *op. ult. cit.*, p. 231; v. più diffusamente con riguardo al decreto di attuazione. Per un'analoga scelta, v. il d.lgs. 5 aprile 2017, n. 52, di attuazione della Convenzione di Bruxelles del 2000.

[158] In questi termini, C. MARINELLI, *Le intercettazioni di comunicazioni*, cit., p. 233, che, tra l'altro, sottolinea come, inteso in senso letterale, non si porrebbe la necessità di indicare ulteriori informazioni, perché non richieste, in ordine alle ragioni che impongono il ricorso alle intercettazioni, secondo il modello dell'art. 267 c.p.p.

[159] Le intercettazioni sono disciplinate nel Titolo III, artt. 17-22 Conv. Cfr. G. BARROCU, *La cooperazione investigativa in ambito europeo*, cit., p. 298. V., inoltre, C. PARODI-N. QUAGLINO, *Intercettazioni: tutte le novità (d.lgs. 29 dicembre 2017, n. 216)*, cit., p. 99 s., che richiamano la sentenza Corte EDU 23 febbraio 2016, sent. n. 28819 del 2012 con cui la Corte europea ha censurato il ritardo con cui l'Italia non aveva ratificato la Convenzione di Bruxelles. Riguardo all'operatività della Convenzione (anzi, della sua ratifica), come si è avuto modo di rimarcare (*retro*, cap. IV, § 1), deve ricordarsi che la sfera di

un altro Stato membro[160], indipendentemente dal luogo in cui si trovi la persona da intercettare[161]. Le due tipologie di intercettazione, dunque, si differenziano sulla base del grado di coinvolgimento di un altro Stato nello svolgimento delle operazioni[162].

La prima ipotesi (art. 30 dir.) concerne la possibilità di emettere un ordine di indagine nel caso in cui si riveli necessaria l'assistenza tecnica di un altro Paese[163]: si tratta dell'ipotesi in cui l'attività di intercettazione è diretta a captare contenuti di comunicazioni o conversazioni transitanti unicamente su territorio straniero[164].

Se gli Stati che sono in grado di fornire l'assistenza tecnica necessaria sono più di uno, l'ordine di indagine è trasmesso solo ad uno di essi, dando la priorità «*allo Stato membro in cui si trova o si troverà la persona soggetta a intercettazione*» (par. 2°). L'ipotesi è contemplata già nel *Considerando* n. 31, secondo cui agli altri Stati dovrebbe essere data notifica. L'esigenza sottesa a tale regola è quella di semplificazione e di mantenimento della segretezza. Nulla si stabilisce, però, in merito all'ipotesi più remota in cui si renda tecnicamente necessario il contributo di più Stati: sarebbero tutti destinatari dell'ordine ma non è disciplinato il loro coordinamento[165].

L'ordine di indagine finalizzato all'intercettazione deve contenere (par. 3°): «*a) informazioni necessarie ai fini dell'identificazione della persona sottoposta all'intercettazione; b) la durata auspicata dell'intercettazione; e c) sufficienti*

---

applicazione riguarda le richieste di assistenza tra Stati membri che non abbiano recepito la direttiva sull'ordine di indagine, i rapporti tra Stati che non sono vincolati alla direttiva (Danimarca e Irlanda) e, infine, i rapporti con Stati che non sono membri dell'Unione europea.

[160] In proposito di parla di "assistenza" o di "mera notifica", così C. PONTI, *Riforma dell'assistenza giudiziaria penale*, cit., p. 29.

[161] Così, F. RUGGIERI, *Le nuove frontiere dell'assistenza penale internazionale*, cit., p. 141. V. anche A. MANGIARACINA, *L'acquisizione "europea" della prova cambia volto*, cit., p. 178.

[162] Cfr. R.G. GRASSIA, *La disciplina delle intercettazioni*, cit., p. 200.

[163] Per assistenza tecnica qui si intende «la richiesta finalizzata ad assicurare la prestazione di intercettazione, secondo le modalità definite dall'Autorità procedente, da effettuarsi su identità tecniche di rete che fanno accesso a reti di telecomunicazioni di gestori riferibili ad uno Stato», così C. PARODI-N. QUAGLINO, *Intercettazioni: tutte le novità (d.lgs. 29 dicembre 2017, n. 216)*, cit., p. 101.

[164] C. MARINELLI, *Le intercettazioni di comunicazioni*, cit., p. 224. Simile situazione consente il ricorso anche alla Convenzione di Bruxelles, nei termini di cui si è detto, o alla rogatoria secondo le norme internazionali pattizie o generali oppure, in via residuale, delle previsioni codicistiche.

[165] Lo mette in luce C. MARINELLI, *Le intercettazioni di comunicazioni*, cit., p. 234.

dati tecnici, in particolare gli elementi di identificazione dell'obiettivo, per assicurare che l'OEI possa essere eseguito». Nondimeno, manca la previsione di limiti temporali rigidi per l'esecuzione delle operazioni né quale sia la sanzione per la violazione di tali termini[166].

È prevista una causa ostativa speciale – che si aggiunge ai motivi di non riconoscimento o di non esecuzione "comuni" di cui all'art. 11 dir.[167] – nella circostanza in cui «*l'atto di indagine interessato non sia ammesso in un caso interno analogo*» (par. 5°); inoltre lo Stato di esecuzione può subordinare la propria decisione di eseguire un ordine di indagine «*alle condizioni applicabili in un caso interno analogo*».

La seconda ipotesi contemplata dalla direttiva (art. 31 dir.) concerne il caso in cui l'intercettazione non richieda l'assistenza tecnica di un altro Stato, riproponendo la previsione contenuta nella Convenzione di Bruxelles (oggi art. 23 d.lgs. n. 52 del 2017). È l'ipotesi, ad esempio, in cui l'utenza mobile oggetto di intercettazione sia riferibile ad un gestore che abbia stipulato accordi di *roaming* che assicurano il servizio sul territorio dello Stato nel quale l'atto deve essere eseguito e, quindi, non renda necessario avvalersi dell'assistenza di uno Stato estero[168]. In tal caso rileva un dovere di comunicazione preventiva allo Stato dove si trova o si troverà la persona da intercettare, attraverso il modello "C".

L'autorità competente dello Stato notificato dispone di 96 ore dalla ricezione della notifica per notificare allo Stato interessato all'intercettazione che l'intercettazione non è consentita e, quindi, deve cessare immediatamente (par. 3°). L'autorità competente dello Stato membro notificato, nell'ipotesi in cui l'intercettazione non sia ammessa in un caso interno analogo, può comunicare all'autorità procedente che l'intercettazione non può essere effettuata oppure che i risultati dell'intercettazione già ottenuti mentre la persona "bersaglio" dell'intercettazione si trovava nel suo territorio, non possono essere utilizzati o

[166] Tale lacuna è sottolineata da C. MARINELLI, *op. ult. cit.*, p. 234.
[167] Cfr. *retro* cap. III, § 6.
[168] Cfr. C. PARODI-N. QUAGLINO, *op. ult. cit.*, cit., p. 101.

possono essere utilizzati solo alle condizioni specificate[169]. La disposizione si segnala perché, al di là delle ipotesi in cui è richiesta un'assistenza concreta, impone agli Stati il rispetto di regole di cooperazione, atte a tutelare le prerogative di ciascun ordinamento (e, quindi, il rispetto dell'altrui sovranità)[170].

La direttiva non si è sottratta alle critiche della dottrina nella parte in cui caratterizza la disciplina delle intercettazioni – istituto che avrebbe necessitato un elevato grado di armonizzazione – da scarsa originalità (rispetto alle previsioni di cui alla Convenzione di Bruxelles) e da eccessivo grado di genericità (cfr. carenze definitorie)[171]. Mancano altresì le limitazioni soggettive all'uso delle intercettazioni (riguardo terzi estranei) nonché la limitazione a gravi reati della conoscibilità di dati esterni alle comunicazioni. La mancata previsione di tali limiti comporta un *deficit* di garanzie per la persona indagata che non appare compensato dal mero rinvio, operato dal *Considerando* n. 15, agli atti normativi richiamati (direttive 2010/64/UE, 2012/13/UE e 2013/48/UE relativi ai diritti procedurali nei procedimenti penali). Altresì oggetto di un rinvio da parte degli artt. 19 e 20 dir. – e parimenti criticabile, specie in materia di intercettazioni, atti che incidono sulla segretezza delle comunicazioni – è l'aspetto della riservatezza e della tutela dei dati personali, demandata alle normative nazionali, con mero rinvio alla decisione quadro 2008/977/GAI del Consiglio, alla Convenzione del Consiglio d'Europea sulla protezione delle persone rispetto al trattamento automatizzato di dati di carattere personale, del 28 gennaio 1981, e al relativo protocollo addizionale[172].

Sul piano interno, il decreto attuativo disciplina le intercettazioni dal lato attivo negli artt. 43, 44 e 45 d.lgs. 21 giugno 2017, n. 108. Le prime due disposizioni riguardano, l'una, la trasmissione all'estero di un ordine di indagine

[169] Cfr. C. MARINELLI, *Le intercettazioni di comunicazioni*, cit., p. 235 s. L'ipotesi integra una fattispecie di inutilizzabilità speciale ma non è stabilito un apparato sanzionatorio per la violazione di tale previsione. Vedi anche cap. VII, § 4.

[170] In questo senso, G. BARROCU, *La cooperazione investigativa in ambito europeo*, cit., p. 299.

[171] C. MARINELLI, *op. ult. cit.*, p. 236; v. anche 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; G. UBERTIS, *La prova acquisita all'estero e la sua utilizzabilità in Italia*, in *Cass. pen.*, 2014, p. 696.

[172] Cfr. C. MARINELLI, *Le intercettazioni di comunicazioni*, cit., p. 238.

che necessiti dell'assistenza dello Stato di esecuzione e, l'altra, gli obblighi informativi nell'ipotesi in cui non sia necessaria l'assistenza di un altro Stato; l'ultima concerne l'ordine di indagine non intercettivo perché destinato a regolare l'acquisizione di dati esterni relativi a comunicazioni telefoniche e telematiche[173].

Un'anomalia rispetto alla direttiva si coglie nel decreto attuativo riguardo all'oggetto delle intercettazioni: la direttiva lo individua nelle "telecomunicazioni" mentre il decreto si riferisce ad un novero di scambi comunicativi, comprensivo di conversazioni e flussi telematici ed informatici[174].

Per l'ipotesi in cui occorra l'assistenza di un altro Stato (art. 43 d.lgs. cit.), si stabilisce che quando sia «*necessaria assistenza tecnica all'esecuzione delle operazioni di intercettazione delle conversazioni o comunicazioni o del flusso di comunicazioni relativo a sistemi informatici o telematici*» l'ordine di indagine deve essere inviato allo Stato membro nel quale «*si trova il dispositivo o il sistema da controllare*»[175]. Oggetto delle operazioni, dunque, possono essere le conversazioni, le comunicazioni e il flusso di comunicazioni relativo a sistemi informatici o telematici.

In linea con la disciplina interna, l'intercettazione deve essere autorizzata dal giudice per le indagini preliminari[176] e l'ordine di indagine deve recare

---

[173] C. MARINELLI, *op. ult. cit.*, p. 239.

[174] Cfr. C. MARINELLI, *op. ult. cit.*, p. 251, che ipotizza la possibile insorgenza di questioni di vario genere, quale l'incidente di costituzionalità per eccesso di delega o la disapplicazione della norma interna in favore di quella indicata dalla direttiva. Non solo: potrebbero nascere difficoltà di ordine pratico quale la difficoltà di coordinamento con le autorità straniere nel caso in cui le rispettive norme nazionali di recepimento «non contemplino il medesimo ventaglio di operazioni».

[175] L'ordine di indagine «sembra facilitare l'intercettazione delle telecomunicazioni, con l'assistenza tecnica di un altro Stato membro e legittima anche l'intercettazione transfrontaliera delle telecomunicazioni senza assistenza tecnica, cose che richiedono un quadro completo e di vasta portata dal punto di vista della protezione dei dati al fine di assicurare che la *privacy* dell'individuo sia rispettata e l'integrità dei dati garantita», così M.A. BIASIOTTI, *Presente e futuro dello scambio della prova elettronica in Europa*, in M.A. BIASIOTTI-M. EPIFANI-F. TURCHI (a cura di), *Trattamento e scambio della prova digitale in Europa*, ESI, 2015, p. 42. V. anche A. MANGIARACINA, *L'acquisizione "europea" della prova cambia volto*, cit., p. 178 s.

[176] C. PARODI-N. QUAGLINO, *Intercettazioni: tutte le novità (d.lgs. 29 dicembre 2017, n. 216)*, *Il Penalista*, febbraio 2018, p. 107, sottolineano che non essendo state individuate ragioni per derogare allo schema interno, spetterà sempre al giudice per le indagini preliminari verificare i presupposti della richiesta in base alla disciplina di cui agli artt. 266 ss. c.p.p. In senso conforme anche G. DE AMICIS, *Dalle rogatorie all'ordine europeo di indagine: verso un nuovo diritto della cooperazione giudiziaria penale*, in *Cass. pen.*, 2018, p. 38; C. PONTI, *Riforma dell'assistenza giudiziaria penale*, cit., p. 31. Per

l'indicazione dell'autorità giudiziaria che ha disposto l'intercettazione (2° comma, lett. *a*)[177]. Sarà infatti il giudice per le indagini preliminari a verificare i presupposti della richiesta mentre il pubblico ministero dovrà integrare la richiesta sulla base dell'autorizzazione giudiziale, indicando altresì «*ogni informazione utile ai fini dell'identificazione della persona che ha in uso il dispositivo o il sistema da controllare*» (lett. *b*); la delimitazione temporale della «*durata delle operazioni di intercettazione*» (lett. *c*); i «*dati tecnici necessari allo svolgimento delle operazioni*» (lett. *d*) e, infine, «*i motivi di rilevanza dell'atto*» (lett. *e*). Relativamente ai motivi merita precisarsi che questi dovrebbero già risultare dal provvedimento di autorizzazione del giudice per le indagini preliminari, anche considerando che la disciplina interna è maggiormente garantista rispetto allo schema ricavabile dalla direttiva[178].

L'ordine è trasmesso dal procuratore della Repubblica utilizzando l'apposito modulo "C"[179] che deve contenere il riferimento dell'autorità richiesta, e indicazioni concernenti l'identità delle persone interessate. Non è invece prevista l'indicazione nel numero del registro intercettazioni ma si ritiene comunque opportuno indicare questo dato. Riguardo a tale modello si è osservato che vi è una divergenza tra quanto previsto dalla direttiva, che pone in

---

un'opinione contraria che, invece, individua un vero e proprio contrasto con la normativa interna, v. C. MARINELLI, *Le intercettazioni di comunicazioni*, cit., p. 251. Approfondiscono il tema con riguardo alle garanzie costituzionali, G. BARROCU, *La cooperazione investigativa in ambito europeo*, cit., p. 304 s. e M. TIBERI, *L'instradamento delle telefonate straniere: una prassi discutibile*, cit., p. 961. Sulla necessità di un vaglio giurisdizionale in merito alla sussistenza dei presupposti che legittimano le intercettazioni, v. Corte cost., sent. n. 34 del 1973, in *Giur. cost*., 1973, p. 328, con nota di V. GREVI, *Insegnamenti, moniti e silenzi della Corte costituzionale in tema di intercettazioni* (il consolidato orientamento della giurisprudenza costituzionale depone nel senso che le intercettazioni possono ritenersi compatibili con il diritto alla riservatezza delle comunicazioni soltanto nel caso in cui le stesse avvengano per atto motivato dell'autorità giudiziaria, poiché il principio enunciato dal 1° comma dell'art. 15 Cost. «sarebbe gravemente compromesso se a carico dell'interessato potessero valere, come indizi o come prove, intercettazioni telefoniche assunte illegittimamente senza previa, motivata autorizzazione della autorità giudiziaria. Se ciò avvenisse, un diritto "riconosciuto e garantito" come non inviolabile dalla Costituzione sarebbe davvero esposto a gravissima menomazione» (Corte cost., sent. n. 34 del 1973).

[177] A. CISTERNA, *Un passo importante per omologare le investigazioni Ue*, in *Guida al dir*., 2017, n. 40, p. 41, ritiene, invece, che non sia previsto un controllo di tipo giurisdizionale e ravvisa la ragione del ritenuto non interpello del giudice per le indagini preliminari nelle competenze in capo all'autorità del Paese di esecuzione.

[178] Lo sottolineano, C. PARODI-N. QUAGLINO, *Intercettazioni: tutte le novità*, cit., p. 107. V. anche C. PONTI, *Riforma dell'assistenza giudiziaria penale*, cit., p. 32.

[179] C. PARODI-N. QUAGLINO, *op. ult. cit.*, p. 107; v. anche C. PARODI, *Il modello C*, cit.

correlazione la notifica con il fatto che l'indirizzo di comunicazione da intercettare si trovi o si troverà sul territorio dello Stato estero, e quanto previsto dal decreto attuativo che menziona il dispositivo o il sistema; tale ultima formulazione sembra mettere in conto che l'utenza intercettata potrebbe trovarsi nella disponibilità di un soggetto diverso dall'abituale utilizzatore, addirittura di un soggetto non ancora compiutamente identificato, per il quale dati come il numero di documento di identità, l'indirizzo o le lingue conosciute, potrebbero non essere a disposizione dell'autorità giudiziaria richiedente.

Nel modello "C", poi, devono essere indicate le utenze interessate, con precisazione dell'oggetto dell'intercettazione (numero di telefono, numero IP, indirizzo di posta elettronica); la durata prevista dall'autorità di emissione; l'indicazione se la notifica avvenga prima, durante o dopo l'intercettazione. Inoltre devono indicarsi le «*informazioni relative allo scopo dell'intercettazione*»: si tratta di fornire le informazioni necessarie «*compresa una descrizione del caso, la qualificazione giuridica del o dei reati e le disposizioni di legge applicabili*» al fine di consentire all'autorità notificata di valutare «*se l'intercettazione sarebbe ammessa in un caso interno analogo; e se il materiale ottenuto può essere utilizzato in un procedimento giudiziario*» nonché, qualora l'intercettazione abbia già avuto luogo «*se il materiale può essere utilizzato in un procedimento giudiziario*».

Analogamente al modello "A", anche questo modulo consente un'omogenizzazione dei provvedimenti che provengono da Stati differenti così da favorirne la circolazione: come già evidenziato, l'ordine di indagine trasmesso che si chiede di eseguire, infatti, è legittimo se il provvedimento è conforme al modello (cfr. art. 30 d.lgs. cit. e, a contrario, art. 10, comma 1°, lett. *a* d.lgs. cit.)[180].

Il modello "C" deve essere compilato, trasmesso e tradotto nella lingua dello Stato notificato dal pubblico ministero non appena ha notizia che il soggetto che utilizza il dispositivo sta per recarsi o si trova già all'estero.

[180] Per ulteriori considerazioni si rinvia *retro* cap. V, § 2.

Sebbene il sito ufficiale dell'Unione ponga a disposizione il modello "C" in tutte le lingue dei Paesi membri è necessario tradurre il contenuto del modulo[181]. Ciò dà luogo a molti problemi pratici, sia in termini di tempistica nell'individuazione di un traduttore per lingue poco conosciute sia in termini di idoneità della traduzione, in particolare per quanto riguarda la descrizione del caso[182].

Il pubblico ministero che riceva la comunicazione da parte dello Stato notificato in merito all'impossibilità di eseguire o proseguire le intercettazioni deve disporne l'immediata cessazione. Pertanto, se l'autorità italiana ha trasmesso la notifica ma non ha ottenuto un diniego formale, le operazioni possono proseguire[183].

Quanto alle modalità di svolgimento delle operazioni[184], l'art. 43 d.lgs. cit., dispone che il pubblico ministero[185] possa accordarsi con l'autorità di esecuzione secondo una duplice alternativa: la prima che prevede la trasmissione immediata delle telecomunicazioni (3° comma, lett. *a*) e un'altra che prevede l'intercettazione, la registrazione e la trasmissione successiva del risultato dell'intercettazione (3° comma, lett. *b*) (cfr. art. 30 § 6 dir.).

In argomento, ci si è chiesti se sia possibile chiedere l'assistenza tecnica di un altro Stato membro per lo svolgimento di intercettazioni tra presenti[186]: si potrebbe sostenere che il riferimento al luogo dove si trova il dispositivo o il sistema presupponga una comunicazione a distanza, sebbene, oggi, l'art. 266, comma 2° e 2 *bis* c.p.p. consente l'intercettazione tra presenti mediante

---

[181] Cfr. C. PARODI, *Il modello C*, cit. che, in particolare, mettendo a disposizione l'esperienza concreta, evidenzia le difficoltà pratiche di tradurre in modo idoneo modelli in lingue poco note (es. bulgaro, sloveno) e individua una soluzione nella «possibilità di trasmissione immediata del modello nella lingua dello Stato richiedente, magari corredata – in via interlocutoria – dalla traduzione in una lingua (inglese o francese) la cui diffusione possa consentire una traduzione in un breve arco temporale, ferma restando la necessità di provvedere – al più presto – a una traduzione nella lingua richiesta».

[182] V. ancora C. PARODI, *Il modello C*, cit.

[183] V. sempre C. PARODI, *Il modello C*, cit.

[184] Cfr. C. PARODI-N. QUAGLINO, *op. ult. cit*., p. 108.

[185] Secondo A. MANGIARACINA, *L'acquisizione "europea" della prova cambia volto*, cit., p. 179, l'interlocuzione tra autorità italiana e autorità di esecuzione è stata «demandata all'organo dell'accusa in quanto è lo stesso soggetto competente, *ex* art. 266 c.p.p., all'esecuzione delle operazioni nazionali».

[186] M. TROGU, sub *art. 43, D.lg. 21.6.2018, n. 108*, cit., p. 1097. V. anche G. BARROCU, *La cooperazione investigativa in ambito europeo*, cit., p. 307, che, sottolineate le espresse manifestazioni di volontà del legislatore dell'attuazione, esclude che siano consentite – tramite l'ordine di indagine – attività di captazione di dialoghi tra persone in presenza.

inserimento di un captatore informatico su dispositivo elettronico portatile[187]; nondimeno, è da preferire una lettura compatibile con l'art. 30 dir. che limita la cooperazione giudiziaria consistente nell'assistenza tecnica alle intercettazioni di telecomunicazioni "a distanza"[188].

Dal punto di vista operativo, l'ordine di indagine di cui trattasi, previa autorizzazione del giudice ai sensi dell'art. 267 c.p.p., sarà emesso dal pubblico ministero. Nulla si precisa in merito a un eventuale ordine di indagine avente ad oggetto le intercettazioni da emettersi d'urgenza (salvo convalida successiva)[189], per cui si ritiene che debba escludersi un'ipotesi analoga a quella interna.

L'ordine di indagine dovrà contenere l'indicazione dell'autorità giudiziaria che dispone l'intercettazione; ogni informazione utile ai fini dell'identificazione della persona che ha in uso il dispositivo o il sistema da controllare; la durata delle operazioni di intercettazione; i dati tecnici necessari allo svolgimento delle intercettazioni; l'indicazione dei motivi per cui si considera rilevante l'intercettazione per il procedimento principale (art. 43, comma 2° d.lgs.)[190].

Altresì la disposizione chiarisce che il pubblico ministero, previo accordo con l'autorità di esecuzione, deve indicare se l'operazione deve essere eseguita con trasmissione immediata delle telecomunicazioni oppure intercettando, registrando e trasmettendo successivamente il risultato delle intercettazioni (3° comma dell'art. 43 d.lgs.)[191].

---

[187] Disposizione novellata dal d.lgs. 28 dicembre 2017, n. 216. In dottrina, sull'argomento v. A. BALSAMO, *Le intercettazioni mediante virus informatico tra processo penale italiano e Corte europea*, in *Cass. pen*., 2016, p. 2274 s.; M. BONTEMPELLI, *Il captatore informatico in attesa della riforma*, in *Dir. pen. cont*., 20 dicembre 2018; M. TORRE, *Il virus di Stato nel diritto vivente tra esigenze investigative e tutela dei diritti fondamentali*, in *Dir. pen. proc*., 2015, p. 1163; ID., *Il captatore informatico*, Giuffrè, 2017.

[188] Così, M. TROGU, *op. ult. cit*., p. 1097.

[189] Cfr. sul piano interno, art. 267 c.p.p.

[190] Si è affermato che «l'uso dello strumento informatico pone problemi di sicurezza, segretezza, corretta e certa identificazione delle autorità dello Stato di emissione e di quello di esecuzione, e delle autorità giudiziarie procedenti», in questi termini, M.A. BIASIOTTI, *Presente e futuro dello scambio della prova elettronica in Europa*, cit., p. 42, si comprende, pertanto, come il contenuto dell'ordine di indagine finalizzato all'intercettazione sia uno strumento da usare con cautela.

[191] Osserva A. MANGIARACINA, *L'acquisizione "europea" della prova cambia volto*, cit., p. 179, che tale interlocuzione è stata demandata al pubblico ministero perché «è lo stesso soggetto competente, *ex* art. 266 c.p.p., all'esecuzione delle operazioni nazionali».

Il pubblico ministero, inoltre, può chiedere la trascrizione, la decodificazione o la decrittazione delle comunicazioni intercettate (4° comma dell'art. 43 d.lgs.)[192]. In tal caso le spese sono anticipate dallo Stato italiano.

A disciplinare l'ipotesi in cui le operazioni di intercettazione non richiedano l'assistenza tecnica di un altro Stato è il successivo art. 44 d.lgs. cit. che regola, appunto, l'ipotesi in cui le operazioni riguardino un soggetto che si trovi in un altro Stato membro e le cui conversazioni possano essere captate senza l'ausilio tecnico di quello o di altro Stato membro. Non si tratta di un'attività totalmente priva di obblighi e sciolta da vincoli di cooperazione.

In tal caso, infatti, l'autorità interessata – «*prima di dare inizio alle operazioni*» o nel corso delle medesime «*non appena appresa la notizia che il dispositivo o il sistema controllato si trova nel territorio di altro Stato membro*»[193] – deve notificare all'altra l'avvio delle operazioni mediante l'apposito modello "C". Tale scambio informativo dovrebbe consentire all'autorità giudiziaria dello Stato «*nel cui territorio si trova il dispositivo o il sistema da controllare*» (art. 44, comma 1° d.lgs. cit.) di verificare che vi siano i presupposti per la limitazione del diritto alla inviolabilità delle comunicazioni[194]. Duplice l'onere in capo all'autorità che dispone l'intercettazione che deve informare l'autorità competente dello Stato dove il dispositivo o il sistema si trova sia dell'inizio delle operazioni sia del fatto di aver appreso, nel corso delle operazioni medesime, che il dispositivo o il sistema si trova nel territorio di un altro Stato membro. Nondimeno un primo ordine di problemi riguarda l'individuazione concreta dell'esatto momento in cui scatta l'obbligo di

[192] Questa necessità può sorgere nelle ipotesi in cui si proceda alla intercettazione di comunicazioni criptate (*chat pin to pin* o applicazioni di tipo *What'sApp* o le comunicazioni a mezzo *Skype*) (cfr. M. TROGU, sub *art. 43*, cit., p. 1098).

[193] In argomento C. PARODI-N. QUAGLINO, *Intercettazioni: tutte le novità*, cit., p. 108, sottolineano che la formulazione «non appena» potrebbe comportare alcuni problemi di tipo interpretativo perché, di regola, l'attività di ascolto non è eseguita dal pubblico ministero e, dunque, la fonte di conoscenza deve essere individuata in soggetti terzi, quali gli ufficiali di polizia giudiziaria. In generale, si rileva un probabile appesantimento dell'attività esecutiva di intercettazioni. V. anche G. DE AMICIS, *Dalle rogatorie*, cit., p. 38.

[194] Cfr. C. PONTI, *Riforma dell'assistenza giudiziaria penale*, cit., p. 32; F. RUGGIERI, *Le nuove frontiere dell'assistenza penale internazionale*, cit., p. 141. Secondo C. PARODI-N. QUAGLINO, *Intercettazioni: tutte le novità*, cit., p. 108, il testo della disposizione è in sintonia con le indicazioni della direttiva.

comunicazione, con specifico riferimento all'ipotesi in cui, nel corso delle operazioni, si apprende che il dispositivo o il sistema controllato si trova nel territorio di altro Stato membro[195].

A fronte dell'espressione più vaga della direttiva (momento in cui l'autorità «*venga a conoscenza*»), nella versione italiana si trova l'espressione «*non appena il PM ha notizia*». Si è osservato che poiché nel sistema italiano difficilmente è il pubblico ministero a curare personalmente l'ascolto delle intercettazioni, la "fonte" della conoscenza della localizzazione del dispositivo o del sistema nel territorio di altro Stato è da individuare negli ufficiali di polizia giudiziaria che sono gravati del compito di interpretare le conversazioni captate, per alcune delle quali, dal significato oscuro o dubbio, dovrebbe essere dato spazio a deduzioni e approfondimenti che appesantiscono le operazioni di intercettazione[196].

Viene meno, in questa prospettiva, invece, il rilievo dato alla procedura dell'instradamento perché, ai fini della comunicazione ad altro Stato, rileva solo che il dispositivo venga a trovarsi nel territorio di altro Stato; la procedura di instradamento, dunque, viene ad essere limitata con riguardo a utenze localizzate nel territorio di Stati estranei all'ambito applicativo della direttiva[197]. Con l'ordine di indagine, dunque, può ritenersi superata l'esperienza dell'instradamento.

A norma del successivo comma 3°, se l'autorità giudiziaria dello Stato dove si trova il dispositivo o il sistema sottoposti a controllo «*comunica che non possono essere eseguite o proseguite*» le operazioni di intercettazione, il pubblico ministero deve immediatamente cessarle. Infine, si dispone che «*i risultati dell'intercettazione possono comunque essere utilizzati alle condizioni stabilite dall'autorità giudiziaria*» dell'altro Stato membro[198]. Tale onere era già previsto

---

[195] C. PARODI, *Il modello C: vecchie criticità e nuovi problemi in caso di intercettazioni all'estero*, cit.
[196] C. PARODI, *op. ult. cit.*
[197] In questo senso, C. PARODI, *op. ult. cit*.
[198] Secondo il legislatore delegato (cfr. *Dossier*, scheda di lettura, Atto n. 405, www.senato.it, p. 45), attraverso l'attuazione della direttiva «si afferma il principio per cui tutte le volte che si ascoltano utenze all'estero, anche se ciò è reso possibile dal *roaming* senza richiedere l'assistenza dello Stato nel quale si

dalla Convenzione di Bruxelles del 2000 (cfr. anche art. 23 d.lgs. 52 del 2017 di attuazione della Convenzione medesima)[199] ed è finalizzata ad evitare le conseguenze elusive determinate dalla prassi dell'instradamento che, fino a tempi recenti, ha consentito la disapplicazione di istituti di cooperazione giudiziaria attraverso una rilettura interna delle captazioni[200].

Invero, la giurisprudenza, fino ad ora, aveva negato la necessità di ricorrere, in simili casi, alle rogatorie perché la pratica del c.d. instradamento consentirebbe di localizzare interamente in Italia tutte le operazioni[201] (l'instradamento, in termini pratici, consiste nel convogliamento delle chiamate, in partenza o dirette verso l'estero, in un "nodo" posto in Italia). L'instradamento, infatti, consente di intercettare le comunicazioni che partono dall'Italia e sono dirette verso un'utenza estera determinata o verso un fascio di utenze appartenenti a un distretto geografico e viceversa. Tale pratica sfrutta l'identificazione del numero identificativo di un'utenza italiana sulla quale transiteranno le conversazioni telefoniche che si vogliono intercettare; l'autorizzazione viene data per l'attività di intercettazione che faccia riferimento a tutte le comunicazioni e conversazioni in partenza da utenze italiane e dirette verso quella straniera e viceversa[202]: è quindi un'attività che manca di un preliminare provvedimento autorizzativo motivato dall'autorità giudiziaria, come invece previsto dagli artt. 15 Cost. e 267

---

trova l'utenza, occorre che le autorità giudiziarie di tale Stato siano messe comunque a conoscenza delle operazioni. Con la conseguente possibilità di bloccare le operazioni di intercettazione e rendere inutilizzabili le prove acquisite». Si tratta di obblighi preventivi «se già al momento in cui l'intercettazione è disposta è noto che la persona sottoposta ad intercettazione si trova nel territorio dello Stato membro notificato ed è comunque immediata se nel corso delle operazioni si abbia notizia della localizzazione» (così, A. MANGIARACINA, *L'acquisizione "europea" della prova cambia volto*, cit., p. 179, trasponendo i contenuti della *Relazione*); secondo l'Autrice citata, questa previsione costituisce un profilo innovativo e dovrebbe porre fine «all'uso della procedura d'instradamento». V. anche R.G. GRASSIA, *La disciplina delle intercettazioni*, cit., p. 213 s., che sottolinea come il legislatore abbia voluto regolamentare la questione in modo differente dalla giurisprudenza di legittimità, distinguendo, fondamentalmente, tra ipotesi in cui lo Stato è autonomo e ipotesi in cui è necessario l'intervento di un altro Stato dove il "bersaglio" (la persona o l'utenza sottoposta a intercettazione) si trovi.

[199] A. CISTERNA, *Un passo importante per omologare le investigazioni Ue*, cit., p. 41.

[200] C. MARINELLI, *Le intercettazioni di comunicazioni*, cit., p. 248.

[201] M. TROGU, sub *art. 43, D.lg. 21.6.2018, n. 108*, cit., p. 1098. V. anche Z. SECCHI, *Classificazione*, cit., p. 205.

[202] Cfr. E. APRILE, *Nuovi strumenti e tecniche investigative nell'ambito U.E.: intercettazioni all'estero, operazioni di polizia oltre frontiera, attività sotto copertura e videoconferenze con l'estero*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 444. V. anche R.G. GRASSIA, *La disciplina delle intercettazioni*, cit., p. 211.

c.p.p. perché l'attività è autorizzata verso tutte le comunicazioni e conversazioni in partenza da utenze italiane indeterminate e dirette verso quella straniera o viceversa. Ne deriva, evidentemente, una lesione dei diritti soggettivi di individui posti sotto la sovranità di un altro Stato, per questo motivo sarebbe necessario ricorrere al meccanismo della rogatoria internazionale[203]. Tale attività compiuta senza ricorso alla rogatoria, però, è stata giustificata sulla base dell'assunto secondo cui l'intera attività di intercettazione è compiuta su suolo italiano e non si verifica alcuna intrusione nella giurisdizione dello Stato estero dove si trova uno degli interlocutori, entrambi o il dispositivo intercettato[204]: l'instradamento, infatti, rappresenterebbe solo una modalità di attuazione dell'intercettazione autorizzata, ossia una tecnica di esecuzione delle operazioni o non una modalità dell'esecuzione (per modalità dell'esecuzione si intende l'individuazione del destinatario dell'utente intercettato e dell'ambiente in cui l'attività dovrà essere svolta)[205].

La dottrina, invece, nel vigore della disciplina precedente, ha criticato l'uso disinvolto dell'instradamento perché tale prassi investigativa consente l'intercettazione di un'utenza che si trovi all'estero e incide visibilmente su diritti soggettivi coperti dalla sovranità di un altro Stato, senza, tuttavia, sottostare alla disciplina della rogatoria internazionale che costituisce il mezzo attraverso cui è possibile "interferire" nella sovranità di altri Stati[206]. Inoltre, l'instradamento interferisce con il necessario vaglio da parte del giudice procedente perché non vi è la possibilità di conoscere preventivamente quali e quante saranno le utenze

[203] Lo evidenzia R.G. GRASSIA, *op. ult. cit.*, p. 212. Con riferimento a questi aspetti, cfr. M. TIBERI, *L'instradamento delle telefonate straniere: una prassi discutibile*, cit., p. 961.
[204] In questi termini, C. PARODI-N. QUAGLINO, *Intercettazioni*, cit., p. 108.
[205] G. DE AMICIS, *Le rogatorie in materia di indagini bancarie e finanziarie*, in G. LA GRECA-M.R. MARCHETTI (a cura di), *Rogatorie penali e cooperazione giudiziaria internazionale*, Giappichelli, 2003, p. 204 s.; v. anche R.G. GRASSIA, *op. ult. cit.*, p. 212 s.
[206] E. APRILE, *op. ult. cit.*, p. 444; v. anche M. TIBERI, *L'instradamento dlele telefonate straniere: una prassi discutibile*, cit., p. 960. Si è sostenuto, in proposito, che le intercettazioni, limitando il diritto alla libertà delle comunicazioni, dovrebbero sottostare al regime giuridico di tale bene giuridico che è soggetto alla sovranità dello Stato dove si trova l'utenza intercettata. In argomento v. anche F. RUGGIERI, *Le intercettazioni «per instradamento» sul canale internazionale*, cit., p. 1062 s. (a proposito dell'ordinanza del Tribunale del riesame di Bologna, 23 giugno 1998, Bossert).

intercettate[207]. Stando così le cose, il meccanismo della rogatoria dovrebbe essere impiegato in via residuale solo nell'ipotesi in cui l'intercettazione debba interamente essere eseguita all'estero, perché avente come "bersaglio" solo un'utenza straniera o comunicazioni non transitanti su "nodi" telefonici italiani.

Dalle disposizioni della direttiva e, in particolare, con il sistema delle informazioni da attivare (sul piano interno cfr. art. 44 d.lgs. cit.), si ritiene che, prescindendo dalla possibilità tecnica di procedere con la procedura dell'instradamento, tra gli Stati che hanno recepito la direttiva, sarà indispensabile provvedere alle notifiche richieste nei casi in cui il dispositivo o il sistema da intercettare si trovino sin dall'inizio dell'attività o si vengano a trovare nel corso della stessa sul territorio di un altro Stato membro; diversamente, potrà essere ravvisata l'inutilizzabilità[208].

Secondo alcuni, in sintesi, il meccanismo dell'instradamento, di fatto, è stato ripudiato dalla direttiva in favore del criterio della collocazione territoriale dei dispositivi in possesso della persona da intercettare, rendendo necessario alternativamente o l'ausilio tecnico di un altro Stato o quantomeno la notifica allo stesso e, dunque, il ricorso all'ordine di indagine[209].

Infine, l'art. 45 d.lgs. cit. completa la disciplina disponendo la trasmissione di un ordine di indagine finalizzato ad ottenere «*i dati esterni relativi al traffico telefonico o telematico nonché l'acquisizione di ogni altra informazione utile in possesso degli operatori di telecomunicazioni*» (1° comma); l'ordine deve contenere «*i dati tecnici necessari all'individuazione dell'utenza o del sistema informatico, ogni informazione utile all'identificazione della persona che li ha in uso e dell'operatore, se noti, nonché l'indicazione del reato per il quale si procede*»[210]. Tali operazioni, come le intercettazioni, devono collocarsi

[207] Lo evidenzia, M. TIBERI, *L'instradamento dlele telefonate straniere: una prassi discutibile*, cit., p. 961.
[208] Così, C. PARODI-N. QUAGLINO, *Intercettazioni*, cit., p. 109.
[209] È un'opinione espressa da G. BARROCU, *La cooperazione investigativa in ambito europeo*, cit., p. 303.
[210] A. CISTERNA, *Un passo importante per omologare le investigazioni Ue*, cit., p. 41. V. anche C. PARODI-N. QUAGLINO, *Intercettazioni: tutte le novità*, cit., p. 108. C. MARINELLI, *Le intercettazioni di comunicazioni*, cit., p. 249, osserva che sembrerebbe sufficiente l'indicazione del reato oggetto di indagine in luogo della motivazione invece necessariamente richiesta per un caso interno analogo.

necessariamente all'interno di un procedimento penale già avviato, non potendo essere attivate per finalità preventive, atteso che l'ordine di indagine riguarda solo l'acquisizione di elementi di prova da utilizzare in un procedimento penale. Possono così essere acquisiti, per mezzo dell'art. 45 d.lgs. cit., i tabulati telefonici contenenti i dati esterni relativi al traffico telefonico, ma anche i dati esterni relativi al traffico telematico e ogni altra informazione utile in possesso degli operatori di telecomunicazioni.

Infine, sotto un ulteriore profilo, in assenza di una disciplina specifica, in tema di intercettazioni, deve ritenersi applicabile la previsione generale dell'art. 3 d.lgs. cit., secondo cui nel compimento delle attività, i dati personali sono trattati secondo le disposizioni legislative che regolano il trattamento dei dati giudiziari e in conformità agli atti normativi dell'Unione e alle Convenzioni del Consiglio d'Europa[211].

[211] Così C. MARINELLI, *op. ult. cit.*, p. 249.

Capitolo settimo

L'UTILIZZABILITÀ DELLE PROVE RACCOLTE TRAMITE OEI

1. Un problema antico quanto la cooperazione internazionale
2. L'abdicazione del legislatore europeo sulle regole di ammissibilità e utilizzabilità delle indagini e delle prove raccolte tramite ordine di indagine
3. La soluzione adottata dal decreto attuativo della direttiva sull'ordine di indagine europeo
4. (*Segue*) Le regole di esclusione

1. Un problema antico quanto la cooperazione internazionale

Si è visto come il problema dell'utilizzabilità da parte dello Stato richiedente della prova assunta all'estero fosse presente già nel sistema di cooperazione internazionale tradizionale e, in particolare, rispetto al più tipico strumento della rogatoria[1]. Infatti la cooperazione è finalizzata alla formazione di atti processuali destinati a produrre effetti nel procedimento che si svolge nello Stato richiedente[2]. Pure si è già visto come il compimento e l'acquisizione della prova siano regolati dal diritto dello Stato in cui vengono svolte mentre le norme dello Stato del processo rilevano in sede di valutazione dell'efficacia della prova[3]. In questo senso non può che essere rimarcato come le modalità di esecuzione di una richiesta di assistenza possono essere non solo utili ma essenziali per non frustrare le esigenze di acquisizione della prova formata all'estero (si è così sviluppata l'esperienza della rogatoria partecipata, mai disciplinata, che ha verosimilmente ispirato le forme di "partecipazione" previste

[1] In generale, sul tema, A. SCELLA, *L'inutilizzabilità delle prove raccolte all'estero mediante rogatoria*, in G. LA GRECA-M.R. MARCHETTI (a cura di), *Rogatorie penali e cooperazione giudiziaria internazionale*, Giappichelli, 2003, p. 349 s.; G. UBERTIS, *La prova acquisita all'estero e la sua utilizzabilità in Italia*, in *Cass. pen.*, 2014, p. 696 s.; C. VALENTINI, *L'acquisizione della prova tra limiti territoriali e cooperazione con autorità straniere*, Cedam, 1998, p. 177 s.

[2] Il giudice dello Stato richiedente potrà accogliere o rifiutare l'atto e utilizzarlo a fondamento della motivazione del provvedimento qualora risulti conforme ai principi dell'ordinamento interno e qualora rilevi ai fini della decisione della vicenda processuale, così N. GALANTINI, *La cooperazione internazionale per la ricerca e l'acquisizione della prova*, in O. DOMINIONI (a cura di), *Argomenti di procedura penale internazionale*, Unicopli, 1982, p. 46.

[3] *Retro* cap. I, § 3, in particolare nt. 107.

dalla direttiva sull'ordine di indagine europeo, art. 9, par. 4° dir.; art. 29 d.lgs. n. 108 del 2017); si tratta di modalità che denotano un temperamento del principio *locus regit actum*[4].

All'interno del codice di rito il problema è affrontato secondo una duplice prospettiva, con norme complementari che individuano un blocco di disposizioni riguardanti i rapporti tra l'Italia e l'autorità straniera coinvolta dalla cooperazione (artt. 727-729 c.p.p.) e un blocco che disciplina come, nel processo interno, le acquisizioni probatorie contribuiscono alla formazione del compendio probatorio (artt. 431, 511, 511 *bis*-238-78 disp. att.; 512 *bis* c.p.p.): si tratta di regolare la "destinazione" degli atti nel fascicolo per il dibattimento (art. 431 c.p.p.)[5] e il modo in cui di questi deve esserne data lettura (art. 511 c.p.p.) nonché di stabilire quando, a prescindere dall'inserimento nel fascicolo suddetto, le dichiarazioni rese all'estero possono essere utilizzate nel processo italiano (art. 512 *bis* c.p.p.)[6]; in quest'ultimo caso, il giudice, tenuto conto degli altri elementi di prova acquisiti, dispone la lettura delle dichiarazioni rese da persone residenti all'estero, anche se assunte a seguito di rogatoria internazionale, se il dichiarante,

[4] In termini essenziali, lo Stato interessato/richiedente partecipa, previo consenso dello Stato richiesto, all'assunzione della prova e beneficia così della conoscenza immediata delle risultanze, senza alcuna intermediazione.

[5] F. FALATO, *Appunti di cooperazione giudiziaria penale*, ESI, 2012, p. 90 s., osserva che «L'inserimento degli atti assunti mediante rogatoria nel fascicolo per il dibattimento comporta che essi ricevano un trattamento diverso da quello a cui sono assoggettati gli *omologhi* assunti sul territorio nazionale. E se per gli atti irripetibili le differenze riguardano soltanto la maggiore estensione del concetto di *impossibilità oggettiva* (nel quale si inserisce la non ripetibilità dell'atto) – non più limitata alla irripetibilità del contenuto dell'atto, ovvero alla impossibilità oggettiva di riprodurre l'atto in dibattimento, ma estesa al contesto in cui l'atto è stato compiuto –, esse appaiono più rilevanti quando hanno ad oggetto i documenti e fanno apparire la rinuncia al *contraddittorio* (inteso qui come possibilità delle parti di interloquire) meno giustificata». Prosegue affermando che «non sembra che vi siano valide ragioni per sottrarre questa tipologia di documenti al procedimento probatorio relativo al documento assunto in territorio nazionale, e, di conseguenza, per privare la parte delle facoltà di *contraddire* sulla loro acquisizione-utilizzabilità. La linea normativa degli artt. 234; 493 comma 1; 495 comma 3; 515 c.p.p., riconoscendo alle parti il diritto di esaminare i documenti di cui è stata richiesta la ammissione prima che il giudice provveda sulla domanda a norma dell'art. 190 c.p.p., consente loro di controllarne la natura, nonché di conoscerne l'oggetto, vuoi per rilevare eventuali profili di inammissibilità, vuoi per consentire l'esercizio del diritto alla controprova, anche mediante la escussione del soggetto a cui il documento è riferibile». Continua precisando che nel caso del documento inserito nel fascicolo per il dibattimento «le parti possono interloquire al momento della formazione dello stesso o in sede di discussione delle questioni preliminari in dibattimento, ma soltanto per ottenere la esclusione di atti o di documenti che vi si assumono erroneamente inseriti, non anche per ragioni che riguardano la legalità, la rilevanza e la non superfluità del mezzo di prova». V. anche R. BELFIORE, *La prova penale "raccolta" all'estero*, Aracne, 2014, p. 62 s.

[6] Cfr. R. BELFIORE, *La prova penale "raccolta" all'estero*, cit., p. 86 s.

citato in Italia, non sia comparso e non sia assolutamente possibile l'esame dibattimentale[7].

Come si è visto, la norma principale che regola l'utilizzabilità nella prospettiva del rapporto tra gli Stati (art. 729 c.p.p.) ha subito nel tempo alcune rimodulazioni[8] che hanno avuto come effetto l'ampliamento delle ipotesi di inutilizzabilità degli atti raccolti per mezzo di rogatoria internazionale. A tale scopo l'art. 727, comma 9° c.p.p. dispone che sia l'autorità interessata a specificare le modalità di assistenza e gli elementi necessari affinché gli atti richiesti siano utilizzabili nel processo interno; al contempo, se lo Stato richiesto abbia imposto condizioni all'utilizzabilità degli atti richiesti, l'autorità italiana è vincolata al rispetto di tali condizioni.

2. L'abdicazione del legislatore europeo sulle regole di ammissibilità e utilizzabilità delle indagini e delle prove raccolte tramite ordine di indagine

Il legislatore europeo ha perso l'occasione di disciplinare, armonizzandole – almeno parzialmente – le regole di ammissibilità e di utilizzabilità delle indagini e delle prove raccolte nell'ambito della cooperazione regionale. Sebbene il "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) suggerisse di armonizzare gradualmente le regole probatorie, la direttiva si è orientata diversamente. Tale direzione, del resto, era stata indicata già nel Trattato di Lisbona (art. 82 TFUE)[9].

Il Libro verde[10], infatti, preso atto del fallimento della decisione-quadro sul mandato di ricerca della prova, aveva focalizzato l'attenzione anche sul problema dell'utilizzazione delle prove; tuttavia, non sono stati accolti i moniti nel senso di

[7] Per le osservazioni critiche a tale disciplina, si rinvia al cap. I, § 7.
[8] *Retro* cap. I, § 7.
[9] M.M. PISANI, *Problemi di prova in materia penale. La proposta di direttiva sull'Ordine Europeo di Indagine*, in *Arch. pen.*, 2011, 3, p. 3.
[10] Ancora prima, in tal senso, il Consiglio europeo di Tampere secondo cui era necessario ravvicinare le legislazioni tramite norme comuni, al fine di utilizzare le prove legalmente raccolte in uno Stato membro diverso da quello dove si svolge il processo.

predisposizione di regole comuni per la raccolta delle prove, optando, invece, per un sistema di richieste, contatti, dialoghi binari tra le autorità coinvolte.

Un'occasione persa, insomma, che non tiene conto di come le regole sull'ammissione e sull'esclusione delle prove siano essenziali, specie nel processo penale in cui vi è spesso necessità di contemperare l'esigenza istruttoria con le libertà fondamentali[11]. Ma al contempo una decisione forse imposta dalla ancora immatura voglia di cedere ulteriori porzioni della propria sovranità da parte degli Stati aderenti alla direttiva[12]. L'ammissibilità della prova, dunque, continua a restare nello scrigno del singolo legislatore nazionale e, di conseguenza, tutte le iniziative per uniformare e rendere circolabile il prodotto probatorio formato all'estero, anche quello mediante l'ordine di indagine europeo, rischiano di restare frustrate in concreto perché la reale efficacia delle prove assunte oltre i confini nazionali varia da Stato a Stato[13].

Con la direttiva si è dunque scelto di non affrontare il tema dell'utilizzabilità e dell'ammissibilità delle prove[14] e di attribuire al principio del

[11] *Retro* cap. II, § 4, soprattutto nt. 149 e 150, nonché G. ILLUMINATI, *L'armonizzazione della prova penale nell'Unione europea*, in ID. (a cura di), *Prova penale e Unione europea*, BUP, 2009, p. 13. V. anche M. DANIELE, *L'esclusione discrezionale delle prove nella direttiva sull'ordine europeo di indagine penale*, in M. CAIANIELLO-A. DI PIETRO (a cura di), *Indagini penali e amministrative in materia di frodi IVA e doganali*, Cacucci, 2016, p. 360.

[12] Osserva R.G. GRASSIA, *La disciplina delle intercettazioni: l'incidenza della direttiva 2014/41/UE sulla normativa italiana ed europea*, in T. BENE-L. LUPÀRIA-L. MARAFIOTI (a cura di), *L'ordine europeo di indagine. Criticità e prospettive*, Giappichelli, 2016, p. 215, che «La direttiva sembra trascurare completamente le implicazioni connesse alle differenze tra i diversi ordinamenti nazionali, per quanto concerne il regime di utilizzabilità dei dati conoscitivi *aliunde* raccolti, assunti cioè fuori dalla sede processuale in cui saranno valutati per la decisione». V. anche M. DANIELE, *L'esclusione discrezionale delle prove nella direttiva sull'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 360; R. DEL COCO, *Ordine europeo di indagine e poteri sanzionatori del giudice*, in *Dir. pen. cont*., 21 dicembre 2015, p. 5.

[13] Cfr. G. LASAGNI, *Profili critici sullo sviluppo della circolazione probatoria nell'Unione europea. Alcuni parametri di valutazione dei sistemi di cooperazione europei alla luce della direttiva OEI*, in M. CAIANIELLO-A. DI PIETRO (a cura di), *Indagini penali e amministrative in materia di frodi IVA e doganali*, cit., p. 354. V. anche R. DEL COCO, *Ordine europeo di indagine e poteri sanzionatori del giudice*, cit., passim.

[14] Secondo G. DARAIO, *La circolazione della prova nello spazio giudiziario europeo*, in L. KALB-S. NEGRI (a cura di), *Studi in materia di cooperazione giudiziaria penale*, estratto da *Spazio europeo di giustizia e procedimento penale italiano. Adattamenti normativi e approdi giurisprudenziali*, Giappichelli, 2013, p. 185, «Nel corso dei negoziati che hanno portato alla sua adozione, infatti, non è stata valorizzata la prospettiva di armonizzazione procedurale in relazione alla definizione dei caratteri minimi che la prova deve possedere per essere "utilizzabile" e poter così liberamente "circolare" all'interno dell'intero territorio dell'Unione europea».

mutuo riconoscimento[15] il compito di superare gli ostacoli derivanti dalla coesistenza di regimi di acquisizione e di utilizzabilità delle prove[16].

La direttiva si limita a disciplinare i rapporti tra gli Stati e le rispettive attribuzioni nel compimento delle operazioni istruttorie, disinteressandosi di quanto accade nel momento in cui la prova, raccolta secondo la *lex loci*, torna nello Stato dove si svolge il processo e, dunque, circola sul territorio europeo[17]. Ciò è aggravato dal ruolo salvifico affidato al principio di proporzione e all'utilizzo di formule legislative generiche e/o ambigue che devono essere interpretate dal singolo giudice[18]. Si è affermato che vi è stata una metamorfosi del diritto delle prove con sostituzione delle regole con «*norme a struttura aperta*» che prescrivono genericamente il rispetto delle formalità e delle procedure indicate dall'autorità di emissione e dei principi dell'ordinamento dello Stato di esecuzione e dei diritti fondamentali delle persone[19].

Secondo alcuni – che pur stigmatizzano le scelte compiute – la direttiva non sarebbe del tutto "agnostica" considerato che rinvia alle scelte dei singoli Stati, dunque, inducendo talvolta ad applicare integralmente le regole di esclusione previste dallo Stato di emissione, altre, stimolando «*una modulazione di queste ultime sulla base delle peculiarità del sistema dello Stato di esecuzione*»[20].

---

[15] A parere di G. DE AMICIS, *Limiti e prospettive del mandato europeo di ricerca della prova,* in *Dir. pen. cont.*, 4 aprile 2011, p. 27, dovrebbe essere imprescindibile l'esigenza di associare alle politiche di reciproco riconoscimento, in materia di circolazione probatoria, l'adozione di norme comuni finalizzate a far sì che la prova sia costruita secondo requisiti di qualità che la rendano fruibile su tutto il territorio europeo, e pertanto le istituzioni comunitarie … dovrebbero puntare a un «sostanziale bilanciamento tra le convergenti esigenze di un mutuo riconoscimento 'temperato' e di una prudente armonizzazione dei sistemi normativi interni».

[16] Circa le differenze dei regimi in materia di ammissione della prova nei diversi sistemi processuali europei, v. D. VICOLI, *Ammissione della prova e divieti probatori*, in G. ILLUMINATI (a cura di), *Prova penale e Unione europea*, cit., p. 19 s.

[17] Per la stigmatizzazione della scelta di non ravvicinare le legislazioni interne, v. A. TICONO PASTRANA, *L'ordine europeo di indagine penale*, in *Proc. pen. giust.*, 2017, 2, p. 357, nonché G. UBERTIS, *Considerazioni generali su investigazioni e prove transnazionali*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 51. V. anche V. CAMPILONGO, *La circolazione della prova nel contesto europeo, tra mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie ed armonizzazione normativa*, in *Cass. pen.*, 2014, p. 715.

[18] *Retro*, cap. IV, §§ 3 e 4. V. anche M. DANIELE, *L'esclusione discrezionale delle prove nella direttiva sull'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 364 s.

[19] Così, M. DANIELE, *La metamorfosi del diritto delle prove nella direttiva sull'ordine europeo di indagine penale*, in *Dir. pen. cont.*, riv. trim., 2015, 4, passim.

[20] Così, M. DANIELE, *La sfera d'uso delle prove raccolte*, in 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*, Giappichelli, 2018, p. 181. V. anche *amplius* § 4.

Sul piano delle conseguenze delle scelte operate dal legislatore, va osservato che le consapevoli lacune in ordine ad una disciplina comune sono gravide di problemi perché le (comuni) regole di esclusione probatoria che ne sarebbero dovute derivare sarebbero potuto essere il prodotto di bilanciamento tra metodo di accertamento del fatto, tutela dei diritti fondamentali ed esigenze repressive[21]. L'assenza di precise regole di esclusione, peraltro, amplifica i rischi per i diritti della difesa perché l'acquisizione all'estero, dove quelle garanzie non sono stabilite a pena di esclusione probatoria, potrebbe, in ipotesi, sanare eventuali *deficit* rispetto alle garanzie fondamentali che trovano spazio all'interno del singolo ordinamento[22]. Vi è il rischio, pertanto, creare «*corsie probatorie differenziate*»[23], così come, nel bilanciamento tra esigenze contrapposte lasciate all'attività interpretativa dei giudici, potrebbero «*prevalere letture "funzionali" in tema di diritti individuali*»[24].

Sebbene sia comune l'approccio di tralasciare la precisazione delle regole concernenti l'ammissibilità delle prove, una modalità diversa di affrontare il tema dell'utilizzabilità è quella indicata dal regolamento sulla Procura europea dove si prevede che gli elementi raccolti siano ammissibili al processo senza alcuna forma di convalida e indipendentemente dalle regole di raccolta e di acquisizione delle prove[25]. Più precisamente l'art. 37, par. 2° del Regolamento 2017/1939 del

[21] Cfr. M. DANIELE, *L'impatto dell'ordine europeo di indagine penale sulle regole probatorie nazionali*, in *Dir. pen. cont*., 28 dicembre 2016, p. 2; ID., *L'esclusione discrezionale delle prove nella direttiva sull'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 360. Diversamente R. BELFIORE, *La prova penale "raccolta" all'estero*, cit., p. 229 s., ritiene che il problema non riguardi la cooperazione perché questione interna, considerato che il tema dell'ammissibilità di una prova riguarda una deliberazione di pertinenza del giudice interno.

[22] Riflette su questo rischio, G. LASAGNI, *Profili critici sullo sviluppo della circolazione probatoria nell'Unione europea*, cit., p. 356 s. V. anche E. AMODIO, *Giusto processo*, procès équitable e fair trial*: la riscoperta del giusnaturalismo processuale in Europa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, p. 106 s.

[23] Così, R. DEL COCO, *Ordine europeo di indagine e poteri sanzionatori del giudice*, cit., p. 12. 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*, Cedam, 2012, p. 107.

[24] In questi termini, R. DEL COCO, *Ordine europeo di indagine e poteri sanzionatori del giudice*, cit., p. 15 s.

[25] Al riguardo, v. *retro* cap. II, § 6. Cfr. anche L. CAMALDO, *L'istituzione della Procura europea: il nuovo organo investigativo affonda le proprie radici negli ordinamenti nazionali*, in *Cass. pen.*, 2018, p. 972 s.

12 ottobre 2017, stabilisce che non possono essere escluse prove solo per il fatto che sono state raccolte in un altro Stato secondo il criterio della *lex loci*[26].

3. La soluzione adottata dal decreto attuativo della direttiva sull'ordine di indagine europeo

Per colmare in parte i problemi che possono emergere dalla mancanza di regole comuni in tema di ammissibilità e utilizzabilità delle prove raccolte oltre i confini dello Stato dove si svolge il processo, la direttiva e il decreto di attuazione hanno fatto tesoro dell'esperienza maturata in merito alle c.d. rogatorie partecipate pur senza accoglierne del tutto la disciplina. L'art. 29 del decreto di attuazione, infatti, stabilisce che, previo accordo con l'autorità di esecuzione, l'autorità che ha emesso l'ordine di indagine possa partecipare all'esecuzione dell'ordine, sia a titolo personale che delegando un ufficiale di polizia giudiziaria. In tale possibilità si è individuata una breccia per favorire il metodo dialettico nella formazione della prova perché l'autorità interessata – sia essa il pubblico ministero o il giudice che procede – potrebbe, con la sua presenza attiva, favorire il contraddittorio nella formazione della prova. Altresì la presenza dell'autorità direttamente interessata si presta a limitare gli inconvenienti che potrebbero derivare dalla disomogeneità di disciplina nei diversi orientamenti; si intende affermare che la partecipazione dell'autorità potrà contribuire ad individuare e formare un atto che sia, di fatto, utilizzabile nel diritto interno[27].

[26] In proposito è stato però osservato che ciò potrebbe causare un conflitto, una "crisi di rigetto" nel giudizio penale del Paese dove vigono regole diverse di ammissibilità della prova. Spetta infatti al giudice di merito valutare liberamente le prove e potrebbe dichiararne l'inutilizzabilità nei casi in cui siano state raccolte con modalità difformi dalla disciplina interna, così, L. CAMALDO, *op. ult. cit*., p. 973.

[27] Più diffusamente, *retro* cap. V, § 1. M. MENNA, *Mandato di ricerca della prova e sistemi probatori*, in *Dir. pen. proc*., 2011, p. 371, in proposito afferma che sarebbe opportuno che chi «concretamente acquisisca la prova al di fuori dei confini statuali in cui si stia svolgendo la controversia supposta conosca i limiti legali del contesto processuale in cui alla fine debbano utilizzarsi i prodotti dell'attività di riscontro e soprattutto che non vi sia contraddizione tra i diversi sistemi normativi che interessino il fenomeno acquisitivo».

Quello descritto è sicuramente un rimedio, ma non è risolutivo per le ipoteche che lo qualificano (il previo accordo con l'autorità titolare, la mera possibilità di partecipazione).

Pure non compiutamente risolutivo in tal senso è quanto stabilito dall'art. 9, par. 2° dir. e dall'art. 33 del decreto attuativo che prescrivono, in capo all'autorità di esecuzione, l'osservanza delle formalità e delle procedure espressamente indicate dall'autorità di emissione (con il limite del conflitto con i principi fondamentali del diritto dello Stato di esecuzione). Si innesta così – attraverso questo obbligo di conformazione – la *lex fori* nell'esecuzione dell'ordine di indagine, di guisa che, teoricamente, l'atto così formato dovrebbe essere più facilmente ammissibile nell'ordinamento dello Stato del processo[28].

Fatte salvo queste possibilità, per il resto, il decreto attuativo, si arresta su note minime sul tema, riproponendo la disciplina vigente per gli atti assunti all'estero mediante rogatoria.

L'art. 36 del decreto attuativo, infatti, stabilisce che siano inseriti nel fascicolo per il dibattimento (art. 431 c.p.p.) i documenti e i verbali degli atti non ripetibili (comma 1°, lett. *a*) nonché i verbali degli atti ripetibili «*ai quali i difensori sono stati posti in grado di assistere e di esercitare le facoltà loro consentite dalla legge italiana*», assunti all'estero mediante ordine di indagine (comma 1°, lett. *b*). In proposito occorre citare anche l'art. 33 del decreto attuativo che, come si è appena visto, prevede che l'autorità italiana possa concordare le modalità di compimento dell'atto istruttorio «*specificamente indicando i diritti e le facoltà riconosciuti dalla legge alle parti e ai loro difensori*»; tale formulazione presuppone l'osservanza integrale delle garanzie difensive previste dall'ordinamento italiano[29]. Visto sotto altra prospettiva, può

[28] Più diffusamente, *retro* cap. V, § 1. V. anche M. CAIANIELLO, *La nuova direttiva UE sull'ordine europeo di indagine penale tra mutuo riconoscimento e ammissione reciproca delle prove*, in *Proc. pen. giust.*, 2015, 3, p. 4; R. DEL COCO, *Ordine europeo di indagine e poteri sanzionatori del giudice*, cit., p. 13.

[29] F. RUGGIERI, *Le nuove frontiere dell'assistenza penale internazionale: l'ordine europeo di indagine penale*, in *Proc. pen. giust.*, 2018, 1, p. 139.

ben affermarsi che il rispetto di tali garanzie costituisca *conditio sine qua non* per l'inserimento nel fascicolo per il dibattimento[30].

L'art. 36 prevede, inoltre, che il giudice dia lettura dei verbali delle dichiarazioni rese all'estero, diversi dai verbali di incidente probatorio, acquisiti a seguito di un ordine di indagine emesso nelle fasi precedenti il giudizio (comma 2°), secondo le modalità previste dall'art. 512 *bis* c.p.p.[31]. Sul punto si è sostenuto che il controllo di proporzionalità consentirebbe tale lettura «*solo alla condizione che l'autorità straniera indicasse valide ragioni concrete per cui non è stato possibile adottare modalità di raccolta delle dichiarazioni capaci di salvaguardare … il nucleo essenziale del contraddittorio, svolgendo l'esame incrociato del dichiarante all'estero tramite la concelebrazione o … l'esame a distanza in videoconferenza*»[32].

Nulla di nuovo[33], dunque, è stato elaborato in merito a uno strumento che è diverso dalla rogatoria e che dovrebbe essere "preferito" perché ispirato alla mutua fiducia e al mutuo riconoscimento, sancendo una sorta di equivalenza tra l'atto compiuto in Italia e l'atto compiuto da Paese aderente alla direttiva[34]. Sul

---

[30] Cfr. M. DANIELE, *La sfera d'uso delle prove raccolte*, cit., p. 192 s., secondo cui per delineare il contenuto di tali garanzie, occorre evocare il principio di proporzionalità nel senso che all'autorità italiana spetti chiedere nell'ordine di indagine l'osservanza di tutte le garanzie difensive applicabili in un caso interno analogo mentre sull'autorità di esecuzione – che potrebbe sostituirle con le garanzie previste dalla *lex loci* – incomberebbe l'onere di motivare le eventuali deviazioni sulla base delle circostanze del caso concreto, spettando, in ultimo, al giudice competente decidere sulla possibilità di includere la prova tra quelle utilizzabili ai fini della decisione di merito o se la motivazione dello Stato estero risulti convincente.

[31] *Retro* cap. I, § 7.

[32] In questi termini, M. DANIELE, *La sfera d'uso delle prove raccolte*, cit., p. 194. La Corte di cassazione (Cass., S.U., 25 novembre 2010, De Francesco, in *C.E.D. Cass.* n. 250197, nonché in *Cass. pen.*, 2012, p. 858, con nota di SILVESTRI), riguardo alle rogatorie, si è orientata diversamente (v. cap. I, nt. 195).

[33] Vengono riproposti, in sostanza, gli stessi presidi normativi che il giudice interno deve osservare per decidere in merito all'ammissibilità e all'utilizzabilità della prova allogena; in questi termini R. DEL COCO, *Ordine europeo di indagine e poteri sanzionatori del giudice*, cit., p. 19. In questa prospettiva spetta al giudice del dibattimento il potere di dichiarare l'invalidità della prova acquisita o trasmessa in violazione dei principi di equivalenza e proporzionalità.

[34] Secondo R. BELFIORE, *Su alcuni aspetti del decreto di attuazione dell'ordine europeo di indagine penale*, in *Cass. pen.*, 2018, p. 409, «Il legislatore italiano avrebbe potuto preferire una scelta di uniformità con il regime di utilizzabilità degli atti di provenienza interna, così dimostrando maggiore rigore nel rispetto delle garanzie che presiedono la formazione della prova» (una scelta analoga è stata compiuta con il d.lgs. 34 del 2016 attuativo delle squadre investigative comuni, in cui è stabilito che gli atti compiuti dalla squadra hanno la stessa efficacia degli atti corrispondenti compiuti secondo le disposizioni del codice di rito e sono utilizzabili secondo la legge italiana). Aggiunge l'Autrice, che «al regime di utilizzabilità proprio degli atti di formazione interna devono ritenersi soggetti quegli atti probatori richiesti e ottenuti, tramite un ordine europeo, nel corso del giudizio. Dal silenzio del decreto sul

piano delle garanzie, peraltro, la giurisprudenza in materia di rogatorie ha fornito esegesi riduttive che paventano il rischio che, anche per l'ordine di indagine, possano riproporsi approcci altrettanto minimalisti[35]. Senonché, a presidio delle garanzie difensive previste nella procedura di ordine di indagine europeo, si evocano i principi di proporzione e di equivalenza, il rispetto dei quali è condizione per l'emissione dell'ordine di indagine (art. 6, par. 1°, lett. *a* e *b* dir.)[36], malgrado il decreto attuativo non li contempli in modo esplicito con riferimento alla procedura attiva. Difettando tali requisiti, immanenti nel diritto interno, le prove raccolte all'estero sono da ritenere inutilizzabili (art. 191 c.p.p.), sia in riferimento alle condizioni di ammissibilità che nell'ipotesi in cui siano reperite in violazione delle regole di assunzione e di acquisizione, tra cui rilevano le garanzie difensive di cui all'art. 431, comma 1°, lett. *f* c.p.p.[37]. Il rispetto delle regole nazionali, inoltre, si impone al fine di evitare un'elusione della normativa interna.

4. (*Segue*) Le regole di esclusione

A prescindere dalle valutazioni che dovrà compiere il giudice interno in merito all'ammissibilità delle prove e dall'assenza di uno statuto eurounitario, sono state individuate ipotesi in cui la sanzione dell'inutilizzabilità è implicita e altre in cui è esplicita[38].

Del primo gruppo fanno parte le prove acquisite in violazione dei requisiti nazionali di ammissibilità: si tratta delle ipotesi in cui non vi è rispetto dei presupposti che riguardano l'*an* delle operazioni istruttorie, che sono previste dai singoli sistemi, e che risolvono un bilanciamento tra esigenza investigativa e

---

punto è infatti possibile desumere che queste prove vengono acquisite al fascicolo dibattimentale solo quando conformi ai canoni di utilizzabilità interni, tenuto conto, quindi, del rispetto del contraddittorio e del diritto di difesa».

[35] 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*, Cedam, 2019, p. 378.

[36] Cfr. R. DEL COCO, *Ordine europeo di indagine e poteri sanzionatori del giudice*, cit., p. 7.

[37] E. LORENZETTO, *I diritti della difesa nelle dinamiche dell'ordine europeo di indagine penale,* cit., p. 379. V. anche M. DANIELE, *La sfera d'uso delle prove raccolte*, cit., p. 181.

[38] M. DANIELE, *La sfera d'uso delle prove raccolte*, cit., p. 182 s.

diritti fondamentali. Si pensi agli atti che attingono al diritto alla riservatezza o alle regole che operano in materia di prove dichiarative (diversi possono essere i beni giuridici che prevalgono: il diritto di difesa, il contraddittorio, il corretto accertamento dei fatti, i segreti).

La disposizione che induce a guardare in questa prospettiva è l'art. 6, par. 1° della direttiva dove si richiede il rispetto delle regole previste dalla legge dello Stato di emissione, dove si celebra il processo, condizione – quella per cui l'atto istruttorio deve essere emesso alle stesse condizioni di un caso interno analogo – affinché l'ordine di indagine possa venire emesso e trasmesso allo Stato di esecuzione, con la legittima aspettiva di non vedersi opporre un diniego. Sul piano della trasposizione interna, l'art. 27 del decreto attuativo si limita a stabilire che l'ordine possa essere emesso dal pubblico ministero o dal giudice «*nell'ambito delle rispettive attribuzioni*», con rinvio implicito, dunque, ai requisiti di ammissibilità previsti dall'ordinamento interno. Una specificazione è, invece, quella che riguarda le intercettazioni (artt. 43 e 44 del decreto attuativo); nondimeno, come già rilevato, si fa riferimento al solo pubblico ministero là dove, nel codice di rito, si prescrive l'intervento autorizzativo del giudice per le indagini preliminari (art. 267 c.p.p.).

Per quanto riguarda il tema specifico dei risultati delle intercettazioni che non necessitano dell'assistenza dello Stato straniero, è comunque necessario emettere un ordine di indagine accompagnato dal dovere di informare lo Stato interessato delle operazioni; ciò a causa del carattere invasivo del mezzo istruttorio con riferimento al diritto alla riservatezza[39].

Inutilizzabili risultano essere anche quelle prove raccolte senza utilizzare l'ordine di indagine, quando prescritto. La loro introduzione ed utilizzazione nel processo penale violerebbe la disciplina eurounitaria: si pensi alle prove raccolte autonomamente nel corso di un processo penale straniero che, prima della legislazione in commento, erano utilizzabili se oggetto di trasmissione spontanea

[39] Cfr. art. 31 dir. e art. 44 decreto attuativo. V. anche *retro*, cap. VI, § 6.

tra le autorità (sulla cui effettiva spontaneità sono sorti alcuni dubbi)[40]. Anche per tali prove è necessario accedere al sistema dell'ordine di indagine, come si ricava dal *Considerando* n. 7 e dagli artt. 1, par. 1° e 10, par. 2°, lett. *a* della direttiva, nonché gli artt. 2, comma 1°, lett. *a* e 9, comma 5°, lett. *a* del decreto attuativo. Così introdotte tali prove, il loro impiego dibattimentale è disciplinato dall'art. 78 disp. att. c.p.p.[41].

Altre regole risultano esplicitate con maggiore nettezza, in parte perché previste espressamente dalle regole nazionali, in parte perché previste dalla direttiva.

Quest'ultima ipotesi riguarda sempre il tema delle intercettazioni e, in particolare, di quelle effettuate senza l'assistenza tecnica dello Stato dove si trova il dispositivo o il sistema da intercettare. Si è già vista la prescrizione della notifica allo Stato coinvolto che deve accertare se l'intercettazione sarebbe consentita in un caso interno analogo (quindi secondo la *lex loci* che «proietta qui i suoi effetti anche nello Stato di emissione»[42]). Il divieto costituisce una applicazione del principio, stabilito dall'art. 729, comma 1° c.p.p. secondo cui l'autorità giudiziaria italiana è vincolata al rispetto delle eventuali condizioni di utilizzabilità imposte dallo Stato straniero.

Anche la violazione delle modalità previste dalla *lex fori* può determinare un divieto di utilizzabilità. Se ci focalizziamo sul profilo attivo, irrinunciabili sono l'osservanza delle norme che prevedono la partecipazione del difensore o l'adozione dell'esame incrociato nell'assunzione delle prove dichiarative. È quanto può desumersi dall'art. 9, par. 2° dir. e dagli artt. 4, comma 2° e 5, comma 3° del decreto attuativo, dove si prevede che l'autorità di esecuzione deve attenersi alle formalità e alle procedure espressamente indicate dall'autorità di emissione, salvo il conflitto con i principi fondamentali del diritto dello Stato di

[40] Spesso dietro tali prassi si nascondevano accordi fra le autorità giudiziarie volti ad evitare l'osservanza delle forme prescritte dalle fonti sovranazionali; cfr. sul punto M. DANIELE, *La sfera d'uso delle prove raccolte*, cit., p. 185 e G. MELILLO, *Tecniche investigative speciali e squadre investigative comuni*, in G. ILLUMINATI (a cura di), *Prova penale e Unione europea*, cit., p. 103. V. anche *retro*, cap. I, § 8.
[41] Cfr. M. DANIELE, *La sfera d'uso delle prove raccolte*, cit., p. 195 s. V. anche *retro*, cap. I, § 8.
[42] Così, M. DANIELE, *La sfera d'uso delle prove raccolte*, cit., p. 187.

esecuzione (cfr. in proposito l'art. 729, comma 9° c.p.p.[43]). Ma anche questa formulazione è stata ritenuta ambigua e suscettibile di arbitrio, ad evitare il quale si invoca il principio di proporzionalità «che deve informare l'interpretazione e l'applicazione delle norme sull'OEI»[44].

[43] In argomento, *retro* cap. I, § 7 e *retro* § 1.
[44] In questi termini, M. DANIELE, *La sfera d'uso delle prove raccolte*, cit., p. 190.

CONCLUSIONI

L'elaborato, avente ad oggetto l'assunzione della prova da parte dello Stato italiano fuori dal territorio nazionale, ha consegnato un quadro ampio e complesso della cooperazione penale in materia di prove, in primo luogo a causa della molteplicità delle fonti sia internazionali convenzionali che europee nonché delle relative trasposizioni interne.

Sul piano regionale il *focus* è rappresentato dalla direttiva europea – la 2014/41/UE relativa all'ordine di indagine europeo – provvedimento che si ispira al principio del mutuo riconoscimento, già noto in sede eurounitaria, che viene ad essere utilizzato come fondamento della cooperazione giudiziaria in sede penale, nonostante siano emersi altri paradigmi che sono stati consacrati – almeno a partire dal Trattato di Lisbona – come principi da seguire nella legislazione penale europea, anche processuale; tali sono l'armonizzazione e il ravvicinamento delle legislazioni dei singoli Stati membri.

L'opzione in favore del principio del reciproco riconoscimento sembra più timida ma anche meno problematica e, secondo alcuni, i due macro archetipi di cooperazione – mutuo riconoscimento e armonizzazione – potrebbero lavorare in sinergia, senza escludersi e anzi, l'uno dando più forza all'altro. Secondo altri, invece, sarebbe utopistico pensare di nutrire mutua fiducia in un ordinamento diverso senza previa opera di armonizzazione o, almeno, di ravvicinamento. Il dato certo è che anche gli Stati membri sono più restii all'armonizzazione piuttosto che all'adesione di una linea più morbida quale il reciproco riconoscimento. Ciò anche perché, almeno per quanto riguarda la materia delle prove di cui si tratta, il principio non è stato accolto in modo assoluto, ma prevede numerose aperture al dialogo tra le autorità degli Stati interessati che, pur viste complessivamente con favore, dal punto di vista teorico, smentiscono le fondamenta del principio di mutuo riconoscimento, di contro confermando la natura ibrida della direttiva.

La direttiva ha scelto di non affrontare il tema dell'utilizzabilità e dell'ammissibilità delle prove e di attribuire al principio del mutuo riconoscimento il compito di superare gli ostacoli derivanti dalla coesistenza di regimi di acquisizione e di utilizzabilità delle prove. La direttiva si limita, infatti, a disciplinare i rapporti tra gli Stati e le rispettive attribuzioni nel compimento delle operazioni istruttorie, disinteressandosi di quanto accade nel momento in cui la prova, raccolta secondo la *lex loci*, torna nello Stato dove si svolge il processo e, dunque, circola sul territorio europeo. A pesare è altresì il ruolo assegnato al principio di proporzione – quasi una sorta di panacea – rispetto alle incertezze procurate da "mali" quali l'utilizzo di formule legislative generiche e/o ambigue, che giocoforza attribuiscono abnorme pregnanza all'interpretazione fornita dal singolo giudice. Si è affermato che vi è stata una metamorfosi del diritto delle prove con sostituzione delle regole che prescrivono genericamente il rispetto delle formalità e delle procedure indicate dall'autorità di emissione e dei principi dell'ordinamento dello Stato di esecuzione e dei diritti fondamentali delle persone.

Sul piano interno si è analizzato il recepimento interno della direttiva ad opera del d.lgs. 21 giugno 2017, n. 108, recante "*Norme di attuazione della direttiva 2014/41/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 4 aprile 2014, relativa all'ordine europeo di indagine penale*". L'intervento legislativo però si accompagna – cronologicamente e contenutisticamente – alla riforma del Libro XI del codice di procedura penale (d.lgs. 3 ottobre 2017, n. 149) e alla legge 21 luglio 2016, n. 149, contenente la "*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*".

Sullo sfondo del rinnovato interesse per un settore trascurato anche da parte della dottrina e oggi invece oggetto di abbondante interesse da parte del

legislatore, si pone l'allarme per la criminalità transnazionale, che non lascia scelte agli Stati e, anzi, impone una cooperazione che superi i confini sovrani. Ciò è tanto più vero nel circuito eurounitario dove i confini territoriali sono venuti meno in favore di uno spazio unico, lo Spazio di libertà, sicurezza e giustizia.

Il lavoro si è sviluppato partendo dalle forme tradizionali di cooperazione giudiziaria (sostanzialmente la rogatoria e le sue varianti), analisi che ha consentito di individuare forme diversamente avanzate di cooperazione. Tralasciando i rapporti di "mera cortesia" che non rientrano nel concetto di cooperazione, accanto alla mutua assistenza si è sviluppato un più incisivo modello cooperativo che, formalmente abbandonati i canoni del *do ut des* e del principio della domanda, eleva il reciproco riconoscimento a canone primario della collaborazione (almeno all'interno dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia).

Il salto dalla mutua assistenza alla cooperazione che si ispira al reciproco riconoscimento appare dovuto alla partecipazione dell'Italia all'Unione europea, che presuppone un clima di reciproca fiducia anche in ordinamenti diversi da quello dello Stato membro di appartenenza. Nondimeno, gli schemi – più snelli e basati su una presunzione di reciproca fiducia tipici della collaborazione in seno all'Unione – hanno finito per influenzare anche il legislatore domestico là dove ha novellato il Libro XI del codice di rito, figlio di un rinnovato approccio con cui il legislatore italiano ha modernizzato la cooperazione giudiziaria penale *tout court*… avvicinando in modo considerevole le due macro aree internazionale ed eurounitaria.

I plurimi tentativi europei – una volta emerso il recente interesse per la *matière pénale* e, dunque, anche per i profili processuali – di disciplinare la prova penale in Europa, sono stati scandagliati brevemente per introdurre l'analisi di quello attuale.

In linea generale, lo strumentario in cui consiste l'ordine di indagine europeo (nei fatti una decisione giudiziaria trasmessa secondo un modulo

standard da compilare a cura dell'autorità giudiziaria di emissione) è connotato da sincretismo perché, accanto all'ordine di indagine "ordinario", caratterizzato da mutuo riconoscimento delle decisioni in materia di prove, vi sono altre procedure che si ispirano alla tradizionale mutua assistenza. Altresì vi è spazio per limitati motivi di rifiuto e di procedure di dialogo tra le autorità degli Stati interessati, modalità che si infrange con l'idea "pura" del mutuo riconoscimento che imporrebbe un'esecuzione *hit et nunc*.

L'analisi del provvedimento di recepimento interno si è focalizzata sulla procedura attiva. La trasposizione della direttiva è avvenuta riproponendo le formulazioni generiche e indefinite (per principi) tipiche della direttiva e della legislazione europea. Mutuati, dunque, sono stati anche i problemi che tale tecnica redazionale presenta, aprendo la strada ad un massiccio intervento giurisprudenziale nell'individuazione delle regole probatorie. Si è osservato, in proposito, come tale tecnica sia l'unica proponibile in assenza della auspicata armonizzazione. Gli Stati, infatti, pare abbiano preferito il mutuo riconoscimento, senza preoccuparsi se effettivamente ciò presupponga la mutua fiducia, piuttosto che accordarsi su contenuti minimi di regole probatorie.

La trasposizione dell'articolato, per il resto, si attesta su valori minimi, essenziali, di mero adattamento e "saldatura" della direttiva con l'ordinamento italiano. In particolare, si segnala la tiepida accoglienza riservata al tema dell'utilizzabilità delle prove raccolte all'estero tramite l'ordine di indagine europeo; il legislatore, infatti, ha fatto sostanzialmente un mero rinvio alle disposizioni analoghe a quelle cui sono sottoposte le prove assunte mediante rogatoria internazionale o, meglio, ne ha riproposto la disciplina prevista. È mancata, in altri termini, la valorizzazione della differenza ontologica tra strumenti basati sulla mutua assistenza e strumenti basati sul mutuo riconoscimento. Nessuna nuova disciplina è stata dunque creata per uno strumento diverso dalla rogatoria, che dovrebbe essere "preferito" perché ispirato alla mutua fiducia e al mutuo riconoscimento, sancendo, per tale via, una sorta di

equivalenza tra l'atto compiuto in Italia e l'atto compiuto da Paese aderente alla direttiva.

Numerosi accenni nella procedura di emissione dell'ordine di indagine sono fatti in merito ai profili difensivi, ma senza che ciò significhi legittimare la parte privata all'emissione di un ordine (legittimata è solo un'autorità giudiziaria) e senza introdurre forme analoghe a quelle previste dalla disciplina interna in tema di indagini difensive. Grazie ad un inciso che richiama i diritti e le facoltà «*riconosciuti dalla legge alle parti e ai loro difensori*», la normativa apre alla possibilità che l'autorità di emissione concordi con l'autorità straniera le modalità di compimento dell'atto di indagine o di prova, così da presidiare i diritti difensivi all'estero.

A voler tracciare un bilancio conclusivo sulla forza innovatrice del nuovo strumento in tema di acquisizione delle prove all'estero, quanto all'oggetto della "richiesta" ad uno Stato diverso da quello in cui si celebra il processo, a differenza della rogatoria che può essere utilizzata anche per effettuare notifiche e altre attività, l'ordine di indagine attiene esclusivamente alle prove, dunque, è più limitato l'ambito oggettivo.

Comune è invece la sostanziale esclusione delle parti private nella legittimazione (malgrado uno spunto in tale direzione provenisse dalla direttiva 2014/41/UE, che non ha trovato terreno fertile nel legislatore).

La determinazione della legge applicabile, elemento che pure avrebbe potuto rivoluzionare il sistema, appare sempre ancorata al luogo dove si acquisisce la prova; il principio *locus regit actum*, in virtù del quale occorre osservare la legge del luogo in cui la prova si trova ed è formata, è confermato anche con riferimento all'ordine di indagine, sebbene vi sia la possibilità per le autorità giudiziarie coinvolte di concordare specifiche modalità. Un'ulteriore apertura si rinviene nel "temperamento" della *lex loci*, in forza di quelle previsioni che impongono che l'autorità dell'esecuzione debba attenersi alle formalità e alle procedure espressamente indicate dall'autorità richiedente (onde favorire in concreto l'utilizzabilità delle acquisizioni probatorie), salvo il limite

del conflitto con i principi fondamentali dello Stato dove la prova viene formata. Nessuno spazio è stato invece accordato alla *lex fori*, come ci si sarebbe attesi da una disciplina che si ispira al mutuo riconoscimento.

Effettivo distacco rispetto alla disciplina delle rogatorie si coglie nella dicotomia "discrezionalità politica" / "tassativi motivi di rifiuto alla esecuzione"; tale ultima previsione, infatti, consente di predeterminare – in modo certo e prevedibile – le possibili obiezioni che lo Stato richiesto potrebbe muovere alla richiesta di collaborazione.

Altresì la nuova disciplina segna il passo rispetto alla precedente quanto alle modalità di trasmissione e di esecuzione della "richiesta": alla complessità e lunghezza dei tempi caratteristici del sistema rogatoriale tradizionale si contrappone la trasmissione diretta tra le autorità giudiziarie, con conseguente abolizione del filtro ministeriale, del novello strumento europeo; inoltre, la tempistica è predeterminata con previsione di eccezioni comunque da motivare.

Un tale assetto è favorito dall'adozione di una modulistica omogenea per tutti gli Stati membri a cui si applica la direttiva 2014/41/UE che favorisce la circolazione perché condensa in un modello *standard* – cui la richiesta deve essere conforme – quei postulati di fiducia reciproca negli ordinamenti degli altri Stati che sono alla base dell'ideale del mutuo riconoscimento.

Quanto ai determinati atti di indagine che trovano la propria regolamentazione nelle convenzioni (cfr. MAP), la coincidenza temporale con cui tale Convenzione è stata ratificata, con i tempi della direttiva 2014/41/UE e del decreto attuativo, consente di rilevare una coincidenza anche contenutistica. Invero il codice di rito, come riformato appunto recependo i contenuti della Convenzione di Bruxelles del 2000, è in larga parte sovrapponibile alla disciplina di quei "determinati atti di indagine" regolati *ad hoc* all'interno della normativa sull'ordine di indagine europeo. E non poteva essere molto diverso, poiché, anche la disciplina dell'ordine di indagine recepisce gli stessi contenuti dalla medesima fonte convenzionale.

Conclusivamente, se non può negarsi che la disciplina abbia elementi di novità, neppure può affermarsi che vi sia stato un radicale cambiamento di prospettiva rispetto a forme più evolute di cooperazione giudiziaria. Solo l'applicazione pratica potrà smentire o confermare l'utilità e il valore della nuova normativa.

BIBLIOGRAFIA

AA.VV., *Investigazioni e prove transnazionali*, Giuffrè, 2017.

E. Adobati-G. Capecchi-N. Parisi-A. Santini-M.C. Statella, *Il mercato interno e la politica commerciale comune*, in U. Draetta-N. Parisi (a cura di), *Elementi di diritto dell'Unione europea. Parte speciale. Il diritto sostanziale*, 3ª ed., Giuffrè, 2010.

M.G. Aimonetto, *L'acquisizione della prova dichiarativa*, in *Cass. pen*., 2008, p. 4806.

M.G. Aimonetto, *L'acquisizione della prova dichiarativa*, in G. Illuminati (a cura di), *Prova penale e Unione europea*, BUP, 2009, p. 31.

F. Albano, *Sui limiti territoriali delle indagini difensive: note a margine di una discutibile pronuncia*, in *Cass. pen*., 2008, p. 4708.

T. Alesci, *Le garanzie difensive e il ruolo del difensore nello spazio giudiziario europeo alla luce della direttiva sull'OEI*, in T. Bene-L. Lupària-L. Marafioti (a cura di), *L'ordine europeo di indagine. Criticità e prospettive*, Giappichelli, 2016, p. 101.

S. Allegrezza, *Cooperazione giudiziaria, mutuo riconoscimento e circolazione della prova penale nello spazio giudiziario europeo*, in T. Rafaraci (a cura di), *L'area di libertà sicurezza e giustizia. Alla ricerca di un equilibrio fra priorità repressive ed esigenze di garanzia*, Giuffrè, 2007, p. 691.

S. Allegrezza, *L'armonizzazione della prova penale alla luce del Trattato di Lisbona*, in *Cass. pen*., 2008, p. 3882.

S. Allegrezza, *L'armonizzazione della prova penale alla luce del Trattato di Lisbona*, in G. Illuminati (a cura di), *Prova penale e Unione europea*, BUP, 2009, p. 161.

S. Allegrezza, *Statuto e poteri del pubblico ministero europeo*, in M.R. Marchetti (a cura di), *I nuovi orizzonti della giustizia penale europea*, Giuffrè, 2015, p. 279.

S. Allegrezza-F. Nicolicchia, *L'acquisizione della prova all'estero e i profili transnazional*i, in G. Canzio-L.D. Cerqua-L. Lupària (a cura di), *Diritto penale delle società*, Cedam, 2014, p. 1249.

U. Aloisi, *Manuale pratico di procedura penale*, vol. IV, Giuffrè, 1943.

U. Aloisi-N. Fini, voce *Estradizione*, in *Noviss. Dig. it*., vol. VI, 1968, p. 1007 s.

C. Amalfitano, *Spazio giudiziario europeo e libera circolazione delle decisioni penali*, in S.M. Carbone-M. Chiavario (a cura di), *Cooperazione giudiziaria civile e penale nel diritto dell'Unione europea*, Giappichelli, 2008, p. 1.

C. Amalfitano, *Le prime direttive europee sul ravvicinamento "processuale": il diritto all'interpretazione, alla traduzione e all'informazione nei procedimenti penali*, in R. Del Coco-E. Pistoia (a cura di), *Stranieri e giustizia penale. Problemi di perseguibilità e di garanzie nella normativa nazionale ed europea*, Cacucci, 2014, p. 1.

E. Amodio, *Diritto di difesa e diritto alla prova nello spazio giudiziario europeo*, in *Foro ambr*., 2001, f. 4, p. 549.

E. Amodio, *Giusto processo*, procès équitable e fair trial*: la riscoperta del giusnaturalismo processuale in Europa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, p. 93.

E. Amodio, *Garanzie oggettive per la pubblica accusa? A proposito di indagini difensive e giudizio abbreviato nel quadro costituzionale*, in *Cass. pen*., 2010, p. 17.

E. Amodio, *Diritto di difesa e diritto alla prova nello spazio giudiziario europeo*, in A. Lanzi-F. Ruggieri-L. Camaldo (a cura di), *Il difensore e il pubblico ministero europeo*, Cedam, 2012, p. 103.

E. Amodio, *Relazione introduttiva*, in M.R. Marchetti (a cura di), *I nuovi orizzonti della giustizia penale europea*, Giuffrè, 2015, p. 15.

E. Andolina, *Cooperazione-integrazione penale nell'Unione europea*, in *Cass. pen*., 2001, p. 2898.

C. Angeloni, *L'inammissibilità di investigazioni difensive all'estero: una ricostruzione plausibile?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 1384.

E. Aprile, *Diritto processuale penale europeo e internazionale*, Cedam, 2007.

E. Aprile, *Nuovi strumenti e tecniche investigative nell'ambito U.E.: intercettazioni all'estero, operazioni di polizia oltre frontiera, attività sotto copertura e videoconferenze con l'estero*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 440.

E. Aprile-F. Spiezia, *I nuovi rapporti tra la giurisdizione penale italiana ed il diritto europeo*, in E. Aprile-F. Spiezia, *Cooperazione giudiziaria penale nell'Unione europea prima e dopo il Trattato di Lisbona*, Ipsoa, 2009, p. 3.

E. Aprile-F. Spiezia, *Cooperazione giudiziaria penale nell'Unione europea prima e dopo il Trattato di Lisbona*, Ipsoa, 2009.

S. Arasi, *"Nuovi" rapporti giurisdizionali con le autorità straniere: le modifiche al codice di procedura penale*, in *Proc. pen. giust*., 2018, p. 577.

A. Arena-F. Bestagno-G. Rossolillo, *Mercato unico e libertà di circolazione nell'Unione europea*, Giappichelli, 2016.

A. Balsamo, *Intercettazioni: gli standards europei, la realtà italiana, le prospettive di riforma*, in *Cass. pen*., 2009, p. 4023.

A. Balsamo, *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*, Giuffrè, 2015, p. 227.

A. Balsamo, *Le intercettazioni mediante virus informatico tra processo penale italiano e Corte europea*, in *Cass. pen*., 2016, p. 2274.

A. Balsamo, *Intercettazioni ambientali mobili e cooperazione giudiziaria internazionale: le indicazioni desumibili dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in *Cass. pen*., 2016, p. 4236.

M. Bargis, *Costituzione per l'Europa e cooperazione giudiziaria penale in materia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2005, p. 144.

M. Bargis, *Studi di diritto processuale penale*, vol. II, *Questioni europee e ricadute italiane*, 2ª ed., Giappichelli, 2007.

M. Bargis, *La cooperazione penale nell'Unione europea tra mutuo riconoscimento e armonizzazione: analisi e prospettive,* in *Riv. it. proc.*, 2012, p. 914.

M. Bargis, *Il mandato di arresto europeo dalla decisione quadro del 2002 alle odierne prospettive,* in *Dir. pen. cont*., 19 maggio 2015.

M. Bargis-E. Selvaggi (a cura di), *Mandato d'arresto europeo. Dall'estradizione alle procedure di consegna,* Giappichelli, 2005.

R. Barsotti, *Premessa. L. 5.10.2001, n. 367,* in *Leg. pen*., 2002, p. 679.

G. Barrocu, *Rogatorie penali internazionali*, in *Enc. giur. Treccani,* 2007, vol. XXXII.

G. Barrocu, *Le indagini sotto copertura*, Jovene, 2011.

G. Barrocu, sub *art. 696 c.p.p*., in G. Conso-G. Illuminati (a cura di), *Commentario breve al codice di procedura penale*, 2ª ed., Cedam, 2015, p. 3065.

G. Barrocu, *La cooperazione investigativa in ambito europeo. Da Eurojust all'ordine di indagine*, Cedam, 2017.

G. Barrocu, *Le squadre investigative comuni*, in M.R. Marchetti-E. Selvaggi (a cura di), *La nuova cooperazione giudiziaria penale*, Cedam, 2019, p. 383.

R. Belfiore, *Il mandato europeo di ricerca delle prove e l'assistenza giudiziaria nell'Unione europea*, in *Cass. pen*., 2008, p. 3894.

R. Belfiore, *La prova penale "raccolta" all'estero*, Aracne, 2014.

R. Belfiore, *Riflessioni a margine della direttiva sull'ordine europeo di indagine penale*, in *Cass. pen*., 2015, p. 3288.

R. Belfiore, *Le squadre investigative comuni nel decreto legislativo n. 34/2016*, in *Cass. pen*., 2016, p. 3886.

R. Belfiore, *Su alcuni aspetti del decreto di attuazione dell'ordine europeo di indagine penale*, in *Cass. pen.*, 2018, p. 400.

R. Belfiore, *Le indagini bancarie*, in M.R. Marchetti-E. Selvaggi (a cura di), *La nuova cooperazione giudiziaria penale*, Cedam, 2019, p. 437.

H. Belluta, *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.

T. Bene, *Direttive europee in tema di reciproco riconoscimento*, in *Treccani. Il libro dell'anno del diritto*, 2017, p. 683.

T. Bene-L. Lupària-L. Marafioti (a cura di), *L'ordine europeo di indagine. Criticità e prospettive*, Giappichelli, 2016.

T. Bene-A. Marandola (a cura di), *Il d.lgs. 15 febbraio 2016, n. 34: l'attuazione delle squadre investigative comuni nell'ordinamento italiano*, in *Cooperazione giudiziaria internazionale. I decreti legislativi di attuazione*, *Il Penalista*, Giuffrè, ottobre 2018.

A. Bernardi, *Strategie per l'armonizzazione dei sistemi penali europei*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2002, p. 787.

A. Bernardi, *L'europeizzazione del diritto e della scienza penale*, Giappichelli, 2004.

C. Bertolini, *Percorsi* soft *di armonizzazione e ravvicinamento*, in E. Catelani (a cura di), *L'ordinamento giuridico italiano nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, Editoriale scientifica, 2014, p. 205.

F. Bianco, *Mutuo riconoscimento e principio di legalità alla luce delle nuove competenze dell'Unione europea in materia penale*, in G. Grasso-L. Picotti-R. Sicurella (a cura di), *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, Giuffrè, 2011, p. 171.

M.A. Biasiotti-M. Epifani-F. Turchi (a cura di), *Trattamento e scambio della prova digitale in Europa*, ESI, 2015.

M.A. Biasiotti, *Presente e futuro dello scambio della prova elettronica in Europa*, in M.A. Biasotti-M. Epifani-F. Turchi (a cura di), *Trattamento e scambio della prova digitale in Europa*, ESI, 2015, p. 36.

G. Biondi, *La giurisprudenza in tema di indagini difensive, con particolare riferimento all'attività di assunzione di informazioni*, in *Giur. mer*., 2008, 1, p. 7.

M. Bolognari, *Le videoconferenze*, in 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*, Giappichelli, 2018, p. 257.

M. Bontempelli, *Il captatore informatico in attesa della riforma*, in *Dir. pen. cont*., 20 dicembre 2018.

R. Bontempi, *Gli accordi di Schengen*, in B. Nascimbene (a cura di), *Da Schengen a Maastricht. Apertura delle frontiere, cooperazione giudiziaria e di polizia*, Giuffrè, 1995, p. 35.

M.B. Bordieri, *L'impiego della videoconferenza nella cooperazione giudiziaria tra Stati*, in *Cass. pen*., 2003, p. 1124.

M.B. Bordieri, *Inutilizzabilità delle investigazioni difensive compiute all'estero*, in *Cass. pen*., 2009, p. 2035.

G. Borgia, *Pubblico ministero europeo: tra presente e passato, nuove prospettive alla luce dei recenti atti di terrorismo*, in *Arch. pen*., 2016, 2.

G. Bosco, sub *art. 526 c.p.p.*, in G. Conso-G. Illuminati (a cura di), *Commentario breve al codice di procedura penale*, 2ª ed., Cedam, 2015, p. 2392.

S. Buzzelli, *Diritto di difesa e rogatorie attive dopo l'abrogazione dell'art. 31 delle Preleggi*, in *Dir. pen. proc*., 1996, p. 311.

S. Buzzelli, voce *Processo penale europeo*, in Enc. dir., Annali II-I, 2008.

S. Buzzelli, *Videoconferenze*, in AA.VV., *Investigazioni e prove transnazionali*, Giuffrè, 2017, p. 215.

S. Buzzelli, *Le videoconferenze transnazionali*, in *Proc. pen. giust*., 2017, 2, p. 326.

M. Cagossi, *Un illustre assente: la vittima del reato nell'ordine europeo di indagine penale*, in T. Bene-L. Lupària-L. Marafioti (a cura di), *L'ordine europeo di indagine. Criticità e prospettive*, Giappichelli, 2016, p. 119 s.

M. Caianiello, *Il principio di proporzionalità nel procedimento penale*, in *Dir. pen. cont*., 2014, 3-4, p. 143 s.

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

M. Caianiello, *Verso l'attuazione della direttiva UE sull'ordine europeo di indagine penale*, in M. Caianiello-A. Di Pietro (a cura di), *Indagini penali e amministrative in materia di frodi IVA e doganali*, Cacucci, 2016, p. 305.

M. Caianiello, *L'attuazione della direttiva sull'ordine europeo di indagine penale e le sue ricadute nel campo del diritto probatorio*, in *Cass. pen*., 2018, p. 2197.

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. Il nuovo volto della raccolta transnazionale delle prove nel d.lgs. n. 108 del 2017*, Giappichelli, 2018, p. 17.

M. Caianiello-A. Di Pietro (a cura di), *Indagini penali e amministrative in materia di frodi IVA e doganali*, Cacucci, 2016.

E. Calvanese, *Tipologia e gerarchia delle fonti*, in G. La Greca-M.R. Marchetti (a cura di), *Rogatorie penali e cooperazione giudiziaria internazionale*, Giappichelli, 2003, p. 31.

E. Calvanese, *Cooperazione giudiziaria tra Stati e trasmissione spontanea di informazioni: condizioni e limiti di utilizzabilità*, in *Cass. pen*., 2003, p. 458.

E. Calvanese, *La cooperazione giudiziaria in materia di sequestro*, in *Cass. pen*., 2003, p. 3894.

E. Calvanese, *Le rogatorie per l'estero*, in M.R. Marchetti-E. Selvaggi (a cura di), *La nuova cooperazione giudiziaria penale*, Cedam, 2019, p. 75.

E. Calvanese-G. De Amicis, *Le nuove frontiere della cooperazione giudiziaria penale nell'Unione europea*, in *Doc. giust*., 2000, n. 6, c. 1303.

L. Camaldo, *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*, II, La Tribuna, 2010, p. 69.

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.

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*., 19 luglio 2017.

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, p. 4196.

L. Camaldo, *Le squadre investigative comuni: la normativa di attuazione dopo una lunga attesa (d. lgs. 15 febbraio 2016, n. 34)*, in F. Ruggieri (a cura di), *Processo penale e regole europee*, Giappichelli, 2017, p. 17.

L. Camaldo, *L'istituzione della Procura europea: il nuovo organo investigativo affonda le proprie radici negli ordinamenti nazionali*, in *Cass. pen*., 2018, p. 958.

L. Camaldo (a cura di), *Mandato d'arresto europeo e investigazioni difensive all'estero*, Giuffrè, 2018.

L. Camaldo-F. Cerqua, *La direttiva sull'ordine europeo di indagine penale: le nuove prospettive per la libera circolazione delle prove*, in *Cass. pen*., 2014, p. 3511.

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, p. 3043.

I. Caminiti, *L'effettiva portata del principio* locus regit actum, in *Giur. it*., 2002, p. 1910.

S. Campailla, *La "circolazione" giudiziaria europea dopo Lisbona*, in *Proc. pen. giust.*, 2011, p. 90.

V. Campilongo, *La circolazione della prova nel contesto europeo, tra mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie ed armonizzazione normativa*, in *Cass. pen*., 2014, p. 707.

G. Canzio-L.D. Cerqua-L. Lupària (a cura di), *Diritto penale delle società*, Cedam, 2014.

S.M. Carbone-M. Chiavario (a cura di), *Cooperazione giudiziaria civile e penale nel diritto dell'Unione europea*, Giappichelli, 2008.

G. Capaldo, sub *art. 727 c.p.p.*, in M. Chiavario (a cura di), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, vol. VI, Utet, 1991, p. 794.

A. Cappello, *Il ruolo dell'avvocato della difesa nel processo penale in Francia*, in L. Filippi-P. Gualtieri-P. Moscarini-A. Scalfati (a cura di), *Circolazione investigativa e spazio giuridico europeo: strumenti, soggetti, risultati*, Cedam, 2010, p. 293.

D. Carcano, *Norme comuni e norme internazionali sull'assistenza giudiziaria in materia penale*, in *Doc. giust*., 2000, n. 6, c. 1043.

D. Carcano, *L'irregolarità dello Stato estero blocca la prova*, in *Guida dir*., 2001, n. 42, p. 53.

D. Carcano, *I principi pattizi: da modalità di esecuzione a limiti alla concedibilità o utilizzabilità*, in G. La Greca-M.R. Marchetti (a cura di), *Rogatorie penali e cooperazione giudiziaria internazionale*, Giappichelli, 2003, p. 117.

C. Cascone, *Addio alle rogatorie tramite il Ministero: trasmissione diretta fra i magistrati*, in *Dir. e giust*., 2004, n. 37, p. 49.

G.C. Caselli-G. De Amicis, *Il coordinamento delle indagini transnazionali fra assistenza giudiziaria ed indagini comuni*, in G. Melillo-A. Spataro-P.L. Vigna (a cura di), *Il coordinamento delle indagini di criminalità organizzata e terrorismo*, Giuffrè, 2004, p. 145.

E. Catelani (a cura di), *L'ordinamento giuridico italiano nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, Editoriale scientifica, 2014.

G. Catelani, *I rapporti internazionali in materia penale*, Giuffrè, 1995.

A. Cavanna, *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico*, Giuffrè, 1982.

C. Cesari, sub *art. 512* bis *c.p.p.*, in G. Conso-G. Illuminati (a cura di), *Commentario breve al codice di procedura penale*, 2ª ed., Cedam, 2015, p. 2324.

E. Cesqui, *Il ruolo del Ministero nella cooperazione penale*, in *Cass. pen*., 2019, p. 14 s.

M. Chiavario (a cura di), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, vol. VI, Utet, 1991.

M. Chiavario, *Cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale a livello europeo*, in *Riv. it. dir. pen. proc*., 2005, p. 974.

M. Chiavario (a cura di), *Nuove tecnologie e processo penale. Giustizia e scienza: saperi diversi a confronto*, Giappichelli, 2006.

M. Chiavario, *Giustizia europea e processo penale: nuovi scenari e nuovi problemi*, in *Leg. pen*., 2008, p. 461.

M. Chiavario, *Diritto processuale penale*, 7ª ed., Utet giuridica, 2017.

A. Ciampi, *L'assunzione di prove penali all'estero e esercizio di diritti di difesa dell'imputato*, in *Doc. giust.*, 2000, n. 6, c. 1083.

A. Ciampi, *Assunzione di prove penali all'estero in materia penale*, Cedam, 2003.

A. Ciavola, sub *art. 90 c.p.p*., in G. Conso-G. Illuminati (a cura di), *Commentario breve al codice di procedura penale*, 2ª ed., Cedam, 2015, p. 284.

D. Cimadomo, *Ordine europeo di indagine penale e garanzie della difesa. Brevi considerazioni a margine della direttiva 2014/41/UE*, in T. Bene-L. Lupària-L. Marafioti (a cura di), *L'ordine europeo di indagine. Criticità e prospettive*, Giappichelli, 2016, p. 219 s.

A. Cisterna, *Un passo importante per omologare le investigazioni Ue*, in *Guida al dir*., 2017, n. 40, p. 31.

G. Colaiacovo, *I nuovi orizzonti della giustizia penale europea*, in *Cass. pen*., 2015, p. 1654.

B. Conforti, *Diritto internazionale*, ESI, 1987.

G. Conso-V. Grevi-M. Bargis (a cura di), *Compendio di procedura penale*, 9ª ed., Cedam, 2018.

G. Conso-V. Grevi- G. Neppi Modona (a cura di), *Il nuovo codice di procedura penale. Dalle leggi delega ai decreti delegati*, vol. IV, *Il progetto preliminare del 1988*, Cedam, 1990.

G. Conso-G. Illuminati (a cura di), *Commentario breve al codice di procedura penale*, 2ª ed., Cedam, 2015.

M.G. Coppetta, sub *art. 493 c.p.p*., in G. Conso-G. Illuminati (a cura di), *Commentario breve al codice di procedura penale*, 2ª ed., Cedam, 2015, p. 2223.

M.G. Coppetta, sub *art. 495 c.p*.p., in G. Conso-G. Illuminati (a cura di), *Commentario breve al codice di procedura penale*, 2ª ed., Cedam, 2015, p. 2231.

F. Cordero, *Precetti costituzionali e rogatorie all'estero: l'arte della mannaia*, in *Dir. e giust*., 2001, n. 43, p. 8.

F. Cordero, *Procedura penale*, 9ª ed., Giuffrè, 2012.

P. Corso-E. Zanetti, *Studi in onore di Mario Pisani*, II, La Tribuna, 2010.

D. Curtotti Nappi, *I nuovi orizzonti investigativi del difensore: le informazioni assunte all'estero*, in *Giur. it*., 2008, 4, p. 987; in *Osservatorio del processo penale*, 2007, 2, p. 14.

D.C. Cultrera, *La normativa sulle investigazioni difensive in altri Paesi dell'Unione europea*, in L. Camaldo (a cura di), *Mandato d'arresto europeo e investigazioni difensive all'estero*, Giuffrè, 2018, p. 127.

A.A. Dalia-M. Ferraioli, *Manuale di diritto processuale penale*, 10ª ed., Cedam, 2018, p. 1014.

A. Damato, *Il diritto penale processuale*, in A. Damato-P. De Pasquale-N. Parisi (a cura di), *Argomenti di diritto penale europeo*, 2ª ed., Giappichelli, 2013, p. 1.

A. Damato-P. De Pasquale-N. Parisi (a cura di), *Argomenti di diritto penale europeo*, 2ª ed., Giappichelli, 2013.

M. Daniele, *La valutazione della prova*, in G. Illuminati (a cura di), *Prova penale e Unione europea*, BUP, 2009, p. 45.

M. Daniele, *Regole di esclusione e regole di valutazione della prova*, Giappichelli, 2009.

M. Daniele, *Il contraddittorio "impossibile" nell'assunzione delle testimonianze penali all'estero*, in *Riv. dir. proc*., 2010, p. 204.

M. Daniele, *La formazione digitale delle prove dichiarative. L'esame a distanza tra regole interne e diritto sovranazionale*, Giappichelli, 2012.

M. Daniele, *La metamorfosi del diritto delle prove nella direttiva sull'ordine europeo di indagine penale*, in *Dir. pen. cont*., riv. trim., 2015, 4, p. 86.

M. Daniele, *L'impatto dell'ordine europeo di indagine penale sulle regole probatorie nazionali*, in *Dir. pen. cont.*, 28 dicembre 2016.

M. Daniele, *L'ordine europeo di indagine penale entra a regime. Prime riflessioni sul d. lgs. n. 108 del 2017*, in *Dir. pen. cont*., 2017, 7-8, p. 208.

M. Daniele, *Ordine europeo di indagine*, in AA.VV., *Investigazioni e prove transnazionali*, Giuffrè, 2017, p. 53.

M. Daniele, *Ricerca e formazione della prova*, in R.E. Kostoris (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, Giuffrè, 2017, p. 405.

M. Daniele, *L'esclusione discrezionale delle prove nella direttiva sull'ordine europeo di indagine penale*, in M. Caianiello-A. Di Pietro (a cura di), *Indagini penali e amministrative in materia di frodi IVA e doganali*, Cacucci, 2016, p. 359.

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. Il nuovo volto della raccolta transnazionale delle prove nel d.lgs. n. 108 del 2017*, Giappichelli, 2018, p. 55.

M. Daniele, *La sfera d'uso delle prove raccolte*, in 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*, Giappichelli, 2018, p. 181.

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*, Giappichelli, 2018.

S. D'Arienzo, *Profili internazionalistici della "videoconferenza"*, in M. Chiavario (a cura di), *Nuove tecnologie e processo penale. Giustizia e scienza: saperi diversi a confronto*, Giappichelli, 2006, p. 120.

G. Daraio, *La circolazione della prova nello spazio giudiziario europeo*, in L. Kalb (a cura di), *"Spazio europeo di giustizia" e procedimento penale italiano. Adattamenti normativi e approdi giurisprudenziali*, Giappichelli, 2012, p. 503.

G. Daraio, *L'attuazione della d.q. 577/2003 sul reciproco riconoscimento dei provvedimenti di sequestro a fini di prova o di confisca*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, p. 1133.

G. De Amicis, *La costruzione di Eurojust nell'ambito del* «*terzo pilastro*» *dell'Unione europea*, in *Cass. pen.*, 2001, p. 1964.

G. De Amicis, *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.

G. De Amicis, *Cooperazione giudiziaria e criminalità transnazionale: l'esigenza del coordinamento investigativo*, in *Giur. mer*., 2003, p. 2654.

G. De Amicis, *Le rogatorie in materia di indagini bancarie e finanziarie*, in G. LA Greca-M.R. Marchetti (a cura di), *Rogatorie penali e cooperazione giudiziaria internazionale*, Giappichelli, 2003, p. 204 s.

G. De Amicis, *L'attuazione di Eurojust nell'ordinamento italiano*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2005, p. 1439.

G. De Amicis, *Il mandato europeo di ricerca delle prove: un'introduzione*, in *Cass. pen*., 2008, p. 3033.

G. De Amicis, *L'ordine europeo di indagine*, eueropeanrights.eu, 15 luglio 2010.

G. De Amicis, *Limiti e prospettive del mandato europeo di ricerca della prova*, in *Dir. pen. cont*., 4 aprile 2011.

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 d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, Giuffrè, 2011, p. 475.

G. De Amicis, *Organismi europei di cooperazione e coordinamento investigativo*, in *Cass. pen*., 2016, p. 4586.

G. De Amicis, *Il d.lgs. 15 febbraio 2016, n. 34: l'attuazione delle squadre investigative comuni nell'ordinamento italiano*, in *Cass. pen.*, 2016, supplemento al n. 5, p. 5.

G. De Amicis, *Dalle rogatorie all'ordine europeo di indagine: verso un nuovo diritto della cooperazione giudiziaria penale*, in *Cass. pen.*, 2018, p. 22.

G. De Amicis, *Prevalenza del diritto dell'Unione europea, delle convenzioni e del diritto internazionale in generale*, in A. Marandola (a cura di), *Cooperazione giudiziaria penale*, Giuffrè, 2018, p. 3 s.

G. De Amicis, *Scambio di informazioni e di intelligence, squadre investigative comuni*, in A. Marandola (a cura di), *Cooperazione giudiziaria penale*, Giuffrè, 2018, p. 791 s.

G. De Amicis, *Lineamenti della riforma del Libro XI del codice di procedura penale*, in *Dir. pen. cont*., 19 aprile 2019.

G. De Amicis-G. Iuzzolino, *Lo spazio comune di libertà, sicurezza e giustizia nelle disposizioni penali del Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa*, in *Cass. pen*., 2004, p. 3067.

E. De Bellis, *La videoconferenza nell'assistenza giudiziaria penale*, in *Doc. giust*., 2000, n. 6, c. 1167.

G. De Donato, *L'attività del ministro della giustizia in tema di rogatorie attive e passive*, in G. La Greca- M.R. Marchetti (a cura di), *Rogatorie penali e cooperazione giudiziaria internazionale*, Giappichelli, 2003, p. 373.

F. De Leo, *La Convenzione sul Futuro dell'Europa e la cooperazione giudiziaria in materia penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, p. 377.

F. De Leo, *Il coordinamento giudiziario in Italia e in Europa. Normative e modelli a confronto*, in *Dir. pen. proc*., 2006, p. 377.

R. Del Coco, *Ordine europeo di indagine e poteri sanzionatori del giudice*, in *Dir. pen. cont*., 21 dicembre 2015.

R. Del Coco, *Circolazione della prova e poteri sanzionatori del giudice*, in T. Bene-L. Lupària-L. Marafioti (a cura di), *L'ordine europeo di indagine. Criticità e prospettive*, Giappichelli, 2016, p. 167.

R. Del Coco-E. Pistoia (a cura di), *Stranieri e giustizia penale. Problemi di perseguibilità e di garanzie nella normativa nazionale ed europea*, Cacucci, 2014.

M. Delmas-Marty, *Verso uno spazio giudiziario europeo. "Corpus juris" contenente disposizioni penali per la tutela degli interessi finanziari dell'Unione europea*, (trad. R. Sicurella), Giuffrè, 1997.

C. De Maglie, *L'agente provocatore. Una indagine dommatica e politico criminale*, Giuffrè, 1991.

G. Di Chiara, *Riflessioni ed esperienze in tema di assunzioni probatorie all'estero: spunti per una premessa*, in G. Di Federico-G. Di Chiara, *Cooperazione tra Stati ed assunzione della prova in territorio straniero*, ESI, 1994, p. 3.

G. Di Chiara, *L'assunzione diretta di prove all'estero da parte dell'autorità giudiziaria italiana: il fenomeno delle "trasferte"*, in G. Di Federico-G. Di Chiara, *Cooperazione tra Stati ed assunzione della prova in territorio straniero*, ESI, 1994, p. 21.

G. Di Chiara, voce *Rapporti giurisdizionali con autorità straniere*, in *Enc. dir*., Agg. II, 1998, p. 860.

A. Diddi, *Videoconferenze e partecipazione dell'imputato al dibattimento*, in *Dir. pen. proc*., 2018, p. 458.

G. Di Federico, *Lo sviluppo della cooperazione giudiziaria tra gli Stati e lo studio della* "law in action", in G. Di Federico-G. Di Chiara, *Cooperazione tra Stati ed assunzione della prova in territorio straniero*, ESI, 1994, p. IX.

G. Di Federico-G. Di Chiara, *Cooperazione tra Stati ed assunzione della prova in territorio straniero*, ESI, 1994.

G. Diotallevi, *La c.d.* «*concelebrazione*» *delle rogatorie e gli atti diretti di giurisdizione all'estero*, in *Cass. pen*., 1998, p. 915.

G. Diotallevi, *L'impugnabilità con istanza di riesame davanti al giudice italiano di una richiesta di sequestro probatorio all'estero. Spunti di riflessione dopo la sentenza delle Sezioni unite*, in *Cass. pen*., 2003, p. 3900.

G. Diotallevi, sub *artt. 696-746*, in G. Lattanzi-E. Lupo, *Codice di procedura penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, Giuffrè, 2012, vol. X.

G. Diotallevi, *Rogatorie*, in A. Marandola (a cura di), *Cooperazione giudiziaria penale*, Giuffrè, 2018, p. 154.

G. Di Paolo, *Lo Spazio di libertà, sicurezza e giustizia dell'UE: recenti novità sul fronte domestico e a livello europeo*, in *Cass. pen*., 2016, p. 3018.

G. Di Paolo, *La riforma della disciplina codicistica delle rogatorie internazionali (d. lg. 3 ottobre 2017, n. 149)*, in *Cass. pen.*, 2018, p. 3425.

A. Di Stasi, *Spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia e cooperazione giudiziaria in materia penale*, in L. Kalb (a cura di), *"Spazio europeo di giustizia" e procedimento penale italiano*, Giappichelli, 2012, p. 3.

O. Dominioni (a cura di), *Argomenti di procedura penale internazionale*, Unicopli, 1982.

O. Dominioni, *Considerazioni introduttive*, in AA.VV., *Investigazioni e prove transnazionali*, Giuffrè, 2017, p. 17.

U. Draetta, *Elementi di diritto dell'Unione Europea. Parte istituzionale. Ordinamento e struttura dell'Unione europea*, 5ª ed., Giuffrè, 2009.

U. Draetta-N. Parisi (a cura di), *Elementi di diritto dell'Unione europea. Parte speciale. Il diritto sostanziale*, 3ª ed., Giuffrè, 2010.

V. Esposito, voce *Rapporti giurisdizionali con autorità straniere*, in *Enc. giur. Treccani*, XXV, 1991, p. 1.

A. Fabbri, *I limiti territoriali nello svolgimento delle indagini difensive*, in L. Filippi-P. Gualtieri-P. Moscarini-A. Scalfati (a cura di), *Circolazione investigativa e spazio giuridico europeo: strumenti, soggetti, risultati*, Cedam, 2010, p. 247.

A. Fabbricatore, *Caso Pupino: sul riconoscimento dell'efficacia diretta delle decisioni quadro*, in *Dir. pen. proc*., 2006, p. 540.

V. Faggiani, *Le crisi sistemiche dello Stato di diritto e i loro effetti sulla cooperazione giudiziaria nell'U.E.*, in *Dir. pen. cont*., 2019, 2, p. 195 s.

F. Falato, *Appunti di cooperazione giudiziaria penale*, ESI, 2012.

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, 1.

F. Falato, *Sistema integrato di fonti e di interpretazioni*, in F. Falato-F. Caringella (a cura di), *Scritti di cooperazione giudiziaria penale*, Dike giuridica, 2018, p. 3.

F. Falato-F. Caringella (a cura di), *Scritti di cooperazione giudiziaria penale*, Dike giuridica, 2018.

C.A. Fanego, *Prova dichiarativa e proposta di decisione quadro su determinate diritti processuali nel processo penale*, in G. Illuminati (a cura di), *Prova penale e Unione europea*, BUP, 2009, p. 119.

V. Fanchiotti, *Acquisizione e utilizzabilità della prova all'estero: verso un regime uniforme?*, in T. Rafaraci (a cura di), *L'area di libertà sicurezza e giustizia. Alla ricerca di un equilibrio fra priorità repressive ed esigenze di garanzia*, Giuffrè, 2007, p. 97.

C. Fanuele, *Lo scambio di informazioni a livello europeo*, in L. Filippi-P. Gualtieri-P. Moscarini-A. Scalfati (a cura di), *Circolazione investigativa e spazio giuridico europeo: strumenti, soggetti, risultati*, Cedam, 2010, p. 21.

P. Ferrua, voce *Difesa (diritto di)*, in *Dig. disc. pen.*, vol. III, 1989, p. 466 s.

P. Ferrua, *Rogatorie: una legge che smentisce la riforma del giusto processo*, in *Dir. e giust.*, 2001, n. 36, p. 34.

P. Ferrua, *Il "giusto processo"*, 3ª ed., Zanichelli, 2012.

P. Ferrua, *La prova nel processo penale, vol. I, Struttura e procedimento*, 2ª ed., Giappichelli, 2017.

L. Filippi-P. Gualtieri-P. Moscarini-A. Scalfati (a cura di), *La circolazione investigativa nello spazio giuridico europeo: strumenti, soggetti, risultati*, Cedam, 2010.

G. Fiorelli, *Nuovi orizzonti investigativi: l'ordine europeo d'indagine penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, p. 705.

G. Fiorelli, *Dimensione transfrontaliera della giustizia penale: l'ordine investigativo europeo*, in R. Del Coco-E. Pistoia (a cura di), *Stranieri e giustizia penale. Problemi di perseguibilità e di garanzie nella normativa nazionale ed europea*, Cacucci, 2014, p. 87.

G. Fiorelli, *I motivi di rifiuto dell'ordine investigativo europeo, quando "fidarsi è bene, ma non fidarsi è meglio"*, in T. Bene-L. Lupària-L. Marafioti (a cura di), *L'ordine europeo di indagine. Criticità e prospettive*, Giappichelli, 2016, p. 79.

F. Fiorentin, *I trasferimenti dei detenuti*, in 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*, Giappichelli, 2018, p. 279.

I. Flores Prada, *L'investigazione difensiva nel processo penale spagnolo*, in L. Filippi-P. Gualtieri-P. Moscarini-A. Scalfati (a cura di), *Circolazione investigativa e spazio giuridico europeo: strumenti, soggetti, risultati*, Cedam, 2010, p. 249.

C. Fiorio, *Sull'utilizzabilità in Italia di atti compiuti da autorità straniere*, in *Giur. it.*, 1990, II, c. 215.

R. Fois, sub *art. 9 L. 5.10.2001, n. 367*, in *Leg. pen.*, 2002, p. 709.

R. Fois, sub *art. 12 L. 5.10.2001, n. 367*, in *Leg. pen.*, 2002, p. 723.

S. Franz, *Questioni in tema di regime transitorio*, in 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*, Giappichelli, 2018, p. 199.

A. Gaito, *Oscillazioni giurisdizionali in tema di metodi alternativi alle rogatorie internazionali*, in *Giur. it*., 1985, II, c. 442.

A. Gaito, *Dei rapporti giurisdizionali con autorità straniere*, Cedam, 1985.

A. Gaito, *La circolazione delle prove e delle sentenze*, in *Arch. pen*., 2001, 3.

A. Gaito, *I principi europei del processo penale*, Dike giuridica, 2016.

N. Galantini, *La cooperazione internazionale per la ricerca e l'acquisizione della prova*, in O. Dominioni (a cura di), *Argomenti di procedura penale internazionale*, Unicopli, 1982, p. 40.

N. Galantini, *Assunzione di prove penali all'estero: rogatorie e metodi alternativi*, in *Cass. pen.*, 1986, p. 615.

N. Galantini *Sull'utilizzabilità nel processo penale italiano di atti stranieri,* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, p. 1256.

N. Galantini, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, Cedam, 1992.

N. Galantini, voce *Inutilizzabilità*, in *Enc. dir*., agg. vol. I, 1997, p. 690.

N. Galantini, *Giusto processo e garanzia costituzionale del contraddittorio nella formazione della prova*, in *Dir. pen. cont*., 7 settembre 2011.

N. Galantini, *L'inutilizzabilità effettiva della prova tra tassatività e proporzionalità*, in *Dir. pen. cont*., 2019, 4, p. 57 s.

B. Galgani, *Assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea*, in A. Marandola (a cura di), *Cooperazione giudiziaria penale*, Giuffrè, 2018, p. 435 s.

R. Garofoli, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 14ª ed., Neldiritto, 2017.

C.E. Gatto, *Il principio di proporzionalità nell'ordine europeo di indagine penale*, in *Dir. pen. cont*., 2019, 2, p. 69 s.

A. Giarda, *Un decennio di giustizia penale europea prima del Trattato di Lisbona*, in M.R. Marchetti (a cura di), *I nuovi orizzonti della giustizia penale europea*, Giuffrè, 2015, p. 29.

A. Giarda-F. Giunta-G. Varraso (a cura di), *Dai decreti attuativi della legge "Orlando" alle novelle di fine legislatura*, Cedam, 2018.

G. Giostra-R. Orlandi (a cura di), *Nuove norme in tema di intercettazioni. Tutela della riservatezza, garanzie difensive e nuove tecnologie informatiche*, Giappichelli, 2018.

L. Giuliani, *Indagini preliminari e udienza preliminare*, in G. Conso-V. Grevi-M. Bargis (a cura di), *Compendio di procedura penale*, 9ª ed., Cedam, 2018, p. 484.

S. Gless, *Strategie e tecniche per l'armonizzazione della prova*, in G. Illuminati (a cura di), *Prova penale e Unione europea*, BUP, 2009, p. 141.

R.G. Grassia, *La disciplina delle intercettazioni: l'incidenza della direttiva 2014/41/UE sulla normativa italiana ed europea*, in T. Bene-L. Lupària-L. Marafioti (a cura di), *L'ordine europeo di indagine. Criticità e prospettive*, Giappichelli, 2016, p. 199.

C. Grasso, *Territorialità e mandato d'arresto europeo: verso un'interpretazione restrittiva dei motivi di rifiuto*, in *Dir. pen. cont.*, 30 giugno 2011.

G. Grasso, *Prospettive di uno «spazio giudiziario europeo»*, in *Ind. pen.*, 1996, p. 109.

G. Grasso, *La «competenza penale» dell'Unione europea nel quadro del Trattato di Lisbona*, in G. Grasso-L. Picotti-R. Sicurella (a cura di), *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, Giuffrè, 2011, p. 683.

G. Grasso-L. Picotti-R. Sicurella (a cura di), *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, Giuffrè, 2011.

V. Grevi, *Insegnamenti, moniti e silenzi della Corte costituzionale in tema di intercettazioni*, in *Giur. cost.*, 1973, p. 317.

V. Grevi, *Linee di cooperazione giudiziaria in materia penale nella Costituzione europea*, in E. Dolcini-C.E. Paliero (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. III, Giuffrè, 2006, p. 2783.

V. Grevi, *Basta il solo 'consenso dell'imputato' per utilizzare come prova le investigazioni difensive nel giudizio abbreviato?*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 3691.

V. Grevi, *Scritti sul processo penale e sull'ordinamento penitenziario*, vol. II, *Il codice di procedura penale del 1988*, t. II, Cedam, 2011, p. 1263.

V. Grevi (agg. G. Illuminati), *Prove*, in G. Conso-V. Grevi-M. Bargis (a cura di), *Compendio di procedura penale*, 9ª ed., Cedam, 2018, p. 301.

F.M. Grifantini, voce *Inutilizzabilità*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VII, p. 242.

F.M. Grifantini, *Tutti i nodi vengono al pettine: l'incognita del difensore-istruttore tra miti e realtà*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 395 s.

F.M. Grifantini, sub *art. 191 c.p.p.*, in G. Conso-G. Illuminati (a cura di), *Commentario breve al codice di procedura penale*, 2ª ed., Cedam, 2015, p. 694.

F.M. Grifantini, *Ordine europeo di indagine penale e investigazioni difensive*, in *Proc. pen. giust.*, 2016, n. 6, p. 1.

F.M. Grifantini, *Una questione aperta: le investigazioni difensive alla luce dell'ordine europeo di indagine penale*, in AA.VV., *Investigazioni e prove transnazionali*, Giuffrè, 2017, p. 291.

A. Gualazzi, *Lineamenti europei del diritto di difesa*, in L. Filippi-P. Gualtieri-P. Moscarini-A. Scalfati (a cura di), *Circolazione investigativa e spazio giuridico europeo: strumenti, soggetti, risultati*, Cedam, 2010, p. 187.

F. Guarnieri, *Di una eccezionale "trasferta" giudiziaria*, in *Riv. pen.*, 1967, p. 414.

M. Heintzen, *Il principio di proporzionalità*, ed. it., Mucchi, 2015.

G. Illuminati, voce *Accusatorio ed inquisitorio (sistema)*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. I, 1988.

G. Illuminati (a cura di), *Prova penale e Unione europea*, BUP, 2009.

G. Illuminati, *L'armonizzazione della prova penale nell'Unione europea*, in Id. (a cura di), *Prova penale e Unione europea*, BUP, 2009, p. 9.

G. Illuminati, *Giudizio*, in G. Conso-V. Grevi-M. Bargis (a cura di), *Compendio di procedura penale*, 9ª ed., Cedam, 2018, p. 739.

E.A. Imparato, *Sovranità e sicurezza. Un connubio ancora vincente?*, in C. Sbailò (a cura di), *Difesa europea. Quali prospettive*, Federalismi, 14 gennaio 2019, p. 34.

F. Izzo, *Sulle rogatorie niente formalismi: la Corte ritiene valido l'invio di copie*, in *Dir. e giust*., 2002, n. 44, p. 38.

G. La Greca, *Origine e primi sviluppi della cooperazione giudiziaria internazionale*, in G. La Greca-M.R. Marchetti (a cura di), *Rogatorie penali e cooperazione giudiziaria internazionale*, Giappichelli, 2003, p. 1.

G. La Greca-M.R. Marchetti (a cura di), *Rogatorie penali e cooperazione giudiziaria internazionale*, Giappichelli, 2003.

A. Lanzi-F. Ruggieri-L. Camaldo (a cura di), *Il difensore e il pubblico ministero europeo*, Cedam, 2012.

G. Lasagni, *Profili critici sullo sviluppo della circolazione probatoria nell'Unione europea. Alcuni parametri di valutazione dei sistemi di cooperazione europei alla luce della direttiva OEI*, in M. Caianiello-A. Di Pietro (a cura di), *Indagini penali e amministrative in materia di frodi IVA e doganali*, Cacucci, 2016, p. 339.

P. Lasloczky, *La cooperazione internazionale negli atti d'istruzione penale. Analisi nella prospettiva dell'ordinamento processuale penale italiano*, Cedam, 1980.

P. Lasloczky, *Un ulteriore ausilio nell'assistenza giudiziaria internazionale*, in *Giur. it*., 1996, p. 684.

N.E. 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, 3.

G. Lattanzi, *La nuova dimensione della cooperazione giudiziaria*, in *Doc. giust*., 2000, n. 6, c. 1037.

G. Lattanzi, *Tempi duri in Italia per la cooperazione giudiziaria*, in *Cass. pen*., 2004, p. 1528.

G. Lattanzi, *Introduzione*, in M.R. Marchetti (a cura di), *I nuovi orizzonti della giustizia penale europea*, Giuffrè, 2015, p. 3.

G. Lattanzi-E. Lupo, *Codice di procedura penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, Giuffrè, 2012.

G. Lattanzi-E. Selvaggi, *Formalismi inutili e assenza di semplificazioni. Il bel Paese fuori dal solco della cooperazione*, in *Guida dir*., 2001, n. 42, p. 34.

A. Leopizzi, *La nuova disciplina dei rapporti giurisdizionali con autorità straniere*, in *Il Penalista*, 19 ottobre 2017.

R. Loof, *I poteri della difesa nella raccolta delle prove nel processo penale nel Regno Unito*, in L. Filippi-P. Gualtieri-P. Moscarini-A. Scalfati (a cura di), *Circolazione investigativa e spazio giuridico europeo: strumenti, soggetti, risultati*, Cedam, 2010, p. 319.

E. Lorenzetto, *L'assetto delle impugnazioni*, in 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*, Giappichelli, 2018, p. 151.

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*, Cedam, 2019, p. 337.

E. Lorenzetto, *Dal difensore inquirente al difensore istruttore*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2007, p. 1210 s.

G. Lozzi, *Sull'utilizzabilità di atti assunti da autorità straniere*, in *Giur. it*., 1982, II, c. 15.

L. Lupària, *Profili dell'azione penale "europea"*, in *Ind. pen*., 2001, p. 931.

L. Lupària, *Note conclusive nell'orizzonte d'attuazione dell'Ordine europeo di indagine*, in T. Bene-L. Lupària-L. Marafioti (a cura di), *L'ordine europeo di indagine. Criticità e prospettive*, Giappichelli, 2016, p. 249 s.

A. Macchia, *Rogatorie e fotocopie, l'eterogenesi dei fini dell'ipergarantismo*, in *Dir. e giust*., 2003, n. 15, p. 88.

A. Macrillò, *Eurojust e l'attuazione degli accordi Onu contro il crimine organizzato transnazionale*, in L. Filippi-P. Gualtieri-P. Moscarini-A. Scalfati (a cura di), *La circolazione investigativa nello spazio giuridico europeo: strumenti, soggetti, risultati*, Cedam, 2010, p. 43.

S. Manacorda, *L'armonizzazione dei sistemi penali: una introduzione*, in AA.VV., *La giustizia penale italiana nella prospettiva internazionale*, Giuffrè, 2000, p. 35.

V. Manes, *L'incidenza delle «decisioni-quadro» sull'interpretazione in materia penale: profili di diritto sostanziale*, in *Cass. pen*., 2006, p. 1331.

V. Manes, *Il giudice nel labirinto. Profili di intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Dike giuridica, 2012.

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, p. 4211.

A. Mangiaracina, *La Corte di cassazione ripudia il «formalismo» in tema di rogatorie*, in *Arch. n. proc. pen*., 2003, p. 625.

A. Mangiaracina, *Verso nuove forme di cooperazione giudiziaria: le squadre investigative comuni*, in *Cass. pen*., 2004, p. 2189.

A. Mangiaracina, *Ancora zone d'ombra in tema di ammissibilità della revisione e indagini difensive svolte all'estero*, in *Giur. it*., 2009, p. 1245.

A. Mangiaracina, *La circolazione della prova dichiarativa in ambito nazionale ed europeo*, in *Giust. pen.*, 2010, III, c. 427.

A. Mangiaracina, *L'acquisizione "europea" della prova cambia volto: l'Italia attua la Direttiva relativa all'ordine europeo di indagine penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, p. 158.

A. Mangiaracina, *Principi generali del mutuo riconoscimento*, in A. Marandola (a cura di), *Cooperazione giudiziaria penale*, Giuffrè, 2018, p. 9 s.

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. Il nuovo volto della raccolta transnazionale delle prove nel d.lgs. n. 108 del 2017*, Giappichelli, 2018, p. 105.

D. Manzione, *Principi e prassi nel "vissuto" della videoconferenza*, in M. Chiavario (a cura di), *Nuove tecnologie e processo penale. Giustizia e scienza: saperi diversi a confronto*, Giappichelli, 2006, p. 109.

L. Marafioti, *Orizzonti investigativi europei, assistenza giudiziaria e mutuo riconoscimento*, in T. Bene-L. Lupària-L. Marafioti (a cura di), *L'ordine europeo di indagine. Criticità e prospettive*, Giappichelli, 2016, p. 9.

A. Marandola (a cura di), *Cooperazione giudiziaria penale*, Giuffrè, 2018.

S. Maranella, *Origine ed evoluzione della cooperazione giudiziaria in materia penale nell'Unione europea*, Parte I, in *Temi Romana*, 2015, 3, p. 46.

S. Maranella, *Origine ed evoluzione della cooperazione giudiziaria in materia penale nell'Unione europea*, Parte II, in *Temi Romana*, 2015, 4, p. 19.

G. Marchetti, *I recenti passi avanti compiuti dall'Unione europea nella direzione di un'armonizzazione dei sistemi penali. Aspetti positivi, profili problematici e prospettive di riforma*, Centro studi sul federalismo, novembre 2012.

M.R. Marchetti, *Rapporti giurisdizionali con autorità straniere*, in *Il Diritto. Enc. giur*., vol. 12, cap. I, p. 610.

M.R. Marchetti, *L'estradizione: profili processuali e principio di specialità*, Cedam, 1990.

M.R. Marchetti, *Ratificato l'Accordo Italia-Svizzera per una migliore assistenza giudiziaria*, in *Dir. pen.* proc., 2002, p. 111.

M.R. Marchetti, *Dalle convenzioni bilaterali alle "nuove" forme di assistenza*, in G. La Greca-M.R. Marchetti (a cura di), *Rogatorie penali e cooperazione giudiziaria internazionale*, Giappichelli, 2003, p. 10.

M.R. Marchetti, *L'assistenza giudiziaria internazionale*, Giuffrè, 2005.

M.R. Marchetti, *Il mandato europeo di ricerca delle prove*, in P. Corso-E. Zanetti (a cura di), *Studi in onore di Mario Pisani*, II, La Tribuna, 2010, p. 369.

M.R. Marchetti, *Dalla Convenzione di assistenza giudiziaria in materia penale dell'Unione europea al mandato europeo di ricerca della prova 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*, Giuffrè, 2011, p. 135.

M.R. Marchetti, *Oltre le rogatorie*, in Ead. (a cura di), *I nuovi orizzonti della giustizia penale europea*, Giuffrè, 2015, p. 207.

M.R. Marchetti (a cura di), *I nuovi orizzonti della giustizia penale europea*, Giuffrè, 2015.

M.R. Marchetti, *Prospettive di riforma del libro XI c.p.p.*, in AA.VV., *Investigazioni e prove transnazionali*, Giuffrè, 2017, p. 23.

M.R. Marchetti, *Cooperazione giudiziaria: innovazioni apportate e occasioni perdute*, in *Dir. pen. proc*., 2017, p. 1545.

M.R. Marchetti, *Progetti di riforma sulla cooperazione internazionale*, in *Treccani. Il libro dell'anno del diritto*, 2017, p. 677.

M.R. Marchetti, *Rapporti giurisdizionali con autorità straniere*, in G. Conso-V. Grevi-M. Bargis (a cura di), *Compendio di procedura penale*, 9ª ed., Cedam, 2018, p. 1068.

M.R. Marchetti, *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*, Cedam, 2018, p. 467.

M.R. Marchetti-E. Selvaggi (a cura di), *La nuova cooperazione giudiziaria penale*, Cedam, 2019.

S. Marcolini, *La circolazione della prova nello spazio giudiziario europeo tra vecchi e nuovi modelli: la difficile convivenza tra efficienza e tutela*, in G. Grasso-L. Picotti-R. Sicurella (a cura di), *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, Giuffrè, 2011, p. 535.

S. Marcolini, *La procedura attiva*, in M.R. Marchetti-E. Selvaggi (a cura di), *La nuova cooperazione giudiziaria penale*, Cedam, 2019, p. 313.

C. Marinelli, *Le intercettazioni di comunicazioni*, in 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*, Giappichelli, 2018, p. 221.

A.M. Maugeri, *Il regolamento (UE) 2018/1805 per il reciproco riconoscimento dei provvedimenti di congelamento e di confisca: una pietra angolare per la cooperazione e l'efficienza*, in *Dir. pen. cont*., 2019, 1, p. 29.

O. Mazza, *Fascicolo del difensore e utilizzabilità delle indagini difensive*, in *Giur. it*., 2002, p. 1758.

O. Mazza, *Il principio del mutuo riconoscimento nella giustizia penale, la mancata armonizzazione e il mito taumaturgico della giurisprudenza penale*, in *Riv. it. proc.*, 2009, p. 393.

O. Mazza, *Presunzione d'innocenza e diritto di difesa*, in *Dir. pen. proc*., 2014, p. 1401.

O. Mazza, *Cedu e diritto interno*, in A. Gaito (a cura di), *I principi europei del processo penale*, Dike giuridica, 2016, p. 3.

G. Melillo, *L'agire provocatorio fra ricerca della notizia di reato e ricerca della prova*, in *Arch. n. proc. pen*., 1999, p. 100.

G. Melillo, *Le operazioni sotto copertura nelle indagini relative a finalità di terrorismo*, in G. Di Chiara (a cura di), *Il processo penale tra politiche della sicurezza e nuovi garantismi*, Giappichelli, 2003, p. 33.

G. Melillo, *Il mutuo riconoscimento e la circolazione della prova*, in *Cass. pen*., 2006, p. 353.

G. Melillo, *Il mutuo riconoscimento e la circolazione della prova*, in T. Rafaraci (a cura di), *L'area di libertà sicurezza e giustizia. Alla ricerca di un equilibrio fra priorità repressive ed esigenze di garanzia*, Giuffrè, 2007, p. 465.

G. Melillo, *Il tormentato cammino delle squadre investigative comuni fra obblighi internazionali e legislazione nazionale*, in *Dir. pen. proc*., 2008, p. 121.

G. Melillo, *Tecniche investigative speciali e squadre investigative comuni*, in G. Illuminati (a cura di), *Prova penale e Unione europea*, BUP, 2009, p. 93.

G. Melillo-A. Spataro-P.L. Vigna (a cura di), *Il coordinamento delle indagini di criminalità organizzata e terrorismo*, Giuffrè, 2004.

M. Menna, *Mandato di ricerca della prova e sistemi probatori*, in *Dir. pen. proc*., 2011, p. 370.

M. Menna, *Mandato di ricerca della prova e sistemi probatori*, in T. Rafaraci (a cura di), *La cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale nell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, Giuffrè, 2011, p. 169.

F.R. Mittica, *Novità sulla videoconferenza nel processo penale*, in *Proc. pen. giust*., 2018, 5, 945.

V. Monetti-L. Salazar, *Proposte specifiche in tema di cooperazione penale*, in G. Amato-E. Paciotti (a cura di), *Verso l'Europa dei diritti*, Il Mulino, 2005, p. 105.

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*, 5 novembre 2017.

S. Montaldo, *La scadenza del termine di recepimento della direttiva 2014/41/UE sull'ordine europeo di indagine penale e la sostituzione delle "disposizioni corrispondenti" della convenzione di assistenza giudiziaria fra gli Stati membri del 2000: spunti per la ricostruzione di un quadro normativo complesso*, in *Il diritto dell'Unione europea. Osservatorio europeo*, giugno 2017.

F. Morelli, *Il nuovo volto delle intercettazioni: procedimento selettivo e riservatezza dei dialoghi intercettati*, in A. Giarda-F. Giunta-G. Varraso (a cura di), *Dai decreti attuativi della legge "Orlando" alle novelle di fine legislatura*, Cedam, 2018.

P. Moscarini, *Eurojust e il pubblico ministero europeo: dal coordinamento investigativo alle indagini coordinate*, in *Dir. pen. proc*., 2011, p. 635.

F. Mosconi, sub *art. 696*, in M. Chiavario (a cura di), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, Utet, 1989.

F. Nanni, *Le intercettazioni telefoniche*, in M.R. Marchetti-E. Selvaggi (a cura di), *La nuova cooperazione giudiziaria penale*, Cedam, 2019, p. 459.

B. Nascimbene (a cura di), *Da Schengen a Maastricht. Apertura delle frontiere, cooperazione giudiziaria e di polizia*, Giuffrè, 1995.

B. Nascimbene, *Le garanzie giurisdizionali nel quadro della cooperazione giudiziaria penale europea*, in *Dir. pen. proc*., 2009, p. 518.

B. Nascimbene, *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia a due anni dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2011, 4, p. 13.

A. Nieto Martìn, *Modelli di organizzazione giudiziaria nel diritto penale europeo*, in C.E. Paliero-F. Viganò (a cura di), *Europa e diritto penale*, Giuffrè, 2013, p. 151.

A. Nocera, *Le norme attuative della Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale (Bruxelles, 29 maggio 2000)*, in *Il Penalista*, 24 maggio 2017.

A. Nocera, *Norme di attuazione della direttiva 2014/41/Ue sull'ordine europeo di indagine penale: il procedimento in generale*, in *Il Penalista*, 14 luglio 2017.

F. Nuzzo, *Indicazioni della Corte costituzionale in tema di rogatorie all'estero*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 3334.

F. Nuzzo, *In materia di rogatorie rileva la prassi internazionale*, in *Cass. pen*., 2003, p. 756.

L. Kalb (a cura di), *"Spazio europeo di giustizia" e procedimento penale italiano. Adattamenti normativi e approdi giurisprudenziali*, Giappichelli, 2012.

L. Kalb, *Studi in materia di cooperazione giudiziaria penale*, Giappichelli, 2013.

R.E. Kostoris, *Pubblico ministero europeo e indagini "nazionalizzate"*, in *Cass. pen*., 2013, p. 4738.

R.E. Kostoris, *Processo penale, diritto europeo e nuovi paradigmi del pluralismo giuridico postmoderno*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2015, p. 1177.

R.E. Kostoris, *Il sistema integrato delle fonti nazionali ed europee*, in M.R. Marchetti (a cura di), *I nuovi orizzonti della giustizia penale europea*, Giuffrè, 2015, p. 35.

R.E. Kostoris (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, Giuffrè, 2017.

R.E. Kostoris, *Diritto europeo e giustizia penale*, in Id. (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, Giuffrè, 2017, p. 1.

R.E. Kostoris, *Processo penale e paradigmi europei*, Giappichelli, 2018.

R.E. Kostoris, *Ordine di investigazione europeo e tutela dei diritti fondamentali*, in *Cass. pen.*, 2018, p. 1437.

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*, Cedam, 2018, p. 491.

R.E. Kostoris, *L'attuazione in Italia dell'ordine europeo di indagine penale*, in Id., *Processo penale e paradigmi europei*, Giappichelli, 2018, p. 125.

R.E. Kostoris, *L'OEI nella dissolvenza tra regole e princìpi*, in 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*, Giappichelli, 2018, p. 3.

R. Olivo, *Rogatorie ed assunzione diretta di testi all'estero*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1976, p. 901.

R. Orlandi, *Atti e informazioni della autorità amministrativa nel processo penale. Contributo allo studio delle prove extra costituite*, Giuffrè, 1992.

C.E. Paliero-F. Viganò (a cura di), *Europa e diritto penale*, Giuffrè, 2013.

M. Panzavolta, *Ordine di indagine europeo e indagini bancarie: spunti di riflessione sul concetto di caso interno analogo e atto di indagine alternativo*, in M. Caianiello-A. Di Pietro (a cura di), *Indagini penali e amministrative e doganali*, Cacucci, 2016, p. 367.

M. Panzavolta, *Le indagini bancarie*, in 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*, Giappichelli, 2018, p. 311.

C.M. Paolucci, *Cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale*, Utet, 2011.

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*, Cedam, 2019, p. 215.

L. Parlato, *Su due aspetti del "diritto di difendersi provando" in dimensione europea*, in T. Rafaraci (a cura di), *L'area di libertà sicurezza e giustizia. Alla ricerca di un equilibrio fra priorità repressive ed esigenze di garanzia*, Giuffrè, 2007, p. 669.

N. Parisi, *Su taluni limiti nell'attività di ricerca e acquisizione della prova penale di reati informatici*, in P. Corso-E. Zanetti, *Studi in onore di Mario Pisani*, II, La Tribuna, 2010, p. 443.

N. Parisi, *Riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie penali*, confiance mutuelle *e armonizzazione delle garanzie procedurali negli Stati membri dell'Unione europea*, in N. Parisi-M. Fumagalli Meraviglia-A. Santini-D.G. Rinoldi (a cura di), *Scritti in onore di Ugo Draetta*, Editoriale scientifica, 2011, p. 503.

N. Parisi, *Cooperazione fra le autorità nazionali ed europee incaricate "dell'applicazione della legge" nello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia. I principi fondanti la circolazione internazionale delle informazioni*, in R. Del Coco-E. Pistoia (a cura di), *Stranieri e giustizia penale. Problemi di perseguibilità e di garanzie nella normativa nazionale ed europea*, Cacucci, 2014, p. 101.

N. Parisi-M. Fumagalli Meraviglia-A. Santini-D.G. Rinoldi (a cura di), *Scritti in onore di Ugo Draetta*, Editoriale scientifica, 2011.

N. Parisi-D.G. Rinoldi, *Introduzione. Per un diritto penale europeo: i Trattati di Unione e sul suo funzionamento nonché la Carta dei diritti fondamentali*, in A. Damato-P. De Pasquale-N. Parisi (a cura di), *Argomenti di diritto penale europeo*, 2ª ed., Giappichelli, 2013, p. XV.

C. Parodi, *Attuazione della direttiva relativa all'ordine europeo di indagine penale: la procedura attiva e le disposizioni specifiche per determinati atti*, in *Il Penalista*, 17 luglio 2017.

C. Parodi, *Il modello C: vecchie criticità e nuovi problemi in caso di intercettazioni all'estero*, in *Dir. pen. cont*., 1° marzo 2019.

C. Parodi-N. Quaglino, *Intercettazioni: tutte le novità (d.lgs. 29 dicembre 2017, n. 216)*, *Il Penalista*, febbraio 2018.

A. Pasquero, *Mutuo riconoscimento delle decisioni penali: prove di federalismo. Modello europeo e statunitense a confronto*, Giuffrè, 2007.

P.P. Paulesu, *Le operazioni sotto copertura*, in 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*, Giappichelli, 2018, p. 337.

A. Perduca, *Le prospettive della cooperazione giudiziaria in Europea dopo Schengen*, in B. Nascimbene (a cura di), *Da Schengen a Maastricht. Apertura delle frontiere, cooperazione giudiziaria e di polizia*, Giuffrè, 1995, p. 61.

M. Perrotti, *Squadre investigative comuni in ambito euro unitario. Dalla decisione quadro alla normativa nazionale*, in *Dir. pen. proc*., 2016, p. 1007.

M. Perrotti, *L'uso delle informazioni raccolte dalle squadre investigative comuni*, in F. Falato-F. Caringella (a cura di), *Scritti di cooperazione giudiziaria penale*, Dike giuridica, 2018, p. 303.

B. Piattoli, *Cooperazione giudiziaria e pubblico ministero europeo*, Giuffrè, 2002.

B. Piattoli, *Videoconferenza: tecnologie e garanzie. Dà prove atipiche, ma rispetta la difesa*, in *Dir. e giust*., 2005, n. 24, p. 118.

R. Piccirillo, *I profili funzionali e strutturali dell'Ordine europeo di indagine penale*, in T. Bene-L. Lupària-L. Marafioti (a cura di), *L'ordine europeo di indagine. Criticità e prospettive*, Giappichelli, 2016, p. 57.

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*, Cedam, 2019, p. 493.

R. Piccirillo, *Le videoconferenze e le conferenze telefoniche transnazionali*, in M.R. Marchetti-E. Selvaggi (a cura di), *La nuova cooperazione giudiziaria penale*, Cedam, 2019, p. 511.

L. Picotti, *Il mandato d'arresto europeo tra principio di legalità e doppia incriminazione*, in M. Bargis-E. Selvaggi (a cura di), *Mandato d'arresto europeo. Dall'estradizione alle procedure di consegna*, Giappichelli, 2005, p. 46.

J.P. Pierini, *Ancora attuale il principio* locus regit actum *con riguardo alle prove penali acquisite all'estero nel corso di rogatoria* «*concelebrata*»*?*, in *Cass. pen*., 2000, p. 3108.

J.P. Pierini, *Assistenza giudiziaria a favore di autorità straniere e diritto di difesa: è vera incompatibilità*, in *Cass. pen*., 2002, p. 1113.

P. Pisa, *Previsione bilaterale del fatto nell'estradizione*, Giuffrè, 1973.

M. Pisani, *La rogatoria attiva in materia penale: un istituto in crisi*, in *Giur. it*., 1968, II, c. 355.

M. Pisani, *Dall'Italia – Le trasferte all'estero dei magistrati*, in *Ind. pen*., 1983, p. 668.

M. Pisani, *Le convenzioni di assistenza giudiziaria in materia penale*, in F. Mosconi-M. Pisani, *Le convenzioni di estradizione e di assistenza giudiziaria*, Giuffrè, 1984, p. 127.

M. Pisani, *I «rapporti giurisdizionali con autorità straniere» e il nuovo Codice di procedura penale*, in *Ind. pen.*, 1988, p. 122.

M. Pisani, *Un'interpretazione* «*eccessiva*» *dell'art. 729 c.p.p. (il caso Cuffaro)*, in *Ind. pen*., 1991, p. 588.

M. Pisani, *I rapporti giurisdizionali con autorità straniere, tre anni dopo*, in *Ind. pen*., 1992, p. 517.

M. Pisani, *Le prove assunte all'estero: assunzione e utilizzabilità*, in *Ind. pen.*, 1995, p. 793.

M. Pisani, *Criminalità organizzata e cooperazione internazionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1998, p. 703.

M. Pisani, *In tema di assunzione all'estero delle prove da parte dell'autorità giudiziaria italiana*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 557.

M. Pisani, *Rogatorie internazionali e videoconferenze*, in *Riv. dir. proc*., 2002, p. 981.

M. Pisani, *Per un "mandato europeo di ricerca delle prove"*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2003, p. 1534.

M. Pisani, *Cooperazione giudiziaria in materia penale e diritti dell'uomo*, in C. Zanghì-L. Panella (a cura di), *Cooperazione giudiziaria in materia penale e diritti dell'uomo*, Giappichelli, 2004, p. 167.

M. Pisani, *Il «processo penale europeo»: problemi e prospettive*, in *Riv. dir. proc*., 2004, p. 653.

M. Pisani, *La decisione-quadro sul mandato europeo di ricerca delle prove*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 479.

M. Pisani-F. Mosconi, *Verso uno "spazio giudiziario europeo"*, in Premessa al *Codice delle leggi di estradizione ed assistenza giudiziaria penale degli Stati membri delle Comunità Europee*, Giuffrè, 1983.

M.M. Pisani, *Problemi di prova in materia penale. La proposta di direttiva sull'Ordine Europeo di indagine*, in *Arch. pen*., 2011, 3.

E. Pistoia, *Cooperazione penale nei rapporti fra diritto dell'Unione europea e diritto statale*, ESI, 2008.

C. Ponti, *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 *Leg. pen. on line*, 2 ottobre 2017.

G. Porro, *Le intercettazioni e il diritto internazionale*, in M. Chiavario (a cura di), *Nuove tecnologie e processo penale. Giustizia e scienza: saperi diversi a confronto*, Giappichelli, 2006, p. 165.

L. Presacco, *Profili ordinamentali del pubblico ministero europeo*, in *Cass. pen*., 2018, p. 4399.

A. Presutti, *Legge sulle rogatorie internazionali e inutilizzabilità della prova*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2003, p. 1164.

F. Proia, *Indagini private: il valore probatorio postula che il difensore sia pubblico ufficiale?*, in *Proc. pen. giust*., 2019, 4, p. 877.

L. Pulito, *La circolazione della prova penale in Europa dopo il trattato di Lisbona*, in *Giust. pen*., 2010, I, c. 376.

R. Quadri, *Estradizione (dir. intern.)*, in *Enc. dir*., XVI, 1967, p. 1.

C. Quaglierini, *Le indagini difensive: prassi giurisprudenziali e principi costituzionali non attuati*, in *Cass. pen*., 1993, p. 2306.

P. Rackow, *Diritti e poteri della difesa nella fase delle indagini preliminari secondo il codice di procedura penale tedesco*, in L. Filippi-P. Gualtieri-P. Moscarini-A. Scalfati (a cura di),

Circolazione investigativa e spazio giuridico europeo: strumenti, soggetti, risultati, Cedam, 2010, p. 269.

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

T. Rafaraci, *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia nel crogiuolo della costruzione europea*, in T. Rafaraci (a cura di), *L'area di libertà sicurezza e giustizia. Alla ricerca di un equilibrio fra priorità repressive ed esigenze di garanzia*, Giuffrè, 2007, p. 3.

T. Rafaraci (a cura di), *La cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale nell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, Giuffrè, 2011.

T. Rafaraci, *Diritti fondamentali, giusto processo e primato del diritto UE*, in *Proc. pen. giust*., 2014, p. 3.

T. Rafaraci, *Rogatorie*, in AA. VV., *Investigazioni e prove transnazionali*, Giuffrè, 2017, p. 37.

S. Ramajoli, *La prova nel processo penale*, Cedam, 1995.

S. Recchione, *La vittima cambia il volto del processo penale: le tre parti "eventuali", la testimonianza dell'offeso vulnerabile, la mutazione del principio di oralità*, in *Dir. pen. cont*., 16 gennaio 2017.

D.G. Rinoldi, *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, in U. Draetta-N. Parisi (a cura di), *Elementi di diritto dell'Unione europea. Parte speciale. Il diritto sostanziale*, 3ª ed., Giuffrè, 2010, p. 2.

D.G. Rinoldi, *L'assetto dello* «*Spazio di libertà, sicurezza e giustizia*» *dopo il Trattato di Lisbona: elementi di continuità e di discontinuità*, in N. Parisi-M. Fumagalli Meraviglia-A. Santini-D.G. Rinoldi (a cura di), *Scritti in onore di Ugo Draetta*, Editoriale scientifica, 2011, p. 627.

M. Romani, *Servizi di polizia internazionale, cooperazione giudiziaria e terzo pilastro dell'Unione europea*, Cedam, 2009.

N. Rombi, *La circolazione delle prove penali*, Cedam, 2003.

N. Rombi, *L'intercettazione di comunicazioni all'estero*, in *Il Penalista*, 4 marzo 2016.

S. Ruggeri, *Procedimento penale, diritto di difesa e garanzie partecipative nel diritto dell'Unione europea*, in *Dir. pen. cont.*, 22 settembre 2015.

F. Ruggieri, *Le intercettazioni «per instradamento» sul canale internazionale: un mezzo di ricerca della prova illegittimo*, in *Cass. pen*., 2000, p. 1062.

F. Ruggieri, *Diritti della difesa e tutela della vittima nello spazio giudiziario europeo*, in *Cass. pen*., 2007, p. 4329.

F. Ruggieri, *Dal principio del mutuo riconoscimento alle nuove prospettive della cooperazione in materia penale alla luce del Trattato di Lisbona. Il plus valore della creazione del pubblico ministero europeo*, in G. Grasso-L. Picotti-R. Sicurella (a cura di), *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, Giuffrè, 2011, p. 459.

F. Ruggieri, *La legge delega in tema di cooperazione penale internazionale. La montagna ha partorito un topolino?*, in *Proc. pen. giust*., 2017, p. 310.

F. Ruggieri, *Guida alla lettura e organizzazione dei contribuiti*, in F. Ruggieri (a cura di), *Processo penale e regole europee*, Giappichelli, 2017.

F. Ruggieri (a cura di), *Processo penale e regole europee*, Giappichelli, 2017.

F. Ruggieri, *Le nuove frontiere dell'assistenza penale internazionale: l'ordine europeo di indagine penale*, in *Proc. pen. giust*., 2018, 1, p. 131.

F. Ruggieri, *Il libro XI del codice di rito. Guida minima*, in *Cass. pen*., 2018, p. 1766.

L. Salazar, *La nuova Convenzione europea sull'assistenza giudiziaria in materia penale (I)*, in *Dir. pen. proc*., 2000, p. 1534.

L. Salazar, *Eurojust: una prima realizzazione della decisione del Consiglio europeo di Tampere*, in *Doc. giust.*, 2000, n. 6, c. 1339.

L. Salazar, *Le fonti tipiche dell'Unione europea*, in G. La Greca-M.R. Marchetti (a cura di), *Rogatorie penali e cooperazione giudiziaria internazionale*, Giappichelli, 2003, p. 57.

L. Salazar, *La lotta alla criminalità nell'Unione: passi in avanti verso uno spazio giudiziario comune prima e dopo la Costituzione per l'Europa ed il Programma dell'Aia*, in *Cass. pen*., 2004, p. 3510.

L. Salazar, *Di un sistema penale europeo (e dei suoi attori) prima e dopo il Trattato di Lisbona*, in G. Grasso-L. Picotti-R. Sicurella (a cura di), *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, Giuffrè, 2011, p. 729.

L. Salazar, *Definitivamente approvato il Regolamento istitutivo della Procura europea (EPPO)*, in *Dir. pen. cont.*, 13 ottobre 2017.

L. Salazar, *Habemus EPPO! La lunga marcia della Procura europea*, in F. Falato-F. Caringella (a cura di), *Scritti di cooperazione giudiziaria penale*, Dike giuridica, 2018, p. 113.

L. Salazar, *La riforma di Eurojust e i suoi riflessi sull'ordinamento italiano*, in *Dir. pen. cont*., 2019, 1, p. 43.

L. Salazar, *Genesi della Convenzione. La tardiva ratifica e la sua attuale operatività*, in M.R. Marchetti-E. Selvaggi (a cura di), *La nuova cooperazione giudiziaria penale*, Cedam, 2019, p. 195.

A. Scalfati, *Note minime su cooperazione investigativa e mutuo riconoscimento*, in *Proc. pen. giust*., 2017, p. 217.

A. Scella, *Questioni controverse in tema di informazioni testimoniali raccolte dalla difesa*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1993, p. 1171.

A. Scella, *L'inutilizzabilità delle prove raccolte all'estero mediante rogatoria*, in G. La Greca-M.R. Marchetti (a cura di), *Rogatorie penali e cooperazione giudiziaria internazionale*, Giappichelli, 2003, p. 349.

A. Scella, *Verso le squadre investigative comuni: lo scenario italiano*, in *Quest. giust*., 2010, n. 5, p. 137.

L. Scuzzarella, *Il pm europeo in un convegno del CSM*, in *Quest. giust*., 15 luglio 2013.

Z. Secchi, *Le novità introdotte dalla Convenzione 20 maggio 2000 in tema di assistenza giudiziaria penale fra gli Stati membri dell'Unione europea*, in *Doc. giust*., 2000, n. 6, c. 1107.

Z. Secchi, *Classificazione delle rogatorie e individuazione degli atti rogabili*, in G. La Greca-M.R. Marchetti (a cura di), *Rogatorie penali e cooperazione giudiziaria internazionale*, Giappichelli, 2003, p. 169.

E. Selvaggi, *La rete giudiziaria europea: uno strumento per migliorare la cooperazione giudiziaria in materia penale*, in *Doc. giust*., 2000, n. 6, p. 1123.

E. Selvaggi, *La nuova legge sulle rogatorie*, in *Cass. pen*., 2001, p. 3250.

E. Selvaggi, *Il mandato europeo di arresto alla prova dei fatti*, in *Cass. pen*., 2002, p. 2978.

E. Selvaggi, *Le nuove forme della cooperazione: un ponte verso il futuro*, in G. La Greca-M.R. Marchetti (a cura di), *Rogatorie penali e cooperazione giudiziaria internazionale*, Giappichelli, 2003, p. 465.

E. Selvaggi, *L'interpretazione di disposizioni di altri ordinamenti e la questione dell'applicabilità dell'indulto alle condanne straniere*, in *Cass. pen*., 2007, p. 1870.

E. Selvaggi, *Noi e gli altri: appunti in tema di atti processuali all'estero*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 2049.

E. Selvaggi, *Un passo decisivo verso il restyling della cooperazione*, in *Guida al dir.*, 2016, Dossier n. 5, p. 31.

E. Selvaggi, *Mutua assistenza, sparisce l'intervento ministeriale*, in *Guida al dir*., 2016, Dossier n. 5, p. 31.

E. Selvaggi, *L'Oei sostituisce la tradizionale rogatoria*, in *Guida al dir*., 2016, Dossier n. 5, p. 40.

E. Selvaggi, *Può essere emesso anche su richiesta dell'imputato?*, in *Guida al dir*., 2016, Dossier n. 5, p. 43.

E. Selvaggi, *La circolare del Ministero della giustizia sul c.d. ordine europeo di indagine*, in *Dir. pen. cont.*, 7 novembre 2017.

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

R. Sicurella, *Diritto penale e competenze dell'Unione europea*, Giuffrè, 2005.

R. Sicurella, *Spazio europeo e giustizia penale: l'istituzione della Procura europea*, in *Dir. pen. proc*., 2018, p. 845.

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

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

F. Siracusano, *La prova informatica transnazionale: un difficile "connubio" fra innovazione e tradizione*, in *Proc. pen. giust.*, 2017, 178.

F. Siracusano, *Tra semplificazione e ibridismo: insidie e aporie dell'Ordine europeo di indagine penale*, in *Arch. pen*., 2017, 3.

G. Sola, sub *art. 121 c.p.p.*, in A. Giarda-G.Spangher (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, 5ª ed., Wolters Kluwer, 2017, p. 1143 s.

C. Sotis, *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Giuffrè, 2007.

C. Sotis, *Il Trattato di Lisbona e le competenze penali dell'Unione europea*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 1146.

C. Sotis, *Le competenze penali dell'Unione previste nel Trattato di Lisbona: una lettura d'insieme*, in C.E. Paliero-F. Viganò (a cura di), *Europa e diritto penale*, Giuffrè, 2013, p. 33.

G. Spagnoli, *Osservazioni a Cass. pen., sez. I, n. 37250, 20 febbraio 2014*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 1531.

P. Spagnolo, sub *art. 727 c.p.p.*, in G. Conso-G. Illuminati (a cura di), *Commentario breve al codice di procedura penale*, 2ª ed., Cedam, 2015, p. 3166.

P. Spagnolo, *Il procedimento di emissione dell'OEI*, in 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*, Giappichelli, 2018, p. 75.

G. Spangher, *Un compleanno con molte – troppe – ombre*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 1193.

G. Spangher, *Banche: richiesta di consegna ed istanza di riesame*, in *Cass. pen.*, 1996, p. 890.

F. Spiezia, *Le linee evolutive della cooperazione giudiziaria penale in ambito europeo*, in E. Aprile-F. Spiezia, *Cooperazione giudiziaria penale nell'Unione europea prima e dopo il Trattato di Lisbona*, Ipsoa, 2009, p. 167.

F. Spiezia, *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, p. 1990.

F. Spiezia, *L'ordine di indagine europeo: domande e risposte a cura del Desk italiano di Eurojust*, in *Dir. pen. cont.*, 28 settembre 2017.

F. Spiezia, *Il pubblico ministero europeo e i rapporti con Eurojust*, in *Dir. pen. cont.*, 29 maggio 2018.

V. Spinosa, *La cooperazione giudiziaria in materia di terrorismo in ambito UE e la giurisprudenza delle corti europee*, in *Dir. pen. cont.*, riv. trim., 2017, 1, p. 162.

G. Stea, *La cooperazione per la neutralizzazione del crimine transnazionale tra sovranità*, ne bis in idem *e cittadinanza*, in *Arch. pen.*, 2019, 1.

M.T. Sturla, *Sulla c.d. ultraterritorialità della legge processuale penale*, in *Cass. pen.*, Mass. ann., 1982, p. 571.

V. Tardino, *La cooperazione giudiziaria fra Italia e Svizzera*, in *Giust. pen.*, 2002, II, c. 177.

S. Tesoriero, *La cooperazione transnazionale nelle indagini in materia di frodi IVA e doganali: strumenti tradizionali e nuove opportunità*, in M. Caianiello-A. Di Pietro (a cura di), *Indagini penali e amministrative in materia di frodi IVA e doganali*, Cacucci, 2016, p. 3.

M. Tiberi, *L'instradamento delle telefonate straniere: una prassi discutibile*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 959.

A. Ticono Pastrana, *L'ordine europeo di indagine penale*, in *Proc. pen. giust.*, 2017, 2, p. 346.

M. Torre, *Il virus di Stato nel diritto vivente tra esigenze investigative e tutela dei diritti fondamentali*, in *Dir. pen. proc*., 2015, p. 1163.

M. Torre, *Il captatore informatico*, Giuffrè, 2017.

F. Trapella, *Il provvedimento che attua la Convenzione di Bruxelles del 2000: una lunga gestazione e un destino incerto*, in *Proc. pen*. giust., 2018, p. 114.

T. Treves, *La giurisdizione nel diritto penale internazionale*, Giuffrè, 1973.

N. Triggiani, *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.

M. Troglia, *Le investigazioni difensive all'estero*, in L. Camaldo (a cura di), *Mandato d'arresto europeo e investigazioni difensive all'estero*, Giuffrè, 2018, p. 111.

M. Trogu, *D.lg. 21.6.2018, n. 108*, in A. Marandola (a cura di), *Cooperazione giudiziaria penale*, Giuffrè, 2018, p. 1004 s.

P. Troisi, sub *art. 121 c.p.p*., in G. Canzio-G. Tranchina (a cura di), *Codice di procedura penale*, Tomo I, Giuffrè, 2012, p. 1207 s.

G. Ubertis, *Principi di procedura penale europea*, Raffaello Cortina Editore, 2000.

G. Ubertis, *La tutela del contraddittorio e del diritto di difesa tra CEDU e Trattato di Lisbona*, in T. Rafaraci (a cura di), *La cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale nell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, Giuffrè, 2011.

G. Ubertis, *La prova acquisita all'estero e la sua utilizzabilità in Italia*, in *Cass. pen.*, 2014, p. 696.

G. Ubertis, *Considerazioni generali su investigazioni e prove transnazionali*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 49.

C. Valentini, *L'acquisizione della prova tra limiti territoriali e cooperazione con autorità straniere*, Cedam, 1998.

C. Valentini, *Le Sezioni Unite e i testimoni residenti all'estero: una preziosa occasione per precisare i confini del contraddittorio nella formazione della prova*, in *Proc. pen. giust*., 2012, p. 58.

A. Venegoni, *Procura Europea e reati di terrorismo: un connubio impossibile?*, in *Quest. giust*., 12 febbraio 2015.

N. Ventura, *Le investigazioni* under cover *della polizia giudiziaria*, Cacucci, 2008.

J.A.E. Vervaele, *L'europeizzazione del diritto penale e la dimensione penale dell'integrazione europea*, in *Riv. trim. dir. pen. econ*., 2005, p. 129.

J.A.E. Vervaele, *Il progetto di decisione quadro sul mandato di ricerca della prova*, in G. Illuminati (a cura di), *Prova penale e Unione europea*, BUP, 2009, p. 153.

D. Vicoli, *Ammissione della prova e divieti probatori*, in G. Illuminati (a cura di), *Prova penale e Unione europea*, BUP, 2009, p. 19.

F. Viganò, *Recenti sviluppi in tema di rapporti tra diritto comunitario e diritto penale*, in *Dir. pen. proc*., 2005, p. 1433.

D. Vigoni, *Le prove penali raccolte all'estero dalle autorità giudiziarie straniere*, in *Riv. it. dir. pen. proc*., 1985, p. 533.

D. Vigoni, *Rogatoria penale internazionale e strumenti alternativi*, in *Ind. pen*., 1986, p. 467.

D. Vigoni, *Dalla rogatoria all'acquisizione diretta*, in G. La Greca-M.R. Marchetti (a cura di), *Rogatorie penali e cooperazione giudiziaria internazionale*, Giappichelli, 2003, p. 417.

A. Vitale, *Le squadre investigative comuni*, in L. Filippi-P. Gualtieri-P. Moscarini-A. Scalfati (a cura di), *La circolazione investigativa nello spazio giuridico europeo: strumenti, soggetti, risultati*, Cedam, 2010, p. 67.

C. Vitiello, *Il sistema globale di acquisizione delle prove nelle fattispecie aventi dimensione transfrontaliera*, in F. Falato-F. Caringella (a cura di), *Scritti di cooperazione giudiziaria penale*, Dike giuridica, 2018, p. 229.

G.P. Voena, *Atti*, in G. Conso-V. Grevi-M. Bargis (a cura di), *Compendio di procedura penale*, 9ª ed., Cedam, 2018, p. 167.

A. Weyembergh, *Storia della cooperazione*, in R.E. Kostoris (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, Giuffrè, 2017, p. 207.

E. Zaffalon, *In tema di documentazione delle indagini difensive il difensore è pubblico ufficiale*, in *Giust. pen*., 2001, III, c. 669.

L.A. Zapatero, *Politica criminale e stato di diritto nelle società contemporanee*, in C.E. Paliero-F. Viganò (a cura di), *Europa e diritto penale*, Giuffrè, 2013, p. 1.

E. Zappalà-F. Siracusano, *I rapporti giurisdizionali con autorità straniere*, in D. Siracusano-A. Galati-G. Tranchina-E. Zappalà (a cura di), *Diritto processuale penale*, (ed. 2018 a cura di G. Di Chiara, V. Patanè, F. Siracusano), Giuffrè, 2018, p. 984.

P. Ziccardi, *Intorno ai limiti della legge e della giurisdizione penale italiana*, in *Riv. it., dir. pen. proc*., 1950, p. 462.