



**Università
degli Studi
di Ferrara**

**DOTTORATO DI RICERCA IN
"DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA E ORDINAMENTI
NAZIONALI"**

CICLO XXXII

COORDINATORE
Prof. Giovanni De Cristofaro

L'ORDINE EUROPEO DI INDAGINE PENALE
TRA *LEX FORI* E *LEX LOCI*

RICADUTE SUL PIANO DELL'UTILIZZABILITÀ

Settore Scientifico Disciplinare IUS/16

Dottorando
Dott. Gianluca Borgia

Tutore
Chiar.mo Prof. Daniele Negri

Anni 2016/2019

INDICE

pag.

Introduzione	I
--------------	---

CAPITOLO I

LA PROGRESSIVA EROSIONE DEL PRINCIPIO DEL *LOCUS REGIT ACTUM* NELL'EVOLUZIONE DEL SISTEMA EUROPEO DI ASSISTENZA GIUDIZIARIA IN AMBITO PROBATORIO

1. La preminenza accordata alla <i>lex loci actus</i> nell'impostazione originaria	1
2. I primi sintomi di un inevitabile mutamento di prospettiva	10
3. La Convenzione MAP	12
3.1. Tra primato della <i>lex fori</i> ...	14
3.2. ... e nuove tecniche di acquisizione transnazionale della prova	18
4. Mutuo riconoscimento,...	27
4.1. ...reciproco riconoscimento...	29
4.2. ...e legge applicabile all'esecuzione dell'atto probatorio transnazionale	36
4.3. Il MER: tra (auspiccate) soluzioni all'insegna della tradizione e inediti ambiti operativi della <i>lex fori</i>	41
5. Lo scenario delineato dal Trattato di Lisbona	45
5.1. Il nuovo spettro operativo del canone del <i>forum regit actum</i>	48

CAPITOLO II

L'OEI E LA SUA ATTUAZIONE NELL'ORDINAMENTO INTERNO TRA PREROGATIVE DELLA *LEX FORI* E ISTANZE DELLA *LEX LOCI*

1. Premessa	51
2. L'esecuzione dell'atto (ancora) tra <i>forum</i> e <i>locus regit actum</i>	62
2.1. La questione del contrasto con i principi dello Stato di esecuzione nell'ambito della procedura passiva: una possibile soluzione	62
2.2. "Oneri" dell'autorità di emissione e diritto alla concelebrazione nella procedura attiva	68
3. Condizioni di emissione e <i>lex fori</i>	72

3.1. La controversa questione dei mezzi di ricerca e degli atti di indagine in senso stretto “atipici”	79
3.2. Gli ulteriori (?) requisiti in caso di OEI emesso su richiesta della difesa	82
4. Presupposti di esecuzione e <i>lex loci</i>	87
4.1. Il sistema delle impugnazioni nello Stato di esecuzione: difetti “genetici” e auspici alla luce della giurisprudenza della Suprema Corte di Cassazione	90
4.2. L’eccezione degli atti che devono essere sempre disponibili nell’ordinamento di esecuzione e la loro trasposizione “al ribasso”	98
5. I contorni del doppio vaglio di proporzionalità	101
6. Specifiche disposizioni per determinati mezzi istruttori: tra massima attuazione del principio del <i>forum regit actum</i> , integrale applicazione del canone del <i>locus regit actum</i> e armonizzazione indotta	109

CAPITOLO III

L’INNESTO DEI RISULTATI DELL’ATTIVITÀ NEL PROCEDIMENTO NAZIONALE

Sezione prima

LE REGOLE PREVISTE DAL D.LGS. N. 108 DEL 2017

1. Premessa	128
2. L’inserimento nel fascicolo per il dibattimento degli atti compiuti all’estero a seguito di rogatoria e, ora, anche di ordine europeo di indagine: origine e <i>ratio</i> del trattamento differenziato rispetto agli atti di matrice interna	129
2.1. I verbali degli atti ripetibili “garantiti” tra risalenti criticità e nuovi profili problematici	135
2.2. I verbali degli atti non ripetibili: una questione solo apparentemente risolta?	141
3. Acquisizione tramite lettura dei verbali di dichiarazioni raccolte all’estero e oggettiva impossibilità dell’esame dibattimentale	145

Sezione seconda

LE ALTRE REGOLE DI ESCLUSIONE

1. Le ragioni a sostegno dell’applicabilità dell’art. 729 comma 2 c.p.p.	149
2. L’utilizzabilità degli atti compiuti in ossequio alla <i>lex loci actus</i>	155
3. L’utilizzabilità delle investigazioni difensive all’estero: aperture (solo) minime	159
4. Ordine europeo di indagine e art. 78 comma 1 disp. att. c.p.p.: <i>nihil sub sole novum</i>	162

5. Le regole di esclusione promananti dalla direttiva	164
5.1. I divieti “impliciti”: premessa	164
5.1.1. L’inosservanza dei presupposti previsti per il compimento di un atto in un caso interno analogo	167
5.1.2. Instradamento dei flussi comunicativi: una questione definitivamente chiusa	168
5.2. Il mancato rispetto delle condizioni di ammissibilità stabilite dalla <i>lex loci</i> per l’esecuzione delle intercettazioni di comunicazioni condotte senza l’assistenza di altro Stato membro	170
Bibliografia	173

INTRODUZIONE

Ogni strumento che si propone di favorire la circolazione transnazionale delle prove è inevitabilmente chiamato a misurarsi con l'assunto per cui ciascuna disciplina probatoria prevista dal singolo ordinamento statale «esprime i bilanciamenti tra i valori in gioco – il conseguimento del miglior accertamento dei fatti possibile, la tutela dei diritti fondamentali, l'efficienza processuale – ritenuti più corretti»¹ dai diversi legislatori nazionali.

Abbandonata l'ambiziosa prospettiva di adottare regole armonizzate per favorire la reciproca ammissibilità degli atti istruttori, anche il più recente congegno messo in campo dall'Unione europea in questo settore, ovvero l'ordine europeo di indagine penale, non si è potuto sottrarre al tentativo di “contemperare” le istanze che promanano dalla legge processuale vigente nello Stato di emissione con quelle riconducibili alla disciplina del Paese di esecuzione.

Il risultato è un'“ibridazione tra *lex fori* e *lex loci*”² destinata a riverberare i propri effetti su di un piano, quello della spendibilità del materiale raccolto *ultra fines*, ove il legislatore nazionale è tenuto a fare il possibile per scongiurare il paradosso che «una prova illegittima divent[i] utilizzabile solo perché battezzata come “europea”»³.

Da qui, l'idea di concentrare l'attenzione, *in primis*, sulle opzioni coltivate – sotto questo specifico profilo – nell'ambito degli strumenti che hanno preceduto l'adozione del nuovo meccanismo, condizionandone la fisionomia.

¹ M. DANIELE, *La metamorfosi del diritto delle prove nella direttiva sull'ordine europeo di indagine penale*, in *Dir. pen. cont. (web)*, 20 novembre 2014, p. 3.

² ... questo il *topos* ricorrente nella letteratura in tema di ordine europeo di indagine; v., in tal senso e con varie “sfumature espressive”, F. SIRACUSANO, *Tra semplificazione e ibridismo: insidie e aporie dell'Ordine europeo di indagine penale*, in *Arch. pen.*, 2017, p. 675; L. LUPÁRIA, *Note conclusive nell'orizzonte di attuazione dell'Ordine europeo di indagine*, in T. BENE-L. LUPÁRIA-L. MARAFIOTI (a cura di), *L'ordine europeo di indagine. Criticità e prospettive*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 250; T. BENE, *L'ordine europeo di indagine: criticità e prospettive*, *ivi*, p. 3; L. MARAFIOTI, *Orizzonti investigativi europei, assistenza giudiziaria e mutuo riconoscimento*, *ivi*, p. 22; R. DEL COCO, *Circolazione della prova e poteri sanzionatori del giudice*, *ivi*, p. 8; 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, f. 3, p. 11; M. DANIELE, *L'impatto dell'ordine europeo di indagine penale sulle regole probatorie nazionali*, in *Dir. pen. cont.*, 2016, f. 3, p. 70

³ E. AMODIO, *Diritto di difesa e diritto alla prova nello spazio giudiziario europeo*, in *Foro ambr.*, 2001, p. 552.

Una volta messo a fuoco questo aspetto, non si potrà prescindere da una puntuale analisi delle previsioni che, così come attuate nell'ordinamento interno, costituiscono l'espressione concreta delle prerogative dei due Stati coinvolti nella procedura di cooperazione giudiziaria. L'orizzonte finale, infatti, è quello di apprezzare come e in che termini la soluzione adottata a livello sovranazionale condizioni e "plasm", per così dire, l'innesto dei risultati dell'attività nel procedimento nazionale.

CAPITOLO I

LA PROGRESSIVA EROSIONE DEL PRINCIPIO DEL *LOCUS REGIT ACTUM* NELL'EVOLUZIONE DEL SISTEMA EUROUNITARIO DI ASSISTENZA GIUDIZIARIA IN AMBITO ISTRUTTORIO

SOMMARIO: 1. La preminenza accordata alla *lex loci actus* nell'impostazione originaria. – 2. I primi sintomi di un inevitabile mutamento di prospettiva. – 3. La Convenzione MAP. – 3.1 Tra primato della *lex fori* ... – 3.2. ... e nuove tecniche di acquisizione transnazionale della prova. – 4. Mutuo riconoscimento, ... – 4.1. ...reciproco riconoscimento... – 4.2. ...e legge applicabile all'esecuzione dell'atto probatorio transnazionale. – 4.3. Il MER: tra (auspiccate) soluzioni all'insegna della tradizione e inediti ambiti operativi della *lex fori*. – 5. Lo scenario delineato dal Trattato di Lisbona. – 5.1. Il nuovo spettro operativo del canone del *forum regit actum*.

1. *La preminenza accordata alla lex loci actus nell'impostazione originaria*

Per lungo tempo esclusa dal novero delle competenze delle istituzioni eurounitarie, la cooperazione giudiziaria in materia penale è stata oggetto del processo di integrazione europea solo a partire dalla creazione, con il Trattato siglato a Maastricht nel 1992⁴, del c.d. “terzo pilastro” dedicato, per l'appunto, alla «cooperazione nei settori della giustizia e degli affari interni»⁵.

Nondimeno, al di là delle fin troppo note ragioni di un simile ritardo – da imputarsi principalmente, da un lato, alla circostanza che, fino a quel momento, l'azione dell'allora Comunità era stata diretta, in maniera pressoché univoca, alla creazione di un'unione di carattere meramente economico⁶ e, dall'altro, alle resistenze dei Paesi membri a cedere parti di sovranità in settori come quelli del diritto penale sostanziale e

⁴ Sottoscritto nella città dei Paesi Bassi il 7 febbraio 1992 ed entrato in vigore il 1° novembre 1993.

⁵ V. *infra*, § 3.

⁶ Cfr. 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, Milano, 2007, p. 6.

processuale, tradizionalmente considerati espressione del proprio *jus imperii*⁷ –, non si può fare a meno di rilevare come l'esigenza di sviluppare meccanismi collaborativi a livello comunitario nel campo della giustizia penale fosse già emersa da almeno un ventennio. La viepiù crescente presa di coscienza della portata transnazionale di certe forme di criminalità⁸, unitamente alla necessità di contenere i rischi scaturenti dal processo di progressivo abbattimento delle frontiere interne originatosi a partire dall'Accordo di Schengen⁹ avevano portato, infatti, all'emersione, nella seconda metà degli anni Settanta, dell'idea di un "*Espace judiciaire européen*"¹⁰; anche se, è opportuno precisarlo, perché a tale idea venisse conferita una qualche rilevanza sul piano giuridico, si sarebbe dovuto attendere la sottoscrizione, nel 1997, del Trattato di Amsterdam¹¹, con il conseguente inserimento, fra gli obiettivi dell'Unione, di quello della creazione di uno "Spazio di libertà, sicurezza e giustizia"¹², in una prospettiva tesa a far coincidere lo spazio "economico" «con uno spazio "giuridico" e "giudiziario"»¹³.

Alla luce di tali osservazioni, non stupisce che in un primo momento gli accordi di cooperazione in ambito penale cui tutti o, a seconda dei casi, solo alcuni dei Paesi membri hanno preso parte, siano stati conclusi al di fuori del contesto comunitario.

In questo senso, con specifico riguardo all'assistenza di carattere istruttorio, a venire in considerazione è, anzitutto, la Convenzione europea di assistenza giudiziaria di Strasburgo del 1959¹⁴ (d'ora in poi: CEAG), stipulata nel quadro istituzionale del

⁷ V. G. DARAIO, *La circolazione della prova nello spazio giudiziario europeo*, in L. KALB (a cura di), «*Spazio europeo di giustizia*» e *procedimento penale italiano*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 509.

⁸ Cfr. A. WEYEMBERGH, *Storia della cooperazione*, in R.E. KOSTORIS (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, III ed., Giuffrè, Milano, 2017, p. 198.

⁹ Il riferimento è all'Accordo stipulato il 14 giugno 1985 fra Belgio, Paesi Bassi, Lussemburgo, Francia e Germania, con cui tali Stati hanno concordato la creazione di uno spazio comune di libera circolazione delle persone e delle merci da realizzarsi mediante la graduale eliminazione dei controlli alle frontiere interne.

¹⁰ Come noto, la formula è stata utilizzata per la prima volta in occasione del Consiglio europeo di Bruxelles del dicembre 1977 d'allora Presidente della Repubblica francese Giscard d'Estaing, per il quale alla costruzione di tale spazio si sarebbe dovuti addivenire attraverso un percorso articolato in cinque tappe, la seconda delle quali avente ad oggetto proprio il potenziamento delle procedure di assistenza giudiziaria in materia penale.

¹¹ Siglato nella capitale dei Paesi Bassi il 2 ottobre 1997 ed entrato in vigore il 1° maggio 1999.

¹² In particolare, all'art. 3 del nuovo Trattato sull'Unione si afferma che «L'Unione offre ai suoi cittadini uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia senza frontiere interne, in cui sia assicurata la libera circolazione delle persone insieme a misure appropriate per quanto concerne i controlli alle frontiere esterne, l'asilo, l'immigrazione, la prevenzione della criminalità e la lotta contro quest'ultima».

¹³ Ancora G. DARAIO, *La circolazione della prova nello spazio giudiziario europeo*, cit., p. 511.

¹⁴ Si tratta della Convenzione europea di assistenza giudiziaria sottoscritta nella città francese il 20 aprile 1959 ed entrata in vigore il 12 giugno 1962. Per la traduzione in lingua italiana v. M. PISANI-F. MOSCONI, *Codice delle convenzioni di estradizione e di assistenza giudiziaria in materia penale*, Giuffrè,

Consiglio d'Europa da tutti gli Stati che attualmente ne fanno parte¹⁵. Si tratta di un accordo internazionale la cui importanza si apprezza oltre che per il suo carattere multilaterale e per il fatto di costituire la prima convenzione sorta esclusivamente per l'assistenza giudiziaria penale¹⁶ – espressione che, stando al perimetro operativo della CEAG, si riferiva non solo al compimento delle attività riconducibili alla nozione interna di “rogatoria” che si ricava dalle disposizioni del Libro XI del codice di rito e che richiama esclusivamente i meccanismi di cooperazione per l'acquisizione di prove o per il compimento di attività investigative in senso proprio e le attività di notificazione e comunicazione, ma anche alla trasmissione di quei peculiari documenti rappresentati dai verbali provenienti da un procedimento straniero, autonomamente regolati dall'art. 78 disp. att. c.p.p., nonché allo scambio di informazioni sui precedenti delle persone coinvolte nel procedimento¹⁷ –, anche e soprattutto in ragione della circostanza che essa ha rappresentato il basamento su cui è stato successivamente eretto il «*corpus* del c.d. “diritto convenzionale rogatorio”»¹⁸. È, invero, attraverso la rielaborazione e l'integrazione delle disposizioni di quella che è stata efficacemente individuata come la “Convenzione madre” che negli anni successivi alla sua introduzione si è addivenuti alla conclusione di molteplici accordi in materia; e questo perché, dal punto di vista dei contenuti, la Convenzione *de qua*, lungi dall'introdurre stravolgimenti di rilievo, si risolveva in una sorta di momento ricognitivo dei tratti essenziali che avevano storicamente caratterizzato l'assistenza giudiziaria, in una logica improntata alla difesa delle prerogative nazionali¹⁹.

Milano, 1979, p. 477 ss. i quali riportano la versione a suo tempo predisposta dall'Ufficio traduzioni di leggi ed atti stranieri del Ministero di Grazia e Giustizia.

¹⁵ Per quanto concerne l'Italia, la Convenzione è stata ratificata con la legge 23 febbraio 1961, n. 215.

¹⁶ Cfr. P. LASZLOCZKY, voce *Rogatoria (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, XLI, Giuffrè, Milano, 1989, p. 120.

¹⁷ Per questo rilievo e per una approfondita analisi terminologica della nozione di “assistenza giudiziaria” e di quella di “rogatoria”, così come risultanti dalle fonti sovranazionali e interne, v. C. VALENTINI, *L'acquisizione della prova tra limiti territoriali e cooperazione con autorità straniere*, Cedam, Padova, 1998, p. 25 ss. e p. 53 ss.

¹⁸ 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. 445.

¹⁹ V. R. BELFIORE, *La prova penale “raccolta” all'estero*, Aracne, Roma, 2014, p. 127 ss., la quale sottolinea, inoltre, come gli aspetti in parola abbiano poi ispirato la disciplina prevista dal nostro codice di rito. A quest'ultimo riguardo e, più in generale, in ordine all'influsso esercitato dalle fonti sovranazionali sulla stesura del Libro XI v. M. CHIAVARIO, *Cooperazione internazionale ed obiettivi di garanzia e di efficienza nella nuova disciplina dei rapporti giurisdizionali con autorità giudiziarie straniere*, in ID. (coord. da), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, vol. IV, Utet, Torino, 1991, p. 663 ss.

Sennonché, proprio i profili più espressivi della logica appena menzionata hanno sin da subito dato luogo alle principali criticità in termini di efficienza, cosicché è soprattutto su di essi che si sono concentrati gli sforzi profusi dal legislatore pattizio prima ed eurounitario dopo, con risultati che possono dirsi – anche alla luce dei più recenti sviluppi – non del tutto soddisfacenti.

A tal proposito non si può fare a meno di appuntare l'attenzione sull'art. 3 § 1 CAEG, il quale, nello stabilire che «[l]a parte richiasta farà eseguire, nelle forme previste dalla sua legislazione, le commissioni rogatorie [...] che le saranno trasmesse dalle autorità giudiziarie della Parte richiedente e che hanno per oggetto il compimento di atti istruttori o la trasmissione di corpi di reato, di fascicoli o di documenti», affermava il canone del *locus regit actum* – talvolta evocato nella più sintetica formula “*lex loci actus*” o, più semplicemente, “*lex loci*” – che ha retto fin dalle sue origini il sistema di assistenza giudiziaria²⁰, rappresentando non solo uno dei principi generali in materia di rogatorie, ma occupando fra di essi una posizione di primaria importanza²¹.

In effetti, che nell'espletamento delle attività processuali richieste debbano essere osservate le disposizioni proprie dello Stato ove l'attività viene posta in essere risulta perfino «ovvio»²² laddove si considerino le ragioni «dettate – per così dire – dal comune buon senso, prima ancora» di quelle di carattere teorico²³. Invero, tenuto conto dell'evenienza che a realizzare l'attività domandata provvedono gli organi giudiziari dello Stato richiesto, emerge come l'osservanza del principio in esame risponda, anzitutto, alla necessità di non costringere tali organi giudiziari a «preoccuparsi [...] di conoscere e apprendere le norme, e la relativa dottrina in vigore nello Stato richiedente» rispetto all'atto da compiere²⁴. In tale prospettiva, l'osservanza della *lex loci actus* soddisfa un duplice ordine di esigenze: da un lato, quella di evitare un eccessivo aggravio dei compiti del giudice straniero e, dall'altro, quella di garantire la corretta assunzione dell'atto sul presupposto rappresentato dalla presunzione – certamente non

²⁰ In questi termini 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, Torino, 2003, p. 120.

²¹ V. M.R. MARCHETTI, *L'assistenza giudiziaria internazionale*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 41.

²² C.U. DEL POZZO, *La collaborazione internazionale della Giustizia*, in *Giust. pen.*, 1953, I, p. 41.

²³ C. VALENTINI, *L'acquisizione della prova tra limiti territoriali e cooperazione con autorità straniere*, cit., p. 186.

²⁴ I. CAMINITI, *L'effettiva portata del principio del locus regit actum*, in *Giur. it.*, 2002, p. 1911.

assoluta – secondo cui il giudice che applica le norme del proprio ordinamento processuale difficilmente può commettere errori²⁵.

Venendo – ora sì – al fondamento di carattere dogmatico del canone in parola, a rilevare sono i «principi di sovranità e di territorialità della giurisdizione»²⁶.

In altri termini, dal punto di vista del Paese cui è rivolta la domanda di collaborazione, rispetto al quale – come è stato opportunamente affermato – il principio *de quo* si atteggia a «diaframma garantistico»²⁷ dei propri interessi, posto che il diritto processuale penale «ha [...] la stessa espansione della sovranità dello Stato sul territorio» e tenuto conto, altresì, che la rogatoria ha ad oggetto un'attività da porre in essere nel territorio dello Stato richiesto, «si rivela del tutto coerente» che il compimento dell'atto abbia luogo secondo le formalità procedurali del Paese chiamato a prestare l'assistenza²⁸.

Ma anche cambiando angolo visuale e, segnatamente, collocandosi nella prospettiva dello Stato richiedente, il ricorso alla *lex loci* non è privo di altrettanto solido basamento: che a regolare gli atti compiuti in territorio “straniero” debba essere – per l'appunto – il diritto “straniero” discende, infatti, «dal canone non scritto di diritto internazionale che obbliga ciascun Stato a rispettare l'organizzazione degli altri»²⁹.

Ciò detto, ponendo mente per un attimo all'ordinamento interno, non sorprende come la regola del *locus regit actum* sia stata elevata dalla giurisprudenza di legittimità a rango di principio internazionalmente riconosciuto, di talché si è addivenuti a

²⁵ Cfr. A. GAITO, *Dei rapporti giurisdizionali con autorità straniera*, Cedam, Padova, 1985, p. 64.

²⁶ D. VIGONI, *Dalla rogatoria all'acquisizione diretta*, in G. LA GRECA-M.R. MARCHETTI (a cura di), *Rogatorie penali e cooperazione giudiziaria internazionale*, cit., p. 433. Nello stesso senso v. C. VALENTINI, *L'acquisizione della prova tra limiti territoriali e cooperazione con autorità straniera*, cit., p. 186-187. Più in generale v. C. AMALFITANO, *Conflitti di giurisdizione e riconoscimento delle decisioni penali nell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 11 ss.; M.T. STURLA, *Sulla c.d. ultraterritorialità della legge processuale penale*, in *Cass. pen.* 1982, p. 572 s.; T. TREVES, *La giurisdizione nel diritto penale internazionale*, Cedam, Padova, 1973, p. 281; M. PISANI, voce *Giurisdizione penale*, in *Enc. dir.*, vol. XIX, Giuffrè, Milano, 1970, p. 400-402; A. SANTORO, voce *Giurisdizione penale*, in *Noviss. Dig. it.*, Utet, Torino, 1968, p. 1070;

²⁷ L'espressione è di P. LASZLOCZKY, voce *Rogatoria (dir. proc. pen.)*, cit., p. 126.

²⁸ Cfr., M.R. MARCHETTI, *L'assistenza giudiziaria internazionale*, cit., p. 42.

²⁹ 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, il quale richiama R. LUZZATTO, sub *Art. 12*, in AA. Vv., *Commentario al nuovo diritto internazionale privato*, Cedam, Padova, 1996, p. 52 s. Nello stesso senso cfr. C. VALENTINI, *L'acquisizione della prova tra limiti territoriali e cooperazione con autorità straniera*, cit., p. 188.

sostenere che, indipendentemente dalla sua espressa previsione in una fonte normativa, esso dovesse essere comunque osservato³⁰.

Quanto, poi, al significato da attribuire alla formula utilizzata dall'art. 3 CAEG laddove affermava che ad essere regolata dalla *lex loci* è la "forma" dell'atto, occorre sgomberare il campo da possibili fraintendimenti: ciò non significa, infatti, che per il «"contenuto" dell'atto» «vigano regole diverse» quanto, piuttosto, che la "forma" deve essere «intesa come *unicum* di formalità e contenuto»³¹. E, questo, non tanto perché, come si è pure sostenuto, la distinzione tra forma e contenuto dell'atto non sia possibile³², ma in ragione della circostanza che forma e sostanza si condizionano

³⁰ Cfr. Cass. Pen., Sez. I, 22 ottobre 1981, Li Calzi, in *Giust. pen.*, 1982, III, p. 334 dove si legge che «costituisce principio di diritto internazionale universalmente riconosciuto quello secondo cui le rogatorie vanno eseguite secondo la legge dello Stato richiesto»; negli stessi termini Cass. Pen., sez. II, 3 dicembre 1990, Inzaghi, in *Cass. pen.*, 1992, p. 2759; Cass. Pen., Sez. IV, 12 dicembre 2001, Castellucci, *ivi*, 2002, p. 2859. In dottrina v. M.R. MARCHETTI, voce *Rogatoria (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, Annali II, t. 1, Giuffrè, Milano 2008, p. 1035, I. CAMINITI, *L'effettiva portata del principio del locus regit actum*, cit., p. 1910-1911; G. DIOTALLEVI, *La c.d. "concelebrazione" delle rogatorie e gli atti diretti di giurisdizione all'estero*, in *Cass. pen.*, 1998, p. 550. *Contra* A. CIAMPI, *L'assunzione di prove all'estero in materia penale*, Cedam, Padova 2003, p. 402 e 403, la quale afferma, proprio con riguardo al disposto dell'art. 3 § 1 della Convenzione di Strasburgo del 1959, che «[s]e questa disposizione dovesse essere intesa come norma che impone allo Stato richiesto l'obbligo di eseguire le richieste nelle forme previste dalla propria legislazione, se ne dovrebbe trarre la conseguenza che lo Stato che dia "spontaneamente" esecuzione ad una richiesta di esecuzione secondo modalità previste dalle leggi dello Stato richiedente commette illecito internazionale. Oppure ritenere che le parti abbiano inteso derogare nei rapporti fra loro, per il caso concreto, alla regola generale. Certamente, una tale interpretazione è in contrasto con l'oggetto e con lo scopo della Convenzione, oltre che palesemente illogica e irragionevole. Occorre, invece, leggere l'art. 3 par. 1, anziché come norma che impone allo Stato richiesto di applicare le proprie regole all'esecuzione delle richieste, come norma che – viceversa – circostringe l'obbligo di assistenza, posto a carico dello Stato richiesto, ai sensi dell'art. 1 par. 1; nel senso che questi non è tenuto a seguire procedure diverse da quelle previste dal proprio diritto interno. In altre parole, una regola come quella sancita dall'art. 3 par. 1 [...] vale a [...] porre un limite ai poteri dello Stato richiedente, escludendo che questi possa pretendere, da parte dello Stato richiesto, l'applicazione delle forme previste dal proprio diritto nazionale. La posizione soggettiva dello Stato richiesto, su questo punto, non è di soggezione (rispetto ad un obbligo che non è sancito), ma di mera libertà». Inoltre, se è «vero che anche per l'assistenza prestata sulla base delle sole norme comuni dei vari Stati, cioè al di fuori di una convenzione internazionale, la regola era [...] quella tradizionale» dell'osservanza della *lex loci*, «[n]on paiono [...] sussistere ragioni per trarre [da tale prassi] conclusioni diverse da quelle, sopra prospettate, riguardo al diritto pattizio. Si può dunque continuare a parlare di principio della *lex loci*, purché sia chiaro che ad esso non corrisponde alcuna obbligatorietà giuridica o doverosità sociale dell'applicazione della legge del luogo in cui devono essere assunte le prove. La sua affermazione non ha, dunque, valore normativo, ma soltanto descrittivo di ciò che normalmente avviene [...] nell'esecuzione delle richieste di assistenza giudiziaria in materia penale».

³¹ C. VALENTINI, *L'acquisizione della prova tra limiti territoriali e cooperazione con autorità straniere*, cit., p. 190.

³² Il rilievo è di EAD., *ivi*, p.189, la quale – dopo aver richiamato la tesi sostenuta da C. LOMBOIS, *Droit pénal international*, Dalloz, Paris, 1979, p. 630, secondo cui «*Indiquée par la convention européenne, en quelques endroits par la loi, la règle [...] est d'évidence: locus regit actum. D'autant plus que qu'ici il s'agit d'actes accomplis par des autorités de l'Etat, qui ne peuvent fonctionner que conformément à la loi qui les institue. L'acte en son entier, non seulement sa forme, est donc régi par la loi de l'Etat qui l'exécute. En ces matières, d'ailleurs [...] la distinction serait presque toujours impossible*» – sottolinea opportunamente come, in realtà, la distinzione sia in realtà praticabile,

reciprocamente³³, specie nel processo penale dove «*la forme engage le fond*, essendo la forma molto spesso null'altro che l'espressione di una garanzia dell'imputato o della salvaguardia di altri valori fondamentali che [lo stesso] processo penale presuppone»³⁴.

Peraltro, questo ha fatto sì che, a differenza di quanto accaduto con riguardo al campo delle rogatorie civili, anch'esso per lungo tempo imperniato sul principio del *locus regit actum*³⁵, in relazione all'ambito di quelle penali l'osservanza della *lex loci actus* sia stata imposta con maggior rigore³⁶.

A conferma di ciò, si rileva come nella CEAG fossero rinvenibili due sole ipotesi tali da poter essere considerate vere e proprie deroghe, per di più caratterizzate da una portata minima³⁷: il § 2 del già richiamato art. 3 prevedeva che, se richiesto, lo Stato domandato avrebbe fatto deporre «sotto giuramento» i testimoni e i periti, sempre che ciò non fosse vietato dalla *lex loci* e, nello stesso ordine di idee, l'art. 7 § 1 disponeva che per le notificazioni degli atti nel Paese a cui era richiesta l'assistenza, sempre su domanda dello Stato richiedente, era possibile adottare una forma diversa da quella prevista dalla *lex loci*, purché compatibile con quest'ultima³⁸.

Non di «eccezione», ma di mero «contemperamento» è invece opportuno parlare in relazione al successivo art. 4, laddove si stabiliva che, su specifica istanza del Paese

quantomeno sul piano teorico. Si consideri, ad esempio, l'ipotesi in cui all'autorità italiana «venga chiesta l'esecuzione di una rogatoria avente ad oggetto l'interrogatorio di un teste». In questo caso, se per un verso, «è chiaro che l'interrogatorio stesso sarà regolato non solo dalle norme procedurali italiane che disciplinano l'assunzione come "formalità" in senso proprio dell'atto, ma anche tutte quelle ulteriori norme che impongono limiti al suo possibile contenuto, quali gli artt. 200 ss. in materia di segreto professionale, d'ufficio e "di Stato"».

³³ Il rilievo è di M. PISANI, *La rogatoria attiva in materia penale: un istituto in crisi*, in *Giur. it.*, 1969, p. 355.

³⁴ P. LASZLOCZKY, *La cooperazione internazionale negli atti di istruzione penale*, Cedam, Padova, 1980, p. 133. In termini sostanzialmente analoghi v. G. CAPALDO, sub *Art. 725*, in M. CHIAVARIO (coord. da), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, vol. VI, Utet, Torino, 1991, p. 787

³⁵ Sul punto v. S.M. CARBONE, sub *Art. 13*, in F. POCAR-T. TREVES-S.M. CARBONE-A. GIARDINA-R. LUZZATTO-F. MOSCONI-R. CLERICI (a cura di), *Commentario del nuovo diritto internazionale privato*, Cedam, Padova, 1996, p. 66-69.

³⁶ In termini sostanzialmente analoghi, v. P. LASZLOCZKY, voce *Rogatoria (dir. proc. pen.)*, cit., p. 126.

³⁷ V. D. CARCANO, *I principi pattizi: da modalità di esecuzione a limiti alla concedibilità o utilizzabilità*, cit., p. 121.

³⁸ Cfr. M. PISANI, *Rogatorie internazionali e video conferenze*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, p. 982. Ad avviso di D. CARCANO, *I principi pattizi: da modalità di esecuzione a limiti alla concedibilità o utilizzabilità*, cit., p. 121, un'ulteriore minima deroga al principio del *locus regit actum* si ravviserebbe anche con riferimento alla richiesta di documenti in originale ex art. 3 § 3 CEAG. Tale articolo dispone che «[l]a parte richiesta non potrà trasmettere che semplici copie o fotocopie dei fascicoli o documenti richiesti munite di certificazione di conformità. Tuttavia, se la parte richiedente domanda espressamente la trasmissione degli originali, tale richiesta dovrà, nei limiti del possibile, essere accolta».

richiedente, quello richiesto avrebbe informato il primo della data e del luogo d'esecuzione della commissione rogatoria, "potendo acconsentire" a che le autorità e le persone interessate "assistessero" al compimento dell'atto domandato. Come detto, non si trattava di una circostanza tale da integrare una deroga in senso stretto all'applicazione della *lex loci actus* posto che, al netto dell'errore di traduzione nel testo italiano della facoltà "*to be present*" nella possibilità di "assistere" – esprimendo il concetto di "assistenza" un significato intermedio rispetto a quello di mera "presenza" e quello di effettiva "partecipazione" –, la disposizione non avrebbe dovuto incidere in maniera significativa sulle modalità di esecuzione della richiesta istruttoria³⁹.

L'uso del condizionale passato non è casuale in quanto è proprio a partire da questa previsione normativa che – anche sulla spinta di un'indicazione proveniente dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa con cui si sollecitavano i Paesi richiesti a «fare largo uso della facoltà di permettere alle autorità dello Stato richiedente ed alle persone in causa di assistere all'esecuzione delle [...] rogatorie e di collaborare a ciò in ogni misura possibile»⁴⁰ – accanto al modello tradizionale fondato sulla rogatoria per così dire "classica", ovvero quella che, come visto sinora, ha ad oggetto il compimento di atti istruttori da parte dell'autorità giudiziaria straniera alla stregua della *lex loci*, si è sviluppata la rogatoria c.d. "partecipata" che si caratterizza, oltre che per la presenza dell'autorità del Paese richiedente, anche in ragione della facoltà riconosciutagli di svolgere un ruolo attivo nel momento dell'espletamento dell'attività⁴¹. In altre parole, la logica è quella per cui l'autorità richiedente contribuisce «a chiarire, quasi *viva vox rogantis*, quanto interessa ai fini della giustizia, per la migliore riuscita della rogatoria» esercitando una «*facultas istandi*»⁴² che si risolve nella possibilità di "suggerire"

³⁹ In termini sostanzialmente analoghi v. A. CIAMPI, *L'assunzione di prove all'estero in materia penale*, cit., p. 257 e nota n. 244, la quale sottolinea, inoltre, come la disposizione in esame non rappresenti una vera e propria eccezione anche in ragione del fatto che lo stato richiesto non ha l'obbligo di consentire la presenza delle autorità dello Stato di esecuzione (p. 259). In ordine a questo aspetto si è espressa anche Cass. Pen., Sez. I, 21 febbraio 1983, Von Arb, in *Cass. pen.*, 1984, p. 1216, che ha chiarito, da un lato, che la facoltà del giudice italiano di assistere all'esecuzione della rogatoria attiva è rimessa al consenso dell'autorità giudiziaria richiesta e, dall'altro, che non si concreta in un obbligo per il giudice stesso di assistervi. In dottrina v. G. DIOTALLEVI, *La c.d. "concelebrazione" delle rogatorie e gli atti diretti di giurisdizione all'estero*, cit., p. 550.

⁴⁰ Si tratta della Raccomandazione R (80) 8. Sul punto v. D. VIGONI, *Rogatoria penale internazionale e strumenti alternativi*, in *Ind. pen.*, 1986 p. 470-471.

⁴¹ M. PISANI, *In tema di assunzione all'estero delle prove da parte dell'autorità giudiziaria italiana*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2001, p. 557.

⁴² V. GIANTURCO, *Evoluzione e non rivoluzione nel campo dell'assistenza giudiziaria internazionale*, in *Riv. pol.*, 1968, p. 287.

all'autorità richiesta le domande e i comportamenti opportuni in modo da ottenere l'acquisizione di un atto che abbia le maggiori probabilità di essere fruibile nell'ordinamento di destinazione⁴³. Diversamente da quanto sostenuto dalla Suprema Corte di Cassazione in alcune pronunce ormai datate⁴⁴, dall'affermazione della regola della *lex loci* non può dedursi, infatti, l'implicito riconoscimento della diversità dei singoli ordinamenti cooperanti e il conseguente obbligo, gravante sullo Stato richiedente, di «positiva valorizzazione delle prove assunte»⁴⁵.

Invero, è stato addirittura definito come un «ricorrente *topos* della letteratura in materia di cooperazione»⁴⁶, fatto proprio anche dalla nostra Corte costituzionale, l'asserzione secondo cui il principio del *locus regit actum* postula, da un lato, che l'esecuzione materiale degli atti richiesti avvenga necessariamente nei modi previsti dalla *lex loci* e, dall'altro, «che la valutazione delle attività espletate (ossia degli effetti che a detti atti possono essere riconosciuti)» sia «condotta alla stregua dell'ordinamento dello Stato richiedente»⁴⁷.

In definitiva, risulta chiaro come l'introduzione di deroghe e temperamenti al principio del *locus regit actum* – presenti, come visto, già nell'articolato della CEAG, seppur in forma solo embrionale – rispondesse alla necessità di fornire un'assistenza che potesse «adattarsi alla normativa processuale» dello Stato richiedente per scongiurare, da un lato, che l'obiettivo delle rogatorie – «che poi rappresenta la stessa ragion d'essere dell'istituto» – venisse frustrato quando l'attività posta in essere oltre i confini nazionali risultasse, per le modalità di esecuzione, solo parzialmente fruibile, «ove non del tutto inutile»⁴⁸ e, dall'altro, che una prova illegittima perché assunta con modalità della *lex loci* che si rivelano inammissibili secondo la *lex fori*, divenisse spendibile solo perché raccolta *ultra fines*⁴⁹.

⁴³ V. G. CAPALDO, sub *Art. 727*, in M. CHIAVARIO (coord. da), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, cit., p. 802; T. TREVES, *La giurisdizione nel diritto penale internazionale*, Cedam, Padova, 1973, p. 281.

⁴⁴ Cass. Pen., Sez. VI, 18 dicembre 1995, Maffi, in *Cass. pen.*, 1997, p. 3534; Cass. Pen., Sez. VI, 19 novembre 1993, Palamara, in *CED*, rv. 198238.

⁴⁵ Cfr. J.P. PIERINI, *Ancora attuale il principio locus regit actum con riguardo alle prove penali acquisite all'estero nel corso di rogatoria «concelebrata»?», cit., p. 3110 s.*

⁴⁶ C. VALENTINI, *L'acquisizione della prova tra limiti territoriali e cooperazione con autorità straniere*, cit., p. 186.

⁴⁷ Corte cost., 25 luglio 1995, n. 379. Al riguardo v. G. DI CHIARA, voce *Rapporti giurisdizionali con autorità straniera*, in *Enc. dir.*, Agg. II, Giuffrè, Milano, 1998, p. 894.

⁴⁸ M.R. MARCHETTI, *L'assistenza giudiziaria internazionale*, cit., p. 42.

⁴⁹ Il riferimento è a E. AMODIO, *Diritto di difesa e diritto alla prova nello spazio giudiziario europeo*, cit., p. 552 il quale, seppur con riferimento ad un contesto mutato rispetto a quello qui

2. I primi sintomi di un inevitabile mutamento di prospettiva

Proseguendo nell'analisi delle tappe che hanno caratterizzato l'impervio sentiero che ha condotto all'odierno assetto della collaborazione giudiziaria di carattere istruttorio, non si possono trascurare i cambiamenti introdotti dagli accordi intervenuti tra alcuni degli attuali Stati membri che, come accennato, hanno preso le mosse dalle disposizioni della CEAG con l'intento di completarle e facilitarne l'applicazione. Questo è quanto si legge nel preambolo degli Accordi bilaterali conclusi dall'Italia con l'Austria, prima, e con la Germania, successivamente⁵⁰.

La scelta di porre l'attenzione sulle fonti in parola – le quali certo non esauriscono il novero delle convenzioni stipulate tra gli odierni Paesi dell'Unione nel lasso di tempo che separa l'adozione della CEAG dall'approvazione dei primi atti propriamente qualificabili come “eurounitari”⁵¹ – non è casuale; esse rappresentano, infatti, il primo tentativo di incidere sull'aspetto disfunzionale cui si è fatto riferimento poc'anzi.

Come detto, l'attivazione del meccanismo della rogatoria partecipata, così come venutosi a delineare sulla base dell'art. 4 CEAG, era, per un verso, rimesso alla discrezionalità dello Stato richiesto e, per l'altro, contraddistinto sì dalla partecipazione attiva dell'autorità richiedente, ma in una prospettiva comunque mediata dall'autorità straniera.

Orbene, con riguardo al primo profilo, non v'è dubbio che entrambi gli accordi abbiano fatto registrare un significativo passo in avanti, introducendo, in luogo della

considerato, afferma che sarebbe «poco confortante scoprire che una prova illegittima diventa utilizzabile solo perché battezzata come “europea”». In termini solo parzialmente difformi si esprime M. CHIAVARIO, voce *Norma giuridica (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXVIII, Giuffrè, Milano, 1978, p. 490 s., il quale mette in guardia da quelle interpretazioni secondo cui il «principio del “*locus regit actum*” [deve operare] anche per la verifica della legittimità degli atti compiuti all'estero, a nulla rilevando, di conseguenza, la non corrispondenza di alcuni atti alle norme processuali della [*lex fori*] che regolano» «garanzie essenziali quali, per considerare la disciplina interna, l'intervento della difesa nel corso delle indagini preliminari».

⁵⁰ Si tratta, rispettivamente, dell'Accordo aggiuntivo alla Convenzione europea di Assistenza giudiziaria in materia penale del 1959 ed inteso a facilitarne l'applicazione, sottoscritto a Vienna il 20 aprile 1973 e reso esecutivo in Italia con la legge 9 giugno 1977, n. 628 e dell'Accordo aggiuntivo alla Convenzione europea di Assistenza giudiziaria in materia penale del 1959 ed inteso a facilitarne l'applicazione, sottoscritto a Roma il 24 ottobre 1979 e reso esecutivo in Italia con la legge 11 dicembre 1984, n. 969.

⁵¹ V. E. ZANETTI, *Le convenzioni vigenti*, in G. LA GRECA-M.R. MARCHETTI (a cura di), *Rogatorie penali e cooperazione giudiziaria internazionale*, cit., cit., p. 73 ss.

semplice “possibilità”, un preciso “obbligo” per lo Stato domandato di consentire la presenza delle autorità giudiziarie richiedenti e delle parti interessate⁵².

L'unica ipotesi in cui era possibile rifiutare l'assistenza nelle forme della rogatoria partecipata, era quella prevista dall'Accordo concluso con la Germania dove si specificava che l'autorità del Paese richiedente e le parti interessate avrebbero potuto prendere parte all'espletamento dell'attività a patto che ciò fosse «previsto dalla legislazione dello Stato richiedente»⁵³; e, questo, perché si voleva evitare che l'obbligo di collaborazione gravante sul Paese richiesto si estendesse fino a ricomprendere attività non consentite dalla *lex fori*.

Quanto alle prerogative riconosciute alle persone che presenziano al compimento dell'atto, entrambi gli accordi in parola, allontanando qualsiasi incertezza sul piano interpretativo, riconoscevano in maniera esplicita a questi soggetti le facoltà di «proporre domande» – e, quindi, nel caso ad esempio dell'assunzione di una testimonianza, di rivolgere interrogativi alla persona che la rende – nonché di «chiedere provvedimenti attinenti» a tali atti⁵⁴. Si apre, dunque, lo spazio per un intervento diretto, ovvero non “filtrato” dall'autorità straniera, che segna il passaggio verso un ulteriore modello di rogatoria, efficacemente definita “concelebrata” in cui, come emerge, alle istanze della *lex fori* viene conferito un peso maggiore rispetto a quello accordatogli in precedenza⁵⁵.

⁵² Gli artt. IV dell'Accordo concluso con l'Austria e di quello stipulato con la Germania prevedono, rispettivamente, che «Ai rappresentanti delle competenti Autorità giudiziarie, alle parti nel procedimento penale ed ai loro rappresentanti e difensori sarà consentito, su domanda, di assistere all'espletamento degli atti di assistenza giudiziaria nello Stato richiesto»; e che «La presenza di rappresentanti delle Autorità giudiziarie competenti, e delle parti interessate ad assistere all'espletamento di atti di assistenza giudiziaria nello Stato richiesto, è consentita [...]». Sul punto v. M.R. MARCHETTI, *L'assistenza giudiziaria internazionale*, cit., p. 182; D. VIGONI, *Dalla rogatoria all'acquisizione diretta*, cit., p. 422.

Peraltro, dal punto di vista interno, è appena il caso di osservare come il tema delle ragioni che possono indurre l'autorità richiesta a rifiutare la presenza di soggetti “stranieri” nel compimento della misura domandata abbia anticipato una questione sorta in tempi relativamente recenti con riguardo all'interpretazione dell'art. 512-*bis* c.p.p., sulla quale ci si soffermerà *infra* cap. III, sez. I, § 3.

⁵³ Art. IV seconda parte dell'Accordo concluso con la Germania.

⁵⁴ Artt. IV di entrambi gli Accordi.

⁵⁵ Cfr. D. VIGONI, *Dalla rogatoria all'acquisizione diretta*, cit., p. 422 s.; M.R. MARCHETTI, *L'assistenza giudiziaria internazionale*, cit., p. 182, la quale non manca di sottolineare come questa disposizione non sia stata ripresa dagli accordi successivamente conclusi dall'Italia con Paesi extra-UE, nell'ambito dei quali si è continuato ad utilizzare «la consueta formula dell'assistenza», in luogo di quella più innovativa che si rifà, viceversa, alla partecipazione. Ad avviso di M. PISANI, *In tema di assunzione all'estero delle prove da parte dell'autorità giudiziaria italiana*, cit., p. 557, si tratterebbe comunque di una particolare modalità di realizzazione della rogatoria partecipata e non di un modello diverso.

3. La Convenzione MAP

Come anticipato, dal punto di vista formale, la prima tappa del processo di integrazione europea in materia penale è rappresentata dal Trattato di Maastricht con cui la cooperazione giudiziaria in materia penale divenne una «questione di “interesse comune”» in vista della realizzazione del fondamentale obiettivo della libera circolazione delle persone e, come si legge nello stesso preambolo (punto decimo), della conseguente necessità di salvaguardare la «sicurezza dei popoli degli Stati membri»⁵⁶.

Nondimeno, l'aver collocato tale materia nell'ambito del terzo pilastro ha impedito di conseguire risultati soddisfacenti⁵⁷. Come noto, mentre il primo pilastro si caratterizzava per il c.d. “metodo comunitario”, ovvero per la valorizzazione del ruolo delle istituzioni della neoistituita “Unione” portatrici di un interesse europeo e, come tali, promotrici di azioni “sovranazionali” in grado di tradursi nell’emanazione di atti vincolanti per i Paesi membri, se non addirittura suscettibili di diretta applicazione a livello nazionale, il secondo e il terzo pilastro erano imperniati sul c.d. “metodo intergovernativo” e, dunque, sulla attribuzione del potere decisionale ai Governi degli Stati membri e a quella istituzione eurounitaria cui essi partecipano direttamente, vale a dire il Consiglio, in una logica fondata sul negoziato politico e diretta a risolversi nell’adozione, all’unanimità, di atti non immediatamente produttivi di effetti e, per di più, privi di vincolatività⁵⁸.

Quanto osservato sino ad ora vale in certa misura anche per gli strumenti messi in campo dal legislatore dell’Unione nei primi anni di vigenza del Trattato di Amsterdam. Invero, se, per un verso, è da ascrivere a tale atto il merito di aver fissato l’obiettivo di fare dell’Unione uno “Spazio di libertà, sicurezza e giustizia”, cosicché la cooperazione giudiziaria in materia penale «dismette[va] la ridotta veste di materia di interesse comune»⁵⁹ e, dal punto di vista programmatico, effettuava un «salto di qualità», non proponendosi «più soltanto di garantire la libera circolazione delle

⁵⁶ Per questa sottolineatura v. B. NASCIMBENE, *Cooperazione giudiziaria penale: diritto vigente e orientamenti futuri nel quadro della Costituzione europea*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, p. 1295.

⁵⁷ V. B. PIATTOLI, *Cooperazione giudiziaria e pubblico ministero europeo*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 77.

⁵⁸ G. DARAIO, *La circolazione della prova nello spazio giudiziario europeo*, cit., p. 509 e nota n. 16.

⁵⁹ ID., *ivi*, p. 511.

persone», ma puntando altresì a «fornire ai cittadini un livello elevato di libertà, sicurezza e giustizia»⁶⁰; per l'altro, però, la circostanza che tale materia continuasse a essere regolata nell'ambito del terzo pilastro non faceva venir meno i limiti dovuti «all'endemica debolezza»⁶¹ della collaborazione improntata al metodo intergovernativo⁶².

In questo senso è paradigmatica la vicenda che ha interessato la Convenzione di assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea (di qui in poi: MAP, ovvero “Mutua assistenza penale”) sottoscritta a Bruxelles il 29 maggio 2000, la cui portata è stata fortemente ridimensionata dal fatto di essere entrata in vigore soltanto il 23 agosto del 2005 e, per di più, non per tutti gli Stati membri.

Del resto, era lo stesso art. 34 del Trattato di Amsterdam che, accanto alla possibilità di procedere per mezzo di decisioni quadro, caratterizzate quantomeno da una certa vincolatività rispetto ai fini (§ 2 lett. b.)⁶³, alla stregua di quanto già previsto sotto la vigenza del Trattato di Maastricht, consentiva al Consiglio di ricorrere al più classico degli strumenti di diritto internazionale – costituito, appunto, dalla convenzione – per promuovere la cooperazione in vista degli obiettivi strategici dell'Unione europea, condizionandone tuttavia l'efficacia alla ratifica da parte di almeno metà degli Stati membri (§ 2 lett. d)⁶⁴.

Ciò ha permesso all'Italia – per citare uno degli esempi più eclatanti – di procrastinare per ben 17 anni l'attuazione della MAP, la quale, non senza ricadute disfunzionali legate alla parziale sovrapposizione degli ambiti disciplinati dalla

⁶⁰ M. PISANI, *Criminalità organizzata e cooperazione internazionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, p. 706

⁶¹ L'espressione è di B. PIATTOLI, *Cooperazione giudiziaria e pubblico ministero europeo*, cit., p. 77.

⁶² Cfr. B. NASCIBENE, *Cooperazione giudiziaria penale: diritto vigente e orientamenti futuri nel quadro della Costituzione europea*, cit., p. 1296.

⁶³ Come noto, le decisioni quadro obbligavano gli Stati membri unicamente rispetto al risultato da raggiungere e non alla forma e ai mezzi della sua realizzazione. Tuttavia, il loro recepimento negli Stati membri non era assoggettato all'eventuale procedura di inadempimento attivabile dinanzi alla Corte di Giustizia ex artt. 226 ss. TCE. Sul tema si rinvia al recente contributo di V. MASARONE, *Rapporti tra diritto penale e fonti europee*, in A. CAVALIERE-V. MASARONE (a cura di), *L'incidenza di decisioni quadro, direttive e convenzioni europee sul diritto penale italiano*, ESI, Napoli, 2018, p. 18 s.

⁶⁴ V. B. GALGANI, *Assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea*, cit., p. 447; R. BELFIORE, *Il mandato europeo di ricerca delle prove e l'assistenza giudiziaria nell'Unione europea*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 3909.

Convenzione e dai meccanismi di più recente adozione⁶⁵, è stata ratificata con la legge 21 luglio 2016, n. 149 e implementata con il d.lgs. 5 aprile 2017, n. 52⁶⁶.

Malgrado le circostanze appena evidenziate, dal punto di vista dei contenuti non v'è dubbio che, nel periodo che ha preceduto l'adozione della direttiva relativa all'ordine europeo di indagine penale, la MAP abbia rappresentato «il tentativo più organico per innovare e migliorare la cooperazione giudiziaria»⁶⁷.

In effetti, dall'esame dell'articolato appare evidente che laddove la Convenzione – le cui disposizioni, ai sensi dell'art. 1 comma 1, erano dirette a integrare e completare il quadro già tracciato dalla CEAG⁶⁸ – avesse trovato una trasposizione tempestiva e diffusa, le criticità derivanti dall'applicazione del principio del *locus regit actum* e connesse all'esigenza di preservare la spendibilità degli atti assunti *ultra fines* sarebbero state in gran parte risolte.

3.1 Tra primato della lex fori ...

In questo senso, non si può fare a meno di appuntare l'attenzione sull'art. 4 § 1 MAP considerato – non a caso – «una delle vere e proprie “norme simbolo”» dell'approccio innovatore sotteso all'accordo internazionale in esame⁶⁹.

⁶⁵ V. *infra*, cap. II, § 1.

⁶⁶ Per l'analisi dei contenuti del d.lgs. 52 del 2017 v. B. GALGANI, *Assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea*, cit., p. 456 ss.; 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 ss.; 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. (web)*, 19 luglio 2017; S. MONICI, *Emanate le norme di attuazione della Convenzione di assistenza giudiziaria in materia penale del 29 maggio 2000: quali margini operativi in vista dell'imminente trasposizione della direttiva sull'ordine europeo di indagine?*, in *Eurojus.it*, 3 maggio 2017.

⁶⁷ E. ZANETTI, *Le convenzioni vigenti*, cit., p. 99.

⁶⁸ Considerando n. 5 MAP. Cfr. E. CALVANESE-G. DE AMICIS, *Appunti sulla nuova Convenzione di assistenza giudiziaria penale tra gli Stati membri dell'Unione europea*, in *Giur. mer.*, 2000, p. 1054; M.R. MARCHETTI, *Dalla Convenzione di assistenza giudiziaria in materia penale dell'Unione europea al Mandato europeo di ricerca delle prove e all'Ordine europeo di indagine penale*, in T. RAFARACI (a cura di), *La cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale nell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 135 s., la quale sottolinea opportunamente come, in realtà, la MAP contenga una disciplina sostanzialmente completa, di talché «non avrebbe [...] bisogno di una convenzione-base da integrare».

⁶⁹ B. GALGANI, *Assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea*, cit., p. 448.

In effetti, asserire che «[n]ei casi in cui l'assistenza è concessa, lo Stato membro richiesto osserva le "formalità" e le "procedure" espressamente indicate dallo Stato membro richiedente», salvo che la Convenzione stessa disponga diversamente⁷⁰ e purché queste non contrastino con i principi fondamentali dell'ordinamento del Paese richiesto, significava stravolgere, sovvertire il rapporto di regola-eccezione tra *lex loci* e *lex fori* così come delineato nella Convenzione madre, tant'è che taluno ha opportunamente rimarcato come questa disposizione, «più che "integrare", "modifica[va] alla radice" la regola base adottata dall'art. 3» CAEG⁷¹.

Non stupisce, peraltro, che la disposizione *de qua* sia stata introdotta su proposta dello Stato italiano⁷², se si considera che una previsione simile figurava già in altri accordi bilaterali conclusi dal nostro Paese con stati extra-UE⁷³, nonché nel codice di rito con riferimento alle rogatorie passive⁷⁴. Ed è forse proprio in ragione

⁷⁰ In particolare, nell'ambito della MAP si individua un triplice ordine di deroghe alla regola generale di cui all'art. 4 § 1. La prima è prevista in riferimento alle consegne sorvegliate, le quali, secondo il disposto dell'art. 12 § 2 devono essere effettuate secondo le procedure vigenti nello Stato richiesto.

La seconda deroga riguarda le operazioni di infiltrazione, le quali, ex art. 14 § 3, sono «effettuate secondo il diritto e le procedure nazionali dello Stato membro nel cui territorio è effettuata l'operazione».

La terza attiene, infine, alle squadre investigative comuni che, a mente dell'art. 13 § 3 lett. b «opera[no] in conformità al diritto dello Stato membro in cui interv[engono]».

⁷¹ M. PISANI, *Rogatorie internazionali e videoconferenze*, cit., p. 984, il quale evidenzia anche come l'intento riformatore emerga in maniera inequivocabile non solo dal testo della disposizione in commento, ma anche dalla *Relazione esplicativa sulla convenzione del 29 maggio 2000 relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea*, pubblicata in G.U.C.E, C-379 del 29 dicembre 2000, nell'ambito della quale si legge, anzitutto, che l'art. 4 § 1 MAP «mira a consentire che una richiesta di assistenza giudiziaria venga eseguita il più possibile conformemente alle formalità e procedure espressamente indicate dallo Stato membro richiedente» e, ancora, che tale articolo, rispetto alla previsione contenuta nella CAEG «sposta il baricentro dell'assistenza giudiziaria, per far sì che l'assistenza venga fornita nel modo indicato dallo Stato membro richiedente» (p. 10).

⁷² E. CALVANESE-G. DE AMICIS, *Appunti sulla nuova Convenzione di assistenza giudiziaria penale tra gli Stati membri dell'Unione europea*, cit., p. 1055.

⁷³ Tenuto conto delle rilevanti modifiche apportate alle disposizioni del codice di procedura penale con la legge di attuazione, di particolare interesse è l'art. V dell'Accordo con la Svizzera aggiuntivo alla CEAG concluso a Roma il 10 settembre 1998, ratificato dall'Italia con la legge 5 ottobre 2001, n. 367 ed entrato in vigore il 1° giugno 2003. Sulla menzionata disciplina di recepimento v., fra i molti, F. CORDERO, *Precetti costituzionali e rogatorie ovvero: l'arte della mannaia*, in *Dir. giust.*, 2001, n. 43, p. 8 ss.; P. FERRUA, *Rogatorie: una legge che smentisce la riforma del giusto processo. Per la prova "estera" regime più severo rispetto a quello interno*, *ivi*, 2001, n. 36, p. 34 ss.; A. DIDI, *Il novum della recente disciplina delle rogatorie*, in *Giust. pen.*, 2002, III, p. 586 ss.

Per l'individuazione degli altri Accordi internazionali si rinvia a M.R. MARCHETTI, *L'assistenza giudiziaria internazionale*, cit., p. 42 s.

⁷⁴ Il riferimento corre alla disposizione di cui all'art. 725 comma 2 c.p.p. (oggi contenuta nel comma 1 del medesimo articolo) secondo cui «[p]er il compimento degli atti richiesti si applicano le norme di questo codice, salva l'osservanza delle forme espressamente richieste dall'autorità giudiziaria straniera che non siano contrarie ai principi dell'ordinamento giuridico dello Stato». Una previsione diretta a dare rilevanza alla *lex fori* anche nel contesto della procedura rogatoria attiva è stata poi introdotta nel codice di rito dalla già citata legge n. 367 del 2001. Dispone, infatti, il comma 9 dell'art.

dell'esperienza maturata che, all'indomani della firma della MAP, non è mancato in dottrina chi ha messo in evidenza un'ulteriore implicazione derivante dall'impiego della *lex fori*.

In particolare, è stato affermato che se, per un verso, la formulazione dell'art. 4 MAP, «dando ingresso alle esigenze procedurali dello Stato richiedente, rappresentava un passo in avanti sulla strada della cooperazione», per l'altro, la preminenza accordata alla *lex fori* «pone[va] seri problemi sulla validità degli atti compiuti all'estero, poiché, a fronte dell'esportabilità della procedura» dello Stato richiedente, nel corso del procedimento in atto in tale Paese avrebbe «pot[uto] essere eccepita» “ogni” difformità dalle formalità stabilite, per l'appunto, dalla *lex fori*⁷⁵.

Rinviando al prosieguo della trattazione l'analisi delle soluzioni adottate a livello interno⁷⁶, merita sottolineare sin da ora che se, come si è più volte rimarcato, l'abbandono – seppur non definitivo – del principio del *locus regit actum* in favore di quello del *forum regit actum* mirava a preservare la fruibilità, nello Stato richiedente, del materiale probatorio *aliunde* raccolto attraverso il superamento della distinzione tra il momento acquisitivo della prova e quello della valutazione circa i suoi effetti nel procedimento *a quo*, entrambi disciplinati dalle regole vigenti nello Stato richiedente⁷⁷, risulta del tutto logico che, ai fini della spendibilità dell'atto istruttorio allogeno, a rilevare siano “solo” quelle difformità che vengono in considerazione per la prova assunta in territorio nazionale. Se così non fosse si determinerebbe, infatti, un regime irragionevolmente differenziato per situazioni che risultano perfettamente sovrapponibili, dal momento che la disciplina applicabile è la medesima e a differire è esclusivamente il contesto spaziale in cui si forma l'atto istruttorio.

727 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 forme stabilite dalla legge ai fini dell'utilizzabilità degli atti richiesti». Per l'analisi puntuale di entrambe le disposizioni v. *infra*, cap. III, sez. II, § 1.

⁷⁵ È quanto osserva Z. SECCHI, *Le novità introdotte dalla Convenzione 29 maggio 2000 in tema di assistenza giudiziaria penale fra gli Stati membri dell'Unione europea*, in *Doc. giust.*, 2000, p. 1108 s.

⁷⁶ V. *infra*, cap. II, § 2.2 e cap. III, sez. I, § 2.2, nonché sez. II, § 1.

⁷⁷ Cfr. E. CALVANESE, sub *Art. 13 legge 5 ottobre 2001, n. 367*, in *Legisl. pen.*, 2002, p. 738; M. PISANI, *Rogatorie internazionali e videoconferenze*, cit., p. 985, il quale, dopo aver rilevato come la formulazione dell'art. 4 MAP determini l'effetto di azzerare il «possibile, e non profittevole dualismo, o diaframma tra *lex fori* e *lex loci*», sottolinea come di ciò se ne avvantaggiano, «nello Stato [...] richiedente, l'*iter* e il risultato del procedimento probatorio».

Peraltro, quanto appena osservato consentiva, da un lato, di ridimensionare l'onere che sarebbe venuto ad incombere sull'autorità di emissione al momento della redazione della richiesta di assistenza, laddove la disposizione fosse stata intesa nel senso di imporre a tale autorità di indicare “tutte” le formalità prescritte dalla *lex fori* per il compimento dell'atto domandato e non “solo” quelle in grado di invalidarne l'efficacia⁷⁸ e, dall'altro, di circoscrivere il novero delle regole “straniere” che l'autorità di esecuzione sarebbe stata chiamata ad applicare⁷⁹, pur non essendo tenuta a conoscerle⁸⁰.

In ordine, poi, all'ipotesi che costituiva un limite all'applicazione della *lex fori*, la quale si sostanzialmente, come accennato, nell'evenienza che l'esecuzione dell'attività domandata nelle forme dello Stato richiedente contrastasse con i “principi fondamentali” della *lex loci* non può essere trascurato quanto stabilito dal § 3 dell'articolo in esame, il quale, nell'imporre un «“dialogo necessario”»⁸¹ e «continuo»⁸² fra le autorità, mirava a ovviare al «silenzio che, assai più dei rifiuti espliciti di cooperazione, usa di sovente calare sulle domande di assistenza che non trovano risposta positiva»⁸³.

Nondimeno, il *deficit* di determinatezza della suddetta clausola rischiava di dimezzare la portata innovativa della scelta di preferire il canone del *forum regit actum*, tenuto conto che in ragione del silenzio serbato sul punto tanto dalla MAP, quanto dalla relativa *Relazione esplicativa*, gli Stati membri avrebbero potuto ampliarne a dismisura lo spettro operativo.

Oltre alle “forme”, l'autorità domandata era – in maniera assolutamente inedita rispetto a quanto stabilito dalla CEAG – vincolata al rispetto dei “tempi” eventualmente indicati nella richiesta: invero, il § 2 del citato art. 4 MAP, per un verso, consentiva

⁷⁸ Il rilievo è di Z. SECCHI, *Le novità introdotte dalla Convenzione 29 maggio 2000 in tema di assistenza giudiziaria penale fra gli Stati membri dell'Unione europea*, cit., p. 1109.

⁷⁹ In questo senso si esprime anche la *Relazione esplicativa* cit., p. 11, nell'ambito della quale si afferma che «Considerati gli oneri che [la previsione di cui all'art. 4 MAP] potrebbe comportare per lo Stato membro richiesto, lo Stato membro richiedente dovrebbe indicare “solo” le formalità e le procedure che ritiene indispensabili in ordine all'indagine»

⁸⁰ V. quanto osservato *supra* § 1.

⁸¹ L. SALAZAR, *La nuova Convenzione europea sull'assistenza giudiziaria in materia penale (I)*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, p. 1537.

⁸² E. ANODINA, *Cooperazione-integrazione penale nell'Unione europea*, in *Cass. pen.*, 2001, p. 1420.

⁸³ L. SALAZAR, *La nuova Convenzione europea sull'assistenza giudiziaria in materia penale (I)*, cit., p. 1537, ad avviso del quale tale “dialogo necessario” rappresentava il «principale valore aggiunto della [...] disposizione».

all'autorità richiedente di indicare il momento ultimo entro cui la domanda di assistenza avrebbe dovuto essere eseguita e, per l'altro, imponeva all'autorità richiesta di provvedere all'esecuzione osservando il termine, seppur «nei limiti del possibile»⁸⁴.

Si trattava del germe di quello che, alla luce dei successivi sviluppi, è divenuto il c.d. «principio “celerità” nella gestione delle istanze di cooperazione»⁸⁵, il quale risultava intimamente connesso al *forum regit actum*. Del resto, non è un caso che anche questa disposizione fosse frutto di una proposta avanzata dalla delegazione italiana, la cui preoccupazione di contrastare la «tendenza dilatoria presente in generale nelle rogatorie internazionali» si giustificava anche e soprattutto in ragione della «perentorietà dei termini imposti alle indagini dalla nostra legge»⁸⁶.

3.2. ... e nuove tecniche di acquisizione transnazionale della prova

Passando all'analisi delle altre disposizioni della MAP, emerge come quelle appena esaminate non siano le uniche regole dirette a ridurre l'incidenza della *lex loci actus*.

Senonché, in via preliminare non si può fare a meno di rilevare come non sia dato rinvenire alcuna previsione dedicata alla rogatoria concelebrata, la quale, come visto, negli Accordi conclusi dall'Italia con Austria e Germania ha avuto un primo

⁸⁴ È appena il caso di sottolineare che anche con riguardo a questa previsione la MAP impone un “dialogo necessario” fra le autorità cooperanti, essendo quella richiedente tenuta a rendere note le ragioni che l'hanno indotta a richiedere un termine per l'espletamento della rogatoria e quella richiesta obbligata a comunicare le ragioni che eventualmente non le consentono di rispettare tale termine (art. 4 § 3). Sul punto v. E. ANODINA, *Cooperazione-integrazione penale nell'Unione europea*, cit., p. 1420, la quale afferma che la disciplina delineata dall'art. 4 MAP «non vede più lo Stato richiesto come unico arbitro delle forme e dei tempi di esecuzione, ma incardina un inedito dialogo [...] tra le autorità dello Stato assistente e assistito, non solo sulle forme ma anche sui tempi. Un dialogo che facoltizza le ultime ad interloquire ulteriormente nell'ipotesi in cui le formalità o i termini espressamente indicati nella richiesta non possano essere rispettati».

⁸⁵ B. GALGANI, *Assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea*, cit., p. 453.

⁸⁶ Z. SECCHI, *Le novità introdotte dalla Convenzione 29 maggio 2000 in tema di assistenza giudiziaria penale fra gli Stati membri dell'Unione europea*, cit., p. 1109; L. SALAZAR, *La nuova Convenzione europea sull'assistenza giudiziaria*, cit., p. 1537.

Nondimeno, dal punto di vista interno, occorre sottolineare come il codice di rito non trascuri le difficoltà che, proprio sotto il profilo della durata delle indagini, possono derivare dalla necessità di compiere atti investigativi *ultra fines*: dispone, infatti, l'art. 407 comma 2 lett. c c.p.p., che la durata massima delle indagini preliminari è estesa da 18 mesi a 2 anni se le investigazioni «richiedono il compimento di atti all'estero».

sviluppo nel senso di rendere, da un lato, vincolante la relativa richiesta e, dall'altro, più pregnante la partecipazione dell'autorità straniera; si potrebbe, pertanto, pensare che l'intenzione del legislatore dell'Unione sia stata quella di rendere operativa la sola rogatoria partecipata *ex art. 4 CAEG* (e non anche quella concelebrata) che avrebbe continuato a trovare applicazione in ragione della funzione integratrice delle disposizioni della Convenzione madre che, come detto, è stata assegnata alla MAP.

In realtà, non si trattava di una vera e propria "lacuna", in quanto la locuzione «formalità e procedure» di cui all'art. 4 § 1 MAP, se interpretata estensivamente così come suggerisce la *Relazione esplicativa*⁸⁷, risultava già in grado di ricomprendere anche la rogatoria concelebrata.

Venendo ora all'esame degli altri congegni della MAP che hanno segnato un ulteriore progresso nell'affermazione della *lex fori*, occorre concentrare l'attenzione su quelle «forme specifiche»⁸⁸ di assistenza la cui introduzione era diretta a sfruttare le «importanti evoluzioni» avvenute «in campo tecnologico» al fine di agevolare la cooperazione⁸⁹.

Il riferimento corre allo strumento della c.d. "videoconferenza" previsto dall'art. 10 MAP⁹⁰, la cui peculiarità risiede nella possibilità «di estendere in maniera virtuale il

⁸⁷ Cfr. *Relazione esplicativa* cit., p. 10 dove si afferma, per l'appunto, che «i termini "formalità" e "procedure" dovrebbero essere interpretati "estensivamente"». Sul punto, in termini dubitativi, v. M.R. MARCHETTI, *L'assistenza giudiziaria internazionale*, cit., p. 187 s.

⁸⁸ A queste è dedicato il Titolo II della MAP (artt. 8-16).

⁸⁹ *Relazione esplicativa* cit., p. 7. Cfr. E. ZANETTI, *Le convenzioni vigenti*, cit., p. 99. Diverse sono le ragioni che hanno condotto il legislatore eurounitario a regolare l'altro strumento da ascrivere all'evoluzione della tecnologia; a ispirare la previsione di un'apposita disciplina in tema di intercettazioni di telecomunicazioni (artt. 17-21) è stata, infatti, l'esigenza di prevenire i rischi derivanti dall'assenza di una disciplina di caratura sovranazionale in materia (v. *Relazione esplicativa* cit., p. 7).

⁹⁰ In proposito, per ciò che concerne l'ordinamento interno, è appena il caso di osservare che, sulla scorta del già richiamato Accordo concluso con la Svizzera (v. *supra* § 3, *sub* nota n. 73), la legge n. 367 del 2001 ha introdotto, tra le disposizioni di attuazione del codice di rito, l'art. 205-ter a tenore del quale, ai fini delle sole rogatorie attive, la partecipazione a distanza dell'imputato "detenuto" all'estero, del testimone ovvero del perito, può avvenire esclusivamente quando prevista da accordi internazionali e secondo le disposizioni in essi contenute. Per quanto non espressamente previsto in simili accordi, si applica la disciplina interna di cui agli artt. 146-bis e 147-bis disp. att. c.p.p. Per un'approfondita analisi della normativa si rinvia a M. DANIELE, *La formazione digitale delle prove dichiarative. L'esame a distanza tra regole interne e diritto sovranazionale*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 137 ss.; D. CURTOTTI NAPPI, *I collegamenti audiovisivi nel processo penale*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 390 ss.; B. PIATTOLI, *Videoconferenze e cooperazione nel processo penale*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 30 ss.; nonché, più recentemente, R. BELFIORE, *La prova penale "raccolta" all'estero*, cit., p. 157-164. Con specifico riguardo ai contenuti dell'art. 147-bis disp. att. c.p.p. v. *infra*, cap. II, § 6, *sub* nota n. 365.

Quanto, infine, alle recenti modifiche che hanno interessato l'art. 146-bis disp. att. c.p.p., ampliandone sensibilmente lo spettro operativo v. D. NEGRI, *La gigantesca espansione della videoconferenza come alternativa alla presenza fisica dell'imputato in giudizio*, *Arch. pen. – Supplemento al n. 1 del 2018 – La giustizia penale riformata*, p. 567 ss.; S. SIGNORATO, *L'ampliamento*

forum dello Stato richiedente fino a ricomprendersi il *locus* dello Stato richiesto collegato col sistema audiovisivo»⁹¹.

La collaborazione “a distanza” cedeva il passo ad una forma di assistenza per così dire “ravvicinata”⁹² che, come configurata dalla MAP, presentava un duplice ordine di vantaggi.

Anzitutto, il *video-link*⁹³ consentiva di ovviare ad un aspetto disfunzionale finora trascurato e connaturato alla fisiologia tanto della rogatoria partecipata, quanto di quella concelebrata: entrambi i meccanismi richiedevano, infatti, lo spostamento delle autorità giudiziarie e delle parti interessate sul territorio dello Stato richiesto, non senza ricadute in termini di tempi e di costi⁹⁴.

Inoltre, ed è questo che più rileva ai fini del presente lavoro, il fatto che all’audizione potesse provvedere direttamente l’autorità giudiziaria dello Stato richiedente secondo la propria legislazione interna (*id est* in applicazione della *lex fori*), consentendo la «realizzazione concreta dei principi di contraddittorio, oralità e immediatezza» e azzerando, altresì, «ogni frizione derivante dalle ricadute operative dei principi di sovranità e di territorialità della giurisdizione, e conseguenti all’applicazione del [canone] del *locus regit actum*»⁹⁵, preservava la spendibilità, nel procedimento *a quo*, del materiale probatorio così assunto.

A conclusioni parzialmente differenti si perviene, invece, in merito all’estensione – fortemente sostenuta dalla delegazione italiana, anche in ragione delle indicazioni fornite negli anni immediatamente precedenti dal nostro Giudice delle leggi

dei casi di partecipazione a distanza dell'imputato tra logiche efficientistiche e menomazioni difensive, in *Legisl. pen.*, 20 novembre 2011; P.P. RIVELLO, *La disciplina della partecipazione a distanza al procedimento penale alla luce delle modifiche apportate dalla Riforma Orlando*, in *Dir. pen. cont. (web)*, 31 luglio 2017.

⁹¹ D. CURTOTTI NAPPI, *I collegamenti audiovisivi nel processo penale*, cit., p. 390 la quale riprende quanto osservato da M. PISANI, *Rogatorie internazionali e videoconferenze*, cit., p. 985.

⁹² Per questa sottolineatura v. ID., *ivi*, p. 985, il quale parla di una rogatoria «“del terzo tipo”». In proposito è opportuno osservare che, come evidenziato *supra*, § 2, nota n. 55, per l’Autore la rogatoria concelebrata rappresenta solo una particolare modalità di estrinsecazione di quella partecipata che, affiancandosi alla rogatoria per così dire tradizionale, rappresenta la seconda tipologia; *contra* M.R. MARCHETTI, *L’assistenza giudiziaria internazionale*, cit., p. 216, secondo cui «sebbene sia stata innalzata ad autonoma attività rogabile con specifica disciplina», la videoconferenza costituisce solo una «modalità di acquisizione».

⁹³ L’espressione è di B. PIATTOLI, *Videoconferenze e cooperazione nel processo penale*, cit., p. 38.

⁹⁴ Cfr. ancora M. PISANI, *Rogatorie internazionali e videoconferenze*, cit., p. 983.

⁹⁵ D. VIGONI, *Dalla rogatoria all’acquisizione diretta*, cit., p. 433.

che ne attestò la compatibilità con il testo costituzionale⁹⁶ – della normativa sulla videoconferenza nei confronti dell'imputato: fatta salva la possibilità per gli Stati sottoscrittori di effettuare una dichiarazione formale di esclusione della previsione estensiva⁹⁷, e al netto della necessità del consenso non solo da parte di tale soggetto, ma anche da parte delle «competenti autorità giudiziarie»⁹⁸, le modalità di svolgimento non ricevevano, infatti, una regolamentazione tesa ad assicurare la prevalenza della disciplina vigente nello Stato richiedente, ma venivano rimesse, viceversa, all'accordo che le autorità coinvolte dovevano di volta in volta concludere e che, di fatto, poneva lo Stato richiesto nella posizione di pretendere finanche il rispetto integrale della propria disciplina (art. 10 § 9)⁹⁹.

Ciò premesso, in ordine ai casi in cui era possibile ricorrere al meccanismo in esame, l'art. 10 § 1 MAP stabiliva che l'audizione del testimone o del perito poteva essere svolta mediante videoconferenza qualora per tali soggetti «non [fosse] “opportuno” o “possibile” comparire personalmente» nel territorio dello Stato richiedente¹⁰⁰; formula, quest'ultima, che apriva all'utilizzo dello strumento *de quo* in un ampio novero di ipotesi che spaziavano dall'evenienza in cui la comparizione dei soggetti da esaminare fosse particolarmente gravosa in ragione dell'età o delle

⁹⁶ Il riferimento è a Corte cost., 22 luglio 1999, n. 342, in *Dir. pen e proc.*, p. 76 con nota di C. CONTI, *Partecipazione e presenza dell'imputato nel processo penale: questione terminologica o interessi contrapposti da bilanciare?*

⁹⁷ Cfr. Z. SECCHI, *Le novità introdotte dalla Convenzione 29 maggio 2000 in tema di assistenza giudiziaria penale fra gli Stati membri dell'Unione europea*, cit., p. 1110, la quale osserva che proprio tale facoltà riconosciuta agli Stati attesta come «l'estensione [sia] stata accolta solo in linea di mero principio».

⁹⁸ Come afferma B. GALGANI, *Assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea*, cit., p. 453, il consenso avrebbe la funzione di «tutelare il diritto di difesa» dell'imputato, nonché la sua «partecipazione effettiva all'attività processuale».

⁹⁹ V. M.R. MARCHETTI, *Dalla Convenzione di assistenza giudiziaria in materia penale dell'Unione europea al Mandato europeo di ricerca delle prove e all'Ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 142, ad avviso della quale, «la prudenza con cui si estende all'imputato la possibilità di audizione mediante videoconferenza testimonia», in definitiva, «il disagio del legislatore sovranazionale ad utilizzare, pure con riguardo alla persona sottoposta a procedimento, questa modalità forse anche nella consapevolezza delle ipotizzabili resistenze degli Stati ad aderire all'estensione».

¹⁰⁰ V. EAD., *L'assistenza giudiziaria internazionale*, cit., p. 219, secondo la quale, sebbene le informazioni da trasmettere unitamente alla domanda comprendano pure l'indicazione del motivo per cui non è possibile o opportuno che la persona compaia nello Stato richiesto (§ 3), «la valutazione delle stesse spetta in via esclusiva a quest'ultimo: come dire che, in presenza delle condizioni, anche quando lo Stato richiesto non ritenga sussistere presupposti, dovrà comunque accogliere la domanda». Nello stesso senso v. B. GALGANI, *Assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea*, cit., p. 453; *contra* A. CIAMPI, *L'assunzione di prove all'estero in materia penale*, cit., p. 307 s., la quale, stante l'onere motivazionale gravante sull'autorità dello Stato richiedente, ritiene che non si può escludere un potere di verifica in capo a quella del Paese richiesto.

condizioni di salute, fino a considerare la circostanza in cui tali soggetti sarebbero andati incontro a un grave pericolo laddove fossero comparsi all'udienza nello Stato procedente¹⁰¹.

Quanto alle condizioni in presenza delle quali era possibile avvalersi della videoconferenza, a rilevare erano due ordini di limiti: il primo, «di carattere giuridico», rappresentato dalla non contrarietà ai principi fondamentali dell'ordinamento del Paese richiesto, il secondo, «di natura eminentemente pratica», costituito dalla mancanza nello Stato domandato degli strumenti tecnici necessari a realizzare il collegamento; in quest'ultimo caso, però, il Paese richiedente avrebbe potuto ovviare a questa carenza fornendo l'attrezzatura tecnica necessaria (§ 2)¹⁰².

Orbene, posto che laddove le suddette condizioni fossero risultate integrate, lo Stato richiesto non avrebbe potuto rifiutare l'assistenza¹⁰³, il significato da attribuire alla nozione di “principi fondamentali dell'ordinamento” giocava un ruolo determinante ai fini della concreta efficacia dello strumento. Ecco che, a differenza di quanto si è rilevato in ordine al disposto dell'art. 4 § 1 MAP¹⁰⁴, in questa ipotesi la *Relazione esplicativa* non ha mancato di fornire un'indicazione atta a circoscrivere la portata della clausola in parola, asserendo che il riferimento ai principi dello Stato di esecuzione «implica che una richiesta non può essere rifiutata solo perché l'audizione dei testimoni e periti tramite videoconferenza non è prevista dal diritto dello Stato membro richiesto oppure perché non sarebbero soddisfatte una o più condizioni specifiche previste per la videoconferenza dal diritto nazionale»¹⁰⁵.

¹⁰¹ Questi i casi presi in considerazione dalla *Relazione esplicativa* cit., p. 14, i quali, tuttavia, non circoscrivono la possibilità per il legislatore nazionale di prevederne ulteriori. A questo riguardo merita sottolineare l'opzione fatta propria dal legislatore italiano con il d.lgs. n. 52 del 2017: oltre alla riproposizione del vago concetto di “inopportunità” della comparizione affiancato dalla necessità di un «giustificato motivo», è richiesto che il soggetto da esaminare si trovi a qualsiasi titolo in stato di detenzione (art. 14 comma 2 lett. a) o, in alternativa, che ricorrano i presupposti di cui all'art. 147-bis disp. att. c.p.p. Sul punto v. B. GALGANI, *Assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea*, cit, p. 464.

¹⁰² Cfr. M.R. MARCHETTI, *Dalla Convenzione di assistenza giudiziaria in materia penale dell'Unione europea al Mandato europeo di ricerca delle prove e all'Ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 140.

¹⁰³ La sottolineatura è di EAD., *ibidem*.

¹⁰⁴ V. *supra* § 3.1.

¹⁰⁵ *Relazione esplicativa* cit., p. 14. V. M. PISANI, *Rogatorie internazionali e videoconferenze*, cit., p. 986, il quale osserva che il riferimento alla contrarietà ai principi fondamentali della *lex loci* potrebbe apparire, a prima lettura, una «specificazione superflua [...] posto che non sembrerebbe di per sé possibile fare applicazione di un nuovo istituto che si trovi in radicale contrasto con i principi giuridici dello Stato straniero». Ecco che, la precisazione contenuta nella suddetta *Relazione esplicativa* appare quanto mai opportuna.

Con riguardo, poi, al momento esecutivo, era questo il contesto nel quale si assisteva al combinarsi delle normative e delle attività delle autorità giudiziarie dei due Stati interessati.

In particolare, si stabiliva che alla citazione dovesse provvedere l'autorità dello Stato richiesto in ossequio alla *lex loci actus* (§ 4), con un risvolto non trascurabile dal punto di vista del buon esito della procedura di cooperazione rappresentato dalla possibilità di ottenere coattivamente la presenza del soggetto da esaminare: ciò consentiva, infatti, di «escludere gli inconvenienti derivanti dall'eventuale rifiuto di comparizione, che le forme di assistenza libera volte a tollerare la diretta acquisizione all'estero da parte del giudice straniero solitamente non risolv[evano]»¹⁰⁶.

Quanto allo svolgimento dell'audizione, si prevedeva la presenza dell'autorità dello Stato richiesto, se del caso con l'assistenza di un interprete, con il compito di procedere all'identificazione del soggetto da sottoporre all'esame, nonché di controllare che nel corso di quest'ultimo fossero rispettati i principi fondamentali della *lex loci* che, come osservato in precedenza, dovevano essere oggetto di valutazione già al momento della verifica delle condizioni per l'accoglimento della richiesta di assistenza e dei quali, evidentemente, si voleva garantire l'osservanza in concreto¹⁰⁷.

Se per gli adempimenti fino ad ora considerati si doveva seguire, come evidenziato, la *lex loci*, all'assunzione vera e propria della fonte dichiarativa si procedeva secondo quanto stabilito dalla *lex fori*; spettava, invero, al giudice dello Stato

¹⁰⁶ D. VIGONI, *Dalla rogatoria all'acquisizione diretta*, cit., p. 433.

¹⁰⁷ A mente della seconda parte dell'art. 10 § 5 lett. a «[s]e l'autorità giudiziaria dello Stato [...] richiesto ritiene che durante l'audizione si violino i principi fondamentali del diritto di questo Stato, essa prende immediatamente i provvedimenti necessari per assicurare che l'audizione continui a svolgersi secondo tali principi». Cfr. M.R. MARCHETTI, *L'assistenza giudiziaria internazionale*, cit., p. 220, la quale si interroga circa il contenuto dei suddetti "provvedimenti necessari" che, stando alla lettera della disposizione, non potrebbero determinare la sospensione dell'esame. Tuttavia, è da ritenere – prosegue l'A. – «che se i provvedimenti adottati non riconducano l'audizione entro i confini del rispetto dei principi dell'ordinamento, l'autorità giudiziaria dello Stato richiesto ne possa disporre la conclusione».

È opportuno precisare che secondo quanto stabilito dalla successiva lett. b, laddove fosse risultato necessario assumere «misure relative alla protezione della persona da ascoltare», esse avrebbero dovuto costituire oggetto di un accordo tra le autorità interessate; accordo che avrebbe potuto includere l'applicazione di eventuali norme dello Stato richiedente.

Inoltre, ai sensi del successivo § 6, «al termine dell'audizione l'autorità giudiziaria dello Stato membro richiesto redige un verbale indicante la data ed il luogo dell'audizione, l'identità della persona ascoltata, l'identità e la qualifica di tutte le altre persone che hanno partecipato all'audizione, nello Stato membro richiesto, le eventuali prestazioni di giuramento e le condizioni tecniche in cui si è svolta l'audizione. Questo documento è trasmesso dall'autorità competente dello Stato membro richiesto all'autorità competente dello Stato membro richiedente».

richiedente “condurre” ovvero “dirigere” l’audizione in ossequio al proprio diritto interno (§ 5 lett. c)¹⁰⁸.

A proposito del riferimento al potere di “direzione” affidato all’autorità giudiziaria del Paese domandante, è appena il caso di chiarire che non si alludeva a forme di concelebrazione della videoconferenza quanto, piuttosto, alla possibilità che si procedesse «all’esame incrociato ad opera di accusa e difesa, fermi restando i poteri di controllo e garanzia del giudice procedente»¹⁰⁹.

Per quanto concerne, poi, le prerogative e gli obblighi facenti capo alla persona da ascoltare, era prevista l’operatività, da un lato, delle regole relative alla «facoltà di non testimoniare» di entrambe le legislazioni nazionali (§ 5 lett. d)¹¹⁰ e, dall’altro, della disciplina concernente il testimone renitente, falso o reticente stabilita dalla *lex loci actus* (§ 8). Questa disposizione – chiariva la citata *Relazione esplicativa* – «deriva dal fatto che l’obbligo di deporre in un’audizione mediante videoconferenza insorge [...] ai sensi del diritto dello Stato [...] richiesto. In particolare, [si] intende garantire che in caso di rifiuto di deporre da parte del testimone, le conseguenze di tale comportamento siano soggette a norme analoghe a quelle applicabili in una normale procedura nazionale senza ricorso alla videoconferenza».¹¹¹

¹⁰⁸ A proposito della “traduzione” che la previsione in esame ha ricevuto nell’ordinamento italiano, rileva B. GALGANI, *Assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell’Unione europea*, cit. p. 464, che mentre, in ragione della previsione convenzionale, «il criterio della *lex fori* avrebbe dovuto informare» ogni sfumatura delle modalità di audizione, l’art. 13 comma 1 d.lgs. 52/2017 introduce, «quantomeno in relazione alla procedura passiva [...] un chiaro temperamento, visto che l’esecuzione dell’istanza viene subordinata al raggiungimento di un accordo tra le autorità giudiziarie coinvolte e che, soprattutto, detto accordo può essere chiamato a fissare [...] le stesse “modalità dell’audizione”».

¹⁰⁹ D. VIGONI, *Dalla rogatoria all’acquisizione diretta*, cit., p. 435.

¹¹⁰ V. M.R. MARCHETTI, *Dalla Convenzione di assistenza giudiziaria in materia penale dell’Unione europea al Mandato europeo di ricerca delle prove e all’Ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 141, la quale osserva come «questa duplice facoltà potrebbe lasciare perplessi anche considerato che, ove quello stesso testimone avesse partecipato all’udienza nello Stato assistito non avrebbe fruito di questa doppia possibilità; tuttavia l’apparente stranezza dovrebbe giustificarsi con il necessario rispetto dei principi del diritto dello Stato richiesto, sicché se non si tenesse conto della facoltà di astensione prevista dal suo ordinamento si determinerebbe una violazione dei citati principi con conseguente intervento dell’autorità di quest’ultimo».

¹¹¹ *Relazione esplicativa* cit., p. 15. A questo riguardo, seppur con riferimento alla normativa interna di attuazione che – riprendendo quanto stabilito dall’art. 384-bis c.p.; disposizione, quest’ultima, introdotta ad opera della più volte menzionata legge n. 367 del 2001 al fine di estendere l’operatività delle fattispecie di rifiuto di uffici legalmente dovuti, simulazione di reato, calunnia, autocalunnia, false informazioni al p.m., falsa testimonianza e falsa perizia o interpretazione all’ipotesi in cui tali reati vengano «commessi in occasione di un collegamento audiovisivo nel corso di una rogatoria all’estero» – richiama le fattispecie incriminatrici di cui agli artt. da 366 a 369, 371-bis, 372 e 373 c.p. (art. 13 comma 5 d.lgs. n. 52 del 2017), evidenzia E. SELVAGGI, *Mutua assistenza, sparisce l’intervento ministeriale*, in

Quanto osservato sino ad ora valeva solo in minima parte per l'altra tecnica di acquisizione a distanza della prova disciplinata dalla MAP e rappresentata dalla c.d. "teleconferenza"¹¹².

A mente dell'art. 11, il ricorso alla *call conference*¹¹³ – esclusa per coloro che rivestivano lo *status* di imputato, i cui interessi erano di necessità meritevoli di modalità assuntive ben più garantite¹¹⁴ – presupponeva che tale tecnica fosse prevista dalla *lex fori* (§ 1) e, allo stesso tempo, compatibile con i principi fondamentali della *lex loci* (§ 3)¹¹⁵. Inoltre, era necessario il consenso del testimone o del perito (§ 2), ma non anche che fosse soddisfatta la condizione relativa all'impossibilità o non opportunità della comparizione. Per ciò che concerneva, infine, le modalità di svolgimento, il modulo delineato per la videoconferenza che, come visto, conferiva assoluta preminenza alla *lex fori* rappresentava solo un'eventualità subordinata all'accordo che gli Stati interessati dovevano raggiungere, con la possibilità, ma non l'obbligo di avvalersi di quanto prescritto dai §§ 5 e 8 dell'art. 10 (§ 5)¹¹⁶.

Da ultimo, e per riprendere le considerazioni svolte in apertura del presente paragrafo, laddove si sono sottolineate le potenzialità della MAP nella prospettiva di

Guida dir., 2016, f. 5., p. 43, come, in realtà, «il bene giuridico protetto dalle norme penali applicabili è quello della corretta amministrazione della giustizia, cioè della giustizia che procede».

¹¹² L'introduzione di tale strumento – frutto della richiesta della delegazione svedese (v. E. CALVANESE-G. DE AMICIS, *Appunti sulla nuova Convenzione di assistenza giudiziaria penale tra gli Stati membri dell'Unione europea*, cit. p. 1056) – si giustificava con riguardo ai casi in cui fosse necessario assumere la dichiarazione di un testimone su una «questione di routine» (*Relazione esplicativa* cit., p. 15).

¹¹³ L'espressione è di F. TRAPELLA, *Il provvedimento che attua la Convenzione di Bruxelles del 2000: una lunga gestazione e un destino incerto*, cit., p. 125.

¹¹⁴ Cfr. B. GALGANI, *Assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea*, cit. p. 453.

¹¹⁵ A proposito dell'ordinamento italiano, non stupisce che il d.lgs. n. 52 del 2017 abbia previsto il ricorso allo strumento in parola per la sola procedura passiva (art. 15); come opportunamente sottolineato a suo tempo da D. VIGONI, *Dalla rogatoria all'acquisizione diretta*, cit., p. 435, l'utilizzo della teleconferenza non è ammissibile alla luce della nostra disciplina processuale, non foss'altro per la presenza di talune «controindicazioni legate all'evidente indubbia compressione e limitazione al contraddittorio». Al riguardo, osserva M. DANIELE, *La formazione digitale delle prove dichiarative. L'esame a distanza tra regole interne e diritto sovranazionale*, cit., p. 148 che, prima della ratifica della MAP, la teleconferenza aveva assunto rilevanza nel nostro ordinamento perché prevista nell'ambito dell'Accordo di assistenza giudiziaria stipulato tra l'Italia e l'Albania nel 2007 e attuato a livello interno con la legge 14 giugno 2011, n. 97.

¹¹⁶ La disposizione in commento si limita ad individuare solo gli obblighi minimi dello Stato richiesto, diretti evidentemente ad assicurare la corretta istruzione dell'esame. Nello specifico, ai sensi del § 5 dell'art. 11 MAP, sull'autorità del Paese domandato grava l'obbligo di provvedere alla notifica all'interessato del luogo e dell'ora in cui si svolgerà l'audizione (lett. a). Inoltre, tale autorità dovrà provvedere all'identificazione del testimone o del perito (lett. b) e, infine, dovrà verificare se questi consente all'audizione (lett. c).

risolvere gli inconvenienti legati al principio del *locus regit actum*, non ci si può esimere dall'operare due ordini di rilievi, entrambi di segno positivo nell'ottica della progressiva affermazione dell'opposto canone del *forum regit actum*.

In primo luogo, occorre considerare la «tendenza alla reciproca permeabilità»¹¹⁷ tra l'esperienza maturata nel contesto del Consiglio d'Europa e le soluzioni adottate nel più ristretto ambito dell'Unione europea che, in un primo momento, ha visto gli schemi elaborati in sede convenzionale penetrare negli accordi di cooperazione raggiunti a livello eurounitario; ecco che, non può essere tralasciato come, con riferimento al periodo immediatamente successivo all'approvazione della MAP, si sia assistito ad un'inversione¹¹⁸, talché la prospettiva che privilegiava l'applicazione della *lex fori* è filtrata nel II Protocollo addizionale alla CEAG (d'ora in poi: II Protocollo)¹¹⁹.

Si pensi al tenore dell'art. 8 II Protocollo, a mente del quale «quando la domanda prescrive una formalità o una determinata procedura perché così vuole la legislazione della Parte richiedente, la Parte richiesta, anche se la formalità o la procedura non le è familiare, dà seguito alla richiesta nella misura in cui non sia contraria ai principi fondamentali del proprio diritto».

Ancora, basta procedere ad una rapida lettura dei successivi artt. 9 e 10 per trovarvi mutate le soluzioni adottate dalla MAP in tema di video-teleconferenza, peraltro in una prospettiva diretta ad ampliarne lo spettro operativo. A quest'ultimo riguardo è paradigmatica l'estensione – realizzata dal § 8 del suddetto art. 9 – della possibilità di impiegare il collegamento audiovisivo non solo in relazione all'«imputato», ma anche con riferimento alla «persona penalmente perseguita» e finanche al «sospettato»¹²⁰.

In secondo luogo, a venire in rilievo è la circostanza che in diverse occasioni gli Stati firmatari della Convenzione ne hanno applicato le disposizioni prima dell'entrata in vigore. È quanto accaduto, ad esempio, con riguardo a una delle prime ipotesi di

¹¹⁷ D. VIGONI, *Dalla rogatoria all'acquisizione diretta*, cit., p. 436.

¹¹⁸ EAD., *ibidem*.

¹¹⁹ Il Protocollo – che segue quello siglato a Strasburgo il 17 marzo 1978 e ratificato dal nostro Paese con la legge 24 luglio 1985, n. 436 (I Protocollo addizionale alla CAEG) – è stato sottoscritto a Strasburgo l'8 novembre del 2001 ed è entrato in vigore il 1° febbraio 2004. Ad oggi, l'Italia non ha ancora provveduto alla ratifica. Per una sintesi dei contenuti v. C.M. PAOLUCCI, *Cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale*, Utet, Torino, 2011, p. 34-37.

¹²⁰ Per questa sottolineatura v. M. PISANI, *Rogatorie internazionali e videoconferenze*, cit., p. 991 s.

ricorso alla videoconferenza su richiesta dell'Italia: la domanda – sorretta, non a caso, dalla «necessità di assumere l'atto nelle forme necessarie per la sua utilizzazione processuale», nonché «dal vantaggio economico certo rispetto all'ipotesi di una trasferta [...] di tutti i componenti della Corte, del pubblico ministero e delle parti private» – fu infatti accolta dalla Francia a titolo di «mera anticipazione di applicazione»¹²¹ della MAP. Si trattava, nello specifico, di procedere all'esame a distanza di un soggetto imputato in procedimento connesso, arrestato – per l'appunto – in Francia a fini di estradizione esecutiva. Così, il «rispetto delle esigenze di immediatezza e del pieno contraddittorio nella formazione della prova, proprie al sistema italiano, è stato soddisfatto in questo caso mediante l'adozione integrale di forme processuali, quali l'esame ai sensi dell'art. 210 c.p.p. e la videoconferenza, sconosciute al diritto francese eppure considerate pienamente conformi ai principi generali di quell'ordinamento»¹²².

4. Mutuo riconoscimento, ...

Se le difficoltà incontrate nel raggiungere gli obiettivi fissati dai Trattati per il terzo pilastro erano conseguenza dell'originaria conformazione istituzionale di questo settore, cosicché in luogo dell'adozione di atti normativi a livello eurolunitario nella prassi è stato privilegiato – come nel caso della MAP – lo strumento convenzionale secondo un modello marcatamente intergovernativo¹²³, non deve sorprendere che per tentare di realizzare i suddetti scopi, «nella tradizione della *realpolitik* e con buona dose di pragmatismo»¹²⁴ si sia fatto ricorso al “mutuo riconoscimento”; un congegno di

¹²¹ A. CIAMPI, *L'assunzione di prove all'estero in materia penale*, cit., p. 298; conf. 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*, cit., p. 201 s.

¹²² Il caso è riferito da S. MOGINI, *I magistrati di collegamento*, in *Doc. giust.*, 2000, p. 1152 s. al quale sono appartengono anche le espressioni tra virgolette.

Un altro esempio della forza pervasiva della MAP riguarda l'ordinamento tedesco, il quale – come sottolineato da E. DE BELLIS, *La videoconferenza nell'assistenza giudiziaria penale*, *ivi*, p. 1172 – ha provveduto, «in via del tutto discrezionale», all'«adeguamento anticipato della propria legislazione alle disposizioni contenute nel (l'allora) progetto di Convenzione»

¹²³ Cfr. S. MONTALDO, *I Limiti alla cooperazione giudiziaria in materia penale nell'Unione europea*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2015, p. 348.

¹²⁴ O. MAZZA, *Il principio del mutuo riconoscimento nella giustizia penale, la mancata armonizzazione e il mito taumaturgico della giurisprudenza europea*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 394;

matrice giurisprudenziale sorto nel contesto del mercato unico interno a partire dall'ormai celebre sentenza *Cassis de Dijon* del 1979 e ben presto elevato a principio¹²⁵.

Tralasciando i fin troppo noti profili di carattere storico e ponendo l'attenzione su quegli aspetti che si rivelano necessari per comprendere le ricadute che il canone *de quo* ha prodotto sul terreno della cooperazione giudiziaria, è indispensabile muovere dal considerare, anzitutto, come – nella dimensione in cui il suddetto principio fu concepito – il fine fosse quello di assicurare, dapprima, la libera circolazione delle merci e, successivamente, le altre libertà fondamentali simbolo dell'integrazione comunitaria¹²⁶, senza dover ricorrere ad ulteriori interventi diretti all'armonizzazione delle legislazioni nazionali, ovvero «a quella tecnica normativa che persegue il ravvicinamento di ordinamenti tra loro diversi»¹²⁷.

Si addivenne, così, ad affermare che «[i]n forza di tale principio uno Stato membro non [avrebbe potuto] vietare la vendita sul proprio territorio di un prodotto legalmente fabbricato e commercializzato in un altro Stato membro, anche se tale prodotto [fosse stato] fabbricato secondo prescrizioni tecniche o qualitative diverse da quelle imposte ai prodotti nazionali»; con l'unica eccezione da intendersi in modo

nello stesso senso G. MELILLO, *Il mutuo riconoscimento e la circolazione della prova*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 265.

¹²⁵ Corte Giust. CE, sent. 20 febbraio 1979, *Rewe-Zentral AG c. Bundesmonopolverwaltung Fuer Branntewin*, causa C-120/78. Nella copiosa letteratura v. A. MATTERA, *L'arrêt "Cassis de Dijon": une nouvelle approche pour la réalisation et le bon fonctionnement du marché intérieur*, in *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne*, 1980, p. 505 ss., nonché, più recentemente, K.A. ARMSTRONG, *Mutual recognition*, in C. BARNARD-J. SCOTT (a cura di), *The law of the single European market: unpacking the premises*, Hart Publishing, Oxford, 2002, p. 225 ss.; C. BARNARD, *The substantive law of the EU: the four freedoms*, Oxford University Press, New York, 2007, p. 111 ss.; P. CRAIG-G. DÉ BÚRCA, *EU law: text, cases and materials*, VI ed., Oxford University Press, New York, 2015, 674 ss.

¹²⁶ Cfr. S. MONTALDO, *I Limiti alla cooperazione giudiziaria in materia penale nell'Unione europea*, p. 338, cui si rinvia anche per l'individuazione delle varie pronunce della Corte di Giustizia che hanno esteso il canone in parola alle libertà diverse da quella di circolazione dei prodotti (nota n. 1180). L'A. sottolinea, inoltre, come «la base giuridica» del principio sia stata «in via elettiva individuata proprio nelle norme primarie sulle libertà fondamentali, dalle quali si è diramata una puntuale produzione normativa destinata a creare in sempre più ampi settori i presupposti per la sua applicazione, anche in ossequio ai principi di proporzionalità, sussidiarietà, leale cooperazione e fiducia reciproca tra gli Stati membri» (p. 339 e note n. 1081 e 1082).

¹²⁷ Questa la definizione offerta da 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, Milano, 2007, p. 702. Per il significato che tale concetto assume nel settore della cooperazione giudiziaria v. *infra*, sub nota n. 147.

«molto rigoros[o]» del ricorrere di «esigenze imperative di interesse generale, quali la salute, la protezione dei consumatori o l'ambiente»¹²⁸.

Accanto alla “libera circolazione” da garantire e all’“armonizzazione” cui ovviare, vi era poi un terzo elemento che si atteggiava a precondizione: come è stato sottolineato, il mutuo riconoscimento «si nutre», invero, della “reciproca fiducia” tra gli Stati membri; «in assenza di tale requisito, ogni politica che adotti il mutuo riconoscimento come asse portante è inesorabilmente destinata a fallire»¹²⁹. Del resto, è solo in ragione dell'esistenza di un rapporto fiduciario – il quale si manifesta «*whenever a community shares a set of value in such a way as to create expectation of regular and honest behaviour*» – che uno Stato membro è disposto ad astenersi dal pretendere il rispetto degli *standard* produttivi seguiti al proprio interno¹³⁰.

4.1. ...reciproco riconoscimento...

Individuate queste coordinate, è possibile procedere all'analisi delle specificità emerse a seguito dell'estensione del canone in esame al terzo pilastro, tenendo conto, peraltro, che lo scarto terminologico tra l'espressione “mutuo riconoscimento”, impiegata nell'ambito del mercato interno, e la formula “reciproco riconoscimento”, in uso per la cooperazione giudiziaria, è indicativo «anche a prima vista [del]la sussistenza di talune differenze fra le due declinazioni del principio»¹³¹.

Venendo a considerare, anzitutto, le ragioni che hanno portato, nel corso del Consiglio europeo di Cardiff del 1998, alla prima proposta di espandere lo spettro operativo del mutuo reciproco fino a ricomprendere le «decisioni dei [...] tribunali» degli Stati membri¹³², si è accennato a come, anche in questo caso, l'intento fosse quello

¹²⁸ In questi termini la Commissione europea nella Comunicazione al Consiglio e al Parlamento europeo, *Reciproco riconoscimento nel quadro del follow-up del piano d'azione per il mercato interno*, COM (1999)299 def., p. 4.

¹²⁹ S. ALLEGREZZA, *Cooperazione giudiziaria, mutuo riconoscimento e circolazione della prova penale*, cit., p. 694.

¹³⁰ C. JANSSENS, *The principal of Mutual Recognition in EU Law*, Oxford University Press, Oxford, 2013, p. 28 s.

¹³¹ Il distinguo si deve a S. MONTALDO, *I Limiti alla cooperazione giudiziaria in materia penale*, cit., p. 349.

¹³² § 39 delle *Conclusioni della Presidenza* del Consiglio Europeo riunitosi nella città gallese il 15 e 16 giugno del 1998.

di rimediare all'incapacità dell'(allora) "Europa dei 15" di coltivare la prospettiva dell'armonizzazione per contrastare efficacemente la criminalità transnazionale; una situazione, questa, evidentemente determinata, ancora una volta, da quell'esigenza di preservare la sovranità nazionale che man mano che andava consolidandosi il processo di integrazione europea perdeva di significato, atteggiandosi – come è stato efficacemente affermato – sempre più alla stregua di una «sorta di patriottismo giuridico fuori luogo»¹³³. L'idea era, dunque, che – in ragione della semplice affermazione di tale principio – alla decisione di un giudice di uno Stato membro dovessero essere assegnati, dal sistema giuridico di un altro Stato membro, gli stessi effetti «che sarebbero [stati] attribuiti ad una decisione» analoga adottata da un giudice nazionale¹³⁴.

In definitiva, così come avvenuto per la circolazione delle merci nell'ambito del mercato unico, il reciproco riconoscimento avrebbe dovuto garantire la libera circolazione delle decisioni giudiziarie nello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia.

Nondimeno, tale analogia risulta «fuorviante»¹³⁵ per almeno un triplice ordine di ragioni.

In primo luogo, la libera circolazione delle merci nel contesto del mercato unico è stata preceduta dall'imposizione agli Stati membri di rigidi *standard* di qualità produttiva¹³⁶.

Inoltre, mentre il mutuo riconoscimento esige che, per assicurare la libera circolazione delle merci, gli Stati membri si astengano dall'intervenire, il reciproco riconoscimento impone, nella maggior parte dei casi, che, al fine di garantire la libera

¹³³ M. CHIAVARIO, *Giustizia europea e processo penale: nuovi scenari e nuovi problemi*, in *Leg. pen.*, 2008, p. 468.

¹³⁴ J.R. SPENCER, *Mutuo riconoscimento, armonizzazione e tradizionali modelli intergovernativi*, in R.E. KOSTORIS (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, cit., p. 313, il quale sottolinea, poi, che questa rappresenta la declinazione in senso "passivo" del principio, mentre in senso "attivo" «esso significa che i giudici di ogni stato membro devono non solo riconoscere come valide le decisioni e i provvedimenti dei giudici e delle autorità assimilabili degli altri Stati Membri, ma anche prendere provvedimenti positivi per la loro esecuzione, quando ciò sia necessario» (p. 314). V., inoltre, V. MISTILEGAS, *EU Criminal Law*, Hart Publishing, Portland, 2009, p. 113 secondo cui «*the idea [...] that judicial cooperation might also benefit from the concept of mutual recognition [...] means that once a certain measure, such as a decision taken by a judge in exercising his or her official powers in one Member State, has been taken, that measure – in so far as it has extranational implications – would automatically be accepted in all other Member States and have the same or at least similar effects there.*».

¹³⁵ J.R. SPENCER, *Mutuo riconoscimento, armonizzazione e tradizionali modelli intergovernativi*, cit., p. 319.

¹³⁶ In termini sostanzialmente analoghi O. MAZZA, *Il principio del mutuo riconoscimento nella giustizia penale, la mancata armonizzazione e il mito taumaturgico della giurisprudenza europea*, cit., p. 398; nonché L. MARAFIOTI, *Orizzonti investigativi europei, assistenza giudiziaria e mutuo riconoscimento*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2016, f. 2, p. 101.

circolazione delle decisioni giudiziarie, le autorità degli altri Paesi membri si attivino per portare ad esecuzione tali provvedimenti¹³⁷. In effetti, il mutuo riconoscimento, «permettendo al singolo di beneficiare degli *standard* tecnici e normativi nazionali senza dover necessariamente adeguare la propria attività economica ai criteri previsti» dalle disposizioni degli altri Stati membri, agevola l'esercizio delle libertà fondamentali; viceversa, il reciproco riconoscimento ha ad oggetto misure che frequentemente hanno contenuto coercitivo e che mirano, dunque, a «limitare la libertà individuale, in luogo di alimentarla»¹³⁸. Detto altrimenti, se il mutuo riconoscimento promuove l'espansione della sfera dei diritti dei singoli a scapito della sfera dei poteri dello Stato, il reciproco riconoscimento tende a incentivare la forza repressiva di un Paese membro, la quale – grazie all'ausilio, per l'appunto, dell'autorità giudiziaria di un altro Stato membro – travalica i confini nazionali, tant'è che si è parlato di una vera e propria «*reinvention of paradigms*» del principio di territorialità nel suo complesso¹³⁹. Di qui l'affermazione secondo cui, nel mercato unico, sono i limiti al mutuo riconoscimento che, incidendo negativamente sulle libertà fondamentali, devono trovare una giustificazione; di contro, nel contesto della cooperazione giudiziaria in materia penale, è il reciproco riconoscimento a sollecitare «l'apposizione di limiti all'azione dello Stato»¹⁴⁰, posto che sono tali limiti che promuovono la libertà individuale.

Infine, non si può fare a meno di osservare che se «*le libre choix des consommateurs corrige les effets pervers de la reconnaissance mutuelle*» – costituiti, questi, dal rischio che, in ragione dei diversi *standard* imposti in sede nazionale, si determini l'abbassamento della qualità e della sicurezza dei prodotti e dei servizi – altrettanto non può sostenersi con riguardo al ruolo svolto dai soggetti coinvolti nelle procedure di cooperazione basate sul riconoscimento reciproco¹⁴¹: mentre «il

¹³⁷ Al riguardo si rinvia alla nozione di reciproco riconoscimento in senso attivo di cui *supra*, *sub nota n.* 134.

¹³⁸ S. MONTALDO, *I Limiti alla cooperazione giudiziaria in materia penale*, cit., p. 350.

¹³⁹ L'espressione è di F. TULKENS, *La reconnaissance mutuelle des décisions sentencielles. Enjeux et perspectives*, in G. DE KERCHOVE-A. WEYEMBERGH (a cura di), *La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales dans l'Union européenne*, Editions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 2001, p. 166.

¹⁴⁰ Ancora S. MONTALDO, *I Limiti alla cooperazione giudiziaria in materia penale*, cit., p. 350.

¹⁴¹ A. WEYEMBERGH-S. KHABIRPOUR, *Quelle confiance mutuelle ailleurs?*, in G. DE KERCHOVE-A. WEYEMBERGH (a cura di), *La confiance mutuelle dans l'espace pénal européen*, Editions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 2005, p. 265.

consumatore può influire attivamente sul mercato mediante la sua scelta di acquisto secondo le regole della libera concorrenza»¹⁴², nell'ambito della cooperazione giudiziaria in materia penale l'individuo non dispone di alcuno strumento che funga da contrappeso, essendo piuttosto relegato a un ruolo meramente passivo.

Tutto ciò si ripercuote inevitabilmente sul rapporto tra attività normativa e reciproco riconoscimento, tant'è che fin dall'origine si è assistito ad un temperamento di quella concezione che – come accennato – aveva dato vita al mutuo riconoscimento e che vedeva tale canone quale alternativa per così dire “secca” all'armonizzazione.

In definitiva, proprio in ragione delle difformità poc'anzi esaminate, incentrare la collaborazione giudiziaria sul canone del riconoscimento reciproco senza assicurare un livello omogeneo di integrazione normativa «tra i diversi sistemi giudiziari e, in particolare, tra le relative garanzie processuali» rende la libera circolazione delle decisioni un effetto, oltre che irrealizzabile, anzitutto non desiderabile, stante il rischio che il riconoscimento del provvedimento allogeno veicoli «una serie di regole meno garantiste» e si traduca, «sul versante processuale, nel conseguente affievolimento del livello di tutela dei diritti»¹⁴³.

Non solo. La «trasposizione *tout court* del mutuo riconoscimento» sul terreno della collaborazione giudiziaria «rischia di incardinare i meccanismi di cooperazione [...] su una sostanziale violazione del principio di legalità»: se, come sottolineato poc'anzi, la libera circolazione delle decisioni penali è affidata essenzialmente alla valutazione delle autorità giudiziarie dei vari Paesi membri, «tale margine di apprezzamento sarà tanto più ampio quanto meno dettagliato sarà il sostrato normativo comune alla base dell'apprezzamento stesso»¹⁴⁴.

Ecco che, già durante i lavori del Consiglio europeo di Tampere del 1999 – contesto, questo, nel quale il reciproco riconoscimento fu posto a «fondamento della cooperazione giudiziaria nell'Unione tanto in materia civile quanto in materia penale»¹⁴⁵, con conseguente invito diretto alla Commissione e al Consiglio affinché

¹⁴² Per questa sottolineatura v. R. BELFIORE, *La prova penale “raccolta” all'estero*, cit., p. 192,

¹⁴³ L. MARAFIOTI, *Orizzonti investigativi europei, assistenza giudiziaria e mutuo riconoscimento*, cit., p. 100.

¹⁴⁴ ID., *ivi*, p. 101.

¹⁴⁵ P.to n. 33 delle *Conclusioni* del Consiglio europeo di Tampere del 15 e 16 ottobre 1999; su questo aspetto e, più in generale sui contenuti concernenti l'ambito della cooperazione giudiziaria in materia penale v. B. NASCIMBENE, *Cooperazione giudiziaria penale: diritto vigente e orientamenti futuri nel quadro della Costituzione europea*, cit., p. 1298 s.

adottassero, entro la fine dell'anno successivo, un «programma di misure» diretto ad assicurarne l'attuazione – emerse l'esigenza di coltivare un «doppio binario»¹⁴⁶: lo sviluppo della cooperazione giudiziaria in materia penale, per quanto incentrato sul principio del reciproco riconoscimento, non avrebbe dovuto prescindere, infatti, da una sinergica opera di ravvicinamento delle discipline nazionali da realizzarsi attraverso l'introduzione di atti normativi di fonte sovranazionale¹⁴⁷.

Peraltro, di questa concezione non solo vi è traccia in tutti i successivi documenti programmatici adottati al fine di favorire la libera circolazione delle decisioni nel settore *de quo*¹⁴⁸, ma è pervaso, come si vedrà con particolare riferimento alla materia probatoria, anche il Trattato firmato a Lisbona il 13 dicembre 2007 ed entrato in vigore

¹⁴⁶ L'espressione è di L. SALAZAR, *La costruzione di uno spazio penale comune europeo*, in G. GRASSO-R. SICURELLA, *Lezioni di diritto penale europeo*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 415.

¹⁴⁷ Cfr. p.to n. 37 *Conclusioni* cit.

Per riprendere lo studio condotto da S. MANACORDA, *L'armonizzazione dei sistemi penali: un'introduzione*, in AA. VV., *La giustizia penale italiana nella prospettiva internazionale*, Giuffrè, Milano 2000, p. 38 ss., è appena il caso di evidenziare come quella "indotta" da vincoli positivi o negativi che una fonte sovranazionale pone a carico del legislatore nazionale non sia l'unica forma di armonizzazione dei sistemi penali ipotizzabile.

Il ravvicinamento degli ordinamenti nazionali può essere, infatti, realizzato anche attraverso forme di armonizzazione per così dire "spontanee", «non risultante cioè da precisi vincoli giuridici all'agire del legislatore penale, quanto piuttosto da fattori condizionanti di più ampia portata» di matrice, ad esempio, culturale, socio-politica o economica.

Infine, vi è una terza forma di armonizzazione "dedotta" «dall'unificazione di aree circoscritte del diritto penale e della procedura penale», di talché la forza espansiva delle norme comuni supera i confini tematici informando si sé altri ambiti del diritto.

Orbene, considerato che l'unica forma di armonizzazione conosciuta fino a quel momento, ovvero quella spontanea, non aveva evidentemente dato i frutti sperati, non sorprende che quella dell'armonizzazione indotta apparve la strada più agevole da intraprendere.

Assegnano al ravvicinamento delle legislazioni delle normative nazionali un ruolo determinante ai fini dell'effettiva e corretta attuazione del mutuo riconoscimento, *ex multis*, A. BERNARDI, *Strategie per l'armonizzazione dei sistemi penali europei*, in S. CANESTRARI-L. FOFFANI (a cura di), *Il diritto penale nella prospettiva europea*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 377 ss.; G. ILLUMINATI, *L'armonizzazione della prova penale nell'Unione europea*, in ID., *Prova penale e Unione europea*, Bononia University Press, Bologna, 2009, p. 9 ss. S. ALLEGREZZA, *L'armonizzazione della prova penale alla luce del Trattato di Lisbona*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 3882 ss.; F. BIANCO, *Mutuo riconoscimento e principio di legalità*, in G. GRASSO-L. PICOTTI-R. SICURELLA, *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 188 ss.

¹⁴⁸ Cfr. il Preambolo del *Programma di misure per l'attuazione del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni penali*, adottato dal Consiglio il 12 ottobre 2000 (in G.U.C.E., C-12 del 15 gennaio 2001), dove si afferma che «la portata del mutuo riconoscimento» è «strettamente collegata» alla «definizione delle norme minime comuni necessarie per agevolare l'applicazione» del suddetto principio (per i contenuti di tale Programma si rinvia ancora a B. NASCIBENE, *Cooperazione giudiziaria penale: diritto vigente e orientamenti futuri nel quadro della Costituzione europea*, cit., p. 1299-1304); nonché il p.to 3.3.2 del *Programma dell'Aia: rafforzamento della libertà, della sicurezza e della giustizia nell'Unione europea* (allegato n. I alle conclusioni del Consiglio europeo di Bruxelles del 5 novembre 2004, in G.U.C.E., C-53 del 3 marzo 2005), laddove si «ricorda» che «la fissazione di norme minime relative ad aspetti del diritto processuale è [...] volta ad agevolare il reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie e delle sentenze e la cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale avente una dimensione transfrontaliera».

il 1° dicembre 2009, con cui, abolita la tradizionale divisione in pilastri, anche la cooperazione giudiziaria penale veniva sottoposta al metodo comunitario, con conseguente rafforzamento del ruolo del Parlamento europeo e adozione della maggioranza qualificata come regime ordinario di votazione¹⁴⁹.

Sennonché, nel decennio successivo a Tampere, «il processo penale su scala europea, sotto forma di cooperazione giudiziaria» è stato costruito con l'attenzione rivolta quasi esclusivamente «alle istanze di difesa sociale rispetto a gravi forme di criminalità organizzata e transnazionale»¹⁵⁰. Questo ha determinato il sostanziale abbandono delle iniziative volte a predisporre diritti e garanzie armonizzati, ricorrendo, peraltro, a due argomenti alquanto discutibili.

Anzitutto, si è sostenuto che l'adesione di tutti gli Stati membri alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, nonché la sottoposizione degli stessi alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, quale giudice in grado di salvaguardare l'effettività di tali diritti, avrebbe assicurato il livello di armonizzazione delle garanzie processuali richiesto per la corretta operatività del reciproco riconoscimento.

Tuttavia, è sufficiente considerare che per sua natura la Corte europea dei diritti dell'uomo è giudice del caso concreto e non giudice delle leggi, per accorgersi della debolezza di una simile impostazione, che risulta ancor più evidente laddove si consideri che anche quando il sindacato della suddetta Corte si conclude con la rilevazione di un difetto strutturale della legislazione nazionale, il quale determina una c.d. “violazione seriale” dei precetti convenzionali, non è affatto detto che lo Stato interessato si adegui ai dettami del giudice europeo o che nel far ciò impieghi un lasso di tempo breve¹⁵¹.

Quanto all'ulteriore giustificazione impiegata per escludere la necessità di una preventiva opera di armonizzazione, ritorna l'altra colonna su cui si è retta la costruzione del mutuo riconoscimento: ad avviso legislatore comunitario, a colmare il *deficit* soccorrerebbe, infatti, il richiamo alla fiducia reciproca quale “presupposto” –

¹⁴⁹ Per le novità che hanno interessato la cooperazione in ambito istruttorio v. *infra*, § 5.

¹⁵⁰ Così O. MAZZA, *Il principio del mutuo riconoscimento nella giustizia penale, la mancata armonizzazione e il mito taumaturgico della giurisprudenza europea*, cit., p. 395.

¹⁵¹ In questi termini ancora ID., *ivi*, p. 396, il quale, sottolineava le difficoltà che nel 2006 il nostro Paese continuava a incontrare «nel garantire un processo contumaciale conforme all'ortodossia europea, nonostante lo sforzo di riforma del 2005 (d.l. 21 febbraio 2005 n. 17 conv. in l. 22 aprile 2005 n. 60)».

così si esprimeva il Preambolo del «Programma di misure per l'attuazione del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni penali»¹⁵² – e propulsore della cooperazione.

Senonché, tale concezione – avallata anche dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea sulla base della considerazione che detta fiducia sarebbe stata attestata dall'adesione di tutti i Paesi membri alla CEDU, con tutti i profili di criticità appena evidenziati¹⁵³ – considerava la *confiance mutuelle* alla stregua di un “assioma”. Così, quando si è trattato di adottare il primo e ad oggi più fortunato strumento basato sul mutuo riconoscimento – la decisione quadro 2002/584/GAI «relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri» (d'ora in poi MAE)¹⁵⁴ – l'«elevato livello di fiducia tra gli Stati membri» è stato ritenuto un dato già acquisito¹⁵⁵.

¹⁵² Sul punto v. le considerazioni di J.R. SPENCER, *The Principle of Mutual Recognition*, in R.E. KOSTORIS (a cura di), *Handbook of European Criminal Procedure*, Springer, 2018, p. 288, il quale afferma come «*This pronouncement could have been read in two different ways. It could have been read as meaning that such trust was already implicit and established. Alternatively, it could have meant that the establishment of a system of mutual recognition required, first and foremost, the adoption by all Member States of qualitative standards in their criminal justice systems suitable to justify that mutual trust. In concrete terms, the second interpretation would have required legislation about mutual recognition to be accompanied by legislation guaranteeing, among other things, minimum rights for defendants*».

¹⁵³ Al riguardo, non si può fare a meno di evidenziare che – come sottolineato da S. MONTALDO, *I Limiti alla cooperazione giudiziaria in materia penale*, cit., p. 354, al quale si rinvia anche per l'individuazione della giurisprudenza della Corte di Lussemburgo cui si è fatto riferimento nel testo (p. 423 s.) – tale approccio sia stato elaborato «nell'ambito del *ne bis in idem* transnazionale, istituto oggi cristallizzato all'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE». Nondimeno, tale istituto, operando «*pro reo*», rappresenta un'eccezione; «esso è cioè un aspetto essenziale del patrimonio delle garanzie processuali inamovibili dell'imputato e merita dunque il più ampio campo operativo possibile. Inoltre, l'esigenza di individuare la giurisdizione competente a perseguire un determinato reato che evidenzia elementi di collegamento con più Stati, scongiurando così duplici procedimenti o sanzioni nei confronti della medesima persona, comporta un'analisi approfondita delle rispettive norme processuali interne, destinata a ricostruire la loro portata ed a verificare la capacità di esaurire l'esercizio dell'azione penale e pervenire ad una valutazione sulla responsabilità personale. L'approccio logico ed argomentativo che contraddistingue lo scrutinio sul divieto di doppio giudizio è dunque passivo, giacché l'autorità nazionale ad astenersi dall'esercitare la propria potestà, nella misura in cui i fatti siano già stati oggetto di vaglio e valutazione giurisdizionale, nel rispetto delle garanzie processuali fondamentali».

¹⁵⁴ V., *ex multis* e con varità di angoli visuali, F. SIRACUSANO, *Reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie, procedure di consegna e processo in absentia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 115 s.; L. ZANNELLA, *Decisione-quadro sul mandato d'arresto europeo*, in P. DE PASQUALE-F. FERRARO (a cura di), *Il terzo pilastro dell'Unione europea*, ES, Napoli, 2009, p. 241 ss.; E. VAN SLIEDREGT, *The European Arrest Warrant: Between Trust, Democracy and the Rule of Law*, in *Eur. Const. Law Rev.*, 2007 p. 244 ss.; S. MANACORDA, *Il mandato di arresto europeo nella prospettiva sostanzial-penalistica: implicazioni teoriche e ricadute politico-criminali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 789 ss.; G. VASSALLI, *Il mandato d'arresto europeo viola il principio di uguaglianza*, in *Dir. giust.*, 2002, p. 28 ss.

¹⁵⁵ Considerando n. 8 decisione quadro 2002/504/GAI; al riguardo cfr. D. FLORE, *The Issue of Mutual Trust and the Needed Balance Between Diversity and Unity*, in C. BRIÈRE-A. WEYEMBERGH (a

Nondimeno, il manifestarsi, nei primi anni di applicazione del meccanismo *de quo*, di preoccupazioni circa «il livello di giustizia penale di alcuni Stati membri»¹⁵⁶ – da cui è poi scaturito il primo progetto di decisione quadro volta a garantire i diritti processuali dell'accusato¹⁵⁷ – ha dimostrato come la fiducia reciproca non fosse, in realtà, un consolidato punto di partenza, bensì un obiettivo da perseguire, anzitutto, attraverso l'armonizzazione delle garanzie e dei diritti di indagati e imputati.

In definitiva, è necessario rifuggire l'idea che «il semplice richiamo» alla reciproca fiducia possa atteggiarsi, «a mo' di *passé-partout*», per «eludere l'esigenza [...] di un'armonizzazione delle legislazioni europee»¹⁵⁸.

4.2. ...e legge applicabile all'esecuzione dell'atto probatorio transnazionale

Passando ad analizzare le conseguenze che la trasposizione del mutuo riconoscimento ha prodotto sul terreno di quello specifico ambito della cooperazione giudiziaria rappresentato da una *law of evidence* eurolunitaria che – come più volte sottolineato – stentava ad affermarsi, non si può prescindere dal considerare, in via preliminare, che, sin da quando se ne è prospettata l'applicazione nel contesto processuale penale, il reciproco riconoscimento è stato pensato per operare su due piani di collaborazione che devono essere tenuti distinti.

In effetti, a differenza di quanto si verifica in relazione alle “pronunce definitive”, dove l'accertamento condotto da uno Stato membro implica la presa d'atto, da parte di tutti gli altri membri dell'Unione, della conclusione dell'*iter* giudiziario riguardante quella determinata fattispecie criminosa, con la conseguenza che tale provvedimento non è suscettibile di essere rimesso in discussione; quando si tratta di “decisioni non definitive”, come quelle che riguardano, per l'appunto, la materia

cura di), *The needed Balances in EU Criminal Law. Past, Present and Future*, Hart Publishing, Oxford, 2018, p. 160.

¹⁵⁶ J.R. SPENCER, *Mutuo riconoscimento, armonizzazione e tradizionali modelli intergovernativi*, cit., p. 321.

¹⁵⁷ Il riferimento è alla Proposta di decisione quadro del Consiglio in materia di determinati diritti processuali in procedimenti penali nel territorio dell'Unione europea COM(2004) 38 def. sulla quale non è mai stato raggiunto un accordo, tant'è che nel 2007 è stata ritirata.

¹⁵⁸ M. CHIAVARIO, *Giustizia europea e processo penale: nuovi scenari e nuovi problemi*, cit., p. 468.

probatoria, «l'atto processuale compiuto da uno Stato membro» finisce, inevitabilmente, «per influenzare lo svolgimento procedimentale in corso presso un altro Stato membro»¹⁵⁹.

Ciò rende l'argomentazione a sostegno della possibilità di ovviare a un preliminare intervento diretto al ravvicinamento delle legislazioni in ragione del ruolo svolto dalla Corte di Strasburgo ancora più debole: la valutazione operata da tale Corte ha, infatti, a oggetto il complessivo svolgimento del processo nazionale, con la conseguenza che singole violazioni di diritti fondamentali potrebbero, pur non inficiando la conformità convenzionale del processo considerato nel suo insieme, «investire uno specifico atto destinato ad entrare nel circuito del mutuo riconoscimento»¹⁶⁰ e, perciò, condizionare la decisione assunta nel processo che si svolge in un altro Stato membro.

Inoltre, non può essere trascurato come la prova, o più correttamente, il risultato probatorio è il frutto di una fattispecie complessa, il cui procedimento di formazione «è retto», oltre che, alla stregua degli altri ambiti della cooperazione giudiziaria in materia penale, «da specifiche garanzie poste a tutela dei diritti fondamentali», anche da «regole dettagliate che sono la traduzione di canoni epistemologici da cui dipende la “qualità” del risultato probatorio»¹⁶¹.

In effetti, come si è già osservato nelle note introduttive, ciascuna disciplina probatoria prevista dai vari ordinamenti statali «esprime i bilanciamenti tra i valori in gioco – il conseguimento del miglior accertamento dei fatti possibile, la tutela dei diritti

¹⁵⁹ O. MAZZA, *Il principio del mutuo riconoscimento nella giustizia penale, la mancata armonizzazione e il mito taumaturgico della giurisprudenza europea*, cit., p. 397.

Già nelle *Conclusioni* del Consiglio europeo di Tampere, al p.to n. 36, si stabiliva che «Il principio del reciproco riconoscimento [avrebbe dovuto] altresì applicarsi alle ordinanze preliminari»; mentre nel successivo Programma dell'Aia, al p.to 3.3.1, dopo aver formulato l'invito a «completare il programma

globale di misure per l'attuazione del principio del reciproco riconoscimento», si specificava che tale principio avrebbe dovuto riguardare «le decisioni giudiziarie prese in tutte le fasi dei procedimenti penali», comprese, dunque quelle concernenti «la raccolta e l'ammissibilità dei mezzi di prova»; per questa sottolineatura e, più in generale, sull'estensione del principio del reciproco riconoscimento alle decisioni *pré-sentencielles* v. 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, Torino, 2009, p. 6-8.

¹⁶⁰ ID., *ibidem*.

¹⁶¹ S. ALLEGREZZA, *Cooperazione giudiziaria, mutuo riconoscimento e circolazione della prova penale*, cit., p. 710; nello stesso senso, A. MANGIARACINA, *La circolazione della prova dichiarativa in ambito nazionale ed europeo*, in *Giust. pen.*, III, p. 443; J.R. SPENCER, *The Green Paper on obtaining evidence from one Member State to another and securing its admissibility: the Reaction of one British Lawyer*, in *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 2010, p. 606.

fondamentali, l'efficienza processuale – ritenuti più corretti dai singoli legislatori nazionali»¹⁶². L'esempio cui si ricorre solitamente in relazione al sistema processuale italiano, è quello che richiama il principio del contraddittorio nella formazione della prova, il quale, ancor prima di essere un diritto riconosciuto all'imputato, è canone metodologico che informa di sé l'intero edificio processuale, frutto di una precisa scelta epistemologica circa la qualità degli elementi degni di fondare un giudizio penale¹⁶³.

In definitiva, nella materia *de qua*, il corretto funzionamento del reciproco riconoscimento avrebbe richiesto oltre all'individuazione di *standard* uniformi in tema di garanzie accordate ai soggetti interessati nelle procedure di cooperazione, anche la definizione dei caratteri dell'atto probatorio da assumersi in un altro Stato membro; invero, in assenza di un intervento di armonizzazione che si estenda anche a questo ambito, «il sistema nazionale costretto a dare applicazione a un provvedimento estero che sente estraneo non per la provenienza, ma per le regole che ne hanno retto la genesi, non può che rifiutarlo»; e queste «crisi di rigetto» non fanno altro che alimentare la sfiducia tra gli Stati membri «favorendo un movimento antinomico» rispetto alla libera circolazione delle prove nello Spazio giudiziario europeo¹⁶⁴.

Non è un caso che, a differenza di quanto stabilito nel Trattato di Amsterdam, dove si prevedeva la possibilità di procedere, anche in questa ipotesi, per mezzo di decisioni quadro adottate secondo il metodo intergovernativo, ad un generico «ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri» in materia di cooperazione giudiziaria (art. 34 § 2 lett. *b*), nel Progetto di Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa – rivelatosi, poi, come noto, fallimentare¹⁶⁵ – si

¹⁶² M. DANIELE, *La metamorfosi del diritto delle prove nella direttiva sull'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 3; nello stesso senso R. PICCIRILLO, *I profili funzionali e strutturali dell'Ordine europeo di indagine penale*, in T. BENE-L. LUPÁRIA-L. MARAFIOTI (a cura di), *L'ordine europeo di indagine. Criticità e prospettive*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 67.

¹⁶³ V. P. FERRUA, *Contraddittorio e verità nel processo penale*, in ID., *Studi sul processo penale, II) Anamorfosi del processo accusatorio*, Giappichelli, Torino, 1992, p. 76; G. GIOSTRA, voce *Contraddittorio (principio del)*, II) *Diritto processuale penale*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 2001, VIII, p. 4.

¹⁶⁴ S. ALLEGREZZA, *Cooperazione giudiziaria, mutuo riconoscimento e circolazione della prova penale*, cit., p. 712.

¹⁶⁵ Il trattato in parola è stato firmato, a Roma, il 29 ottobre 2004, nondimeno la sua entrata in vigore è stata impedita dalla mancata ratifica di alcuni Paesi membri, primi fra tutti Francia e Paesi Bassi, in quanto i referendum sulla ratifica promossi nell'ambito dei rispettivi ordinamenti hanno dato esito negativo.

Per una sintesi delle novità che avrebbero potuto riguardare il contesto della cooperazione giudiziaria in materia penale laddove il suddetto Trattato fosse entrato in vigore, v., *ex multis*, M.G.

prevedeva l'attribuzione, in capo al legislatore eurounitario, di una specifica competenza normativa con riferimento all'ambito probatorio.

In particolare, si stabiliva 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», l'armonizzazione avrebbe potuto riguardare non solo «i diritti della persona nella procedura penale», ma anche «l'ammissibilità reciproca delle prove tra gli Stati membri» (art. III-270 § 2 lett. *b e a*).

Rinviando al prosieguo della trattazione l'esame di tali disposizioni, le quali sono confluite senza variazioni di rilievo nel Trattato di Lisbona, è necessario appuntare l'attenzione sul rapporto tra reciproco riconoscimento e legge applicabile in fase di assunzione.

A questo riguardo, non si può fare a meno di rilevare come il principio del *forum regit actum* – che, come visto, era andato vieppiù affermandosi nell'ambito di quell'assistenza giudiziaria definita “tradizionale” proprio a partire dall'introduzione del principio del reciproco riconoscimento – si rivelasse difficilmente compatibile con la filosofia sottesa al mutuo riconoscimento, la quale è chiara nel richiedere che lo Stato di emissione accetti l'attività istruttoria compiuta oltreconfine secondo le modalità proprie dello Stato membro di esecuzione¹⁶⁶ e, quindi, in ossequio alla *lex loci actus*.

COPPETTA, *Verso un processo penale europeo?*, in EAD. (a cura di), *Profili del Processo penale nella Costituzione europea*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 27 ss.

¹⁶⁶ V. G. VERMEULEN, *Free gathering and movement of evidence in criminal matters in the EU: Thinking beyond borders, striving for balance in search of coherence*, Maklu, Apeldoorn, 2011, p. 41 s.; M. KUSAK, *Common EU Minimum Standards for Enhancing Mutual Admissibility of Evidence Gathered in Criminal Matters*, in *Eur. J. Crim. Policy Res.*, 14 marzo 2017, p. 338. Nello stesso senso si esprime S. MONTALDO, *I limiti alla cooperazione giudiziaria in materia penale*, cit., p. 357, il quale ritiene che si tratti addirittura di una «“regola aurea” dei meccanismi di cooperazione connessi al reciproco riconoscimento» che risponde alla «logica esigenza di rispettare la sovranità dello Stato di esecuzione ed il principio di territorialità» e che «si riflette» «in tutta evidenza» «sul rapido svolgimento delle procedure»; *contra* M. DANIELE, *La metamorfosi del diritto delle prove nella direttiva sull'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 7, secondo il quale, «trasposto nel contesto della raccolta transnazionale delle prove, in teoria il mutuo riconoscimento comporterebbe l'obbligo per ciascuno Stato di eseguire all'interno del proprio territorio le richieste istruttorie degli altri Stati in applicazione della *lex fori*». Sennonché, nessuna delle vigenti normative «ha codificato questa sua implicazione» in ragione della «comprensibile riluttanza degli Stati in cui si trovano le prove da acquisire ad azzerare la propria sovranità, rinunciando alle proprie regole e alle proprie garanzie»; in senso conforme a quest'ultimo rilievo v. A. SCELLA, *Verso le squadre investigative comuni: lo scenario italiano*, in T. RAFARACI (a cura di), *La cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale nell'Unione Europea dopo il Trattato di Lisbona*, cit., p. 229; B. SCHÜNEMANN, *Solution Models and Principles Governing the Transnational Evidence-Gathering in the EU*, in S. RUGGERI (a cura di), *Transnational Evidence and Multicultural Inquiries in Europe*, Cham-Heidelberg-New York-Dordrecht- London, 2014, p. 168 s.; J.A.E. VERVAELE, *Il progetto di decisione-quadro sul mandato di ricerca della prova*, in G. ILLUMINATI (a cura

Inoltre, è stato sottolineato come il ricorso alla *lex fori* non fosse neppure in grado di soddisfare l'obiettivo del reciproco riconoscimento, costituito – come più volte sottolineato – dalla libera circolazione delle prove.

In particolare, se non v'è dubbio che il canone del *forum regit actum* contribuisca a preservare la spendibilità del mezzo istruttorio nello Stato di emissione, è altrettanto evidente che questo non vale laddove quella stessa prova debba essere successivamente impiegata anche in un terzo Stato membro: il principio in parola svolge, infatti, tale funzione esclusivamente «*in a one a one relation*», posto che la *lex fori* con la quale si è proceduto all'espletamento dell'attività non può che essere quella dello Stato che per primo ha avuto interesse all'assunzione del mezzo istruttorio¹⁶⁷.

Senonché, l'accantonamento della logica sottesa alla MAP in favore del “ritorno” al tradizionale canone del *locus regit actum* veicolato, ora, dal reciproco riconoscimento non avrebbe potuto prescindere – come rimarcato in precedenza – da una preventiva opera di armonizzazione; sostenere, viceversa, che, anche in assenza di un preliminare ravvicinamento delle legislazioni, il canone del riconoscimento reciproco importi comunque l'«obbligo [...] di riconoscere alla prova raccolta all'estero, sulla base della disciplina estera, pari efficacia a quella acquisita dagli organi nazionali» potrebbe realizzare, infatti, non solo vere e proprie crisi di rigetto, ma, peggio ancora, quell'effetto collaterale del reciproco riconoscimento rappresentato

di), *Prova penale e Unione europea*, cit., p. 154 s.; T. RAFARACI, *General Considerations on the European Investigation Order*, in S. RUGGERI (a cura di), *Transnational Evidence*, cit., p. 38.

¹⁶⁷ Individua questo limite della *lex fori* G. VERMEULEN, *Free gathering and movement of evidence in criminal matters in the EU*, cit., p. 43 a cui se ne aggiungono – sempre secondo tale A. – altri due: il primo dovuto alla circostanza che il principio del *forum regit actum* «*is designed to accommodate the aspirations of requesting member states and their concerns with respect to the admissibility of evidence gathered upon their request, no commitment to accept per se admissibility can be found in the cooperation instruments. This means that a request to take certain formalities or procedures into account, does not entail the commitment to accept the admissibility of evidence gathered accordingly. In other words, an executing member state that puts a lot of effort in gathering evidence according to the requested formalities and procedures, has no guarantee that its efforts will be rewarded with the recognition of the admissibility of the evidence it has gathered. As a result, [forum regit actum] seems to remain but a tool for the requesting member state to impose its formalities and procedures upon the requested member state without having to commit to accepting admissibility of the evidence gathered accordingly*»; il secondo da individuarsi nell'evenienza che, «*even in the one on one situation, the strength of FRA is relatively weak in the sense that it does not create a true and transparent situation in terms of the lawfulness of the way evidence was gathered, let alone the admissibility of evidence that is linked to that. Allowing one member state to request for certain formalities and procedures to be taken into account and therefore requiring another member state to take those formalities and procedures into account, runs the risk of undermining the status of either lawfully or unlawfully gathered evidence*». Nello stesso senso M. KUSAK, *Common EU Minimum Standards for Enhancing Mutual Admissibility of Evidence Gathered in Criminal Matters*, cit., p. 339.

dall'«affievolimento progressivo delle garanzie connesso proprio alla scarsa qualità del materiale probatorio posto a base della decisione»¹⁶⁸, rispetto al quale – lo si è sottolineato – i soggetti interessati non dispongo di strumenti correttivi.

4.3. Il MER: tra (auspicate) soluzioni all'insegna della tradizione e inediti ambiti operativi della lex fori

In questa prospettiva, non poteva che essere salutata con favore la soluzione per così dire “conservativa” accolta dal più importante congegno “pre-Lisbona” adottato per favorire la circolazione delle prove tra gli Stati membri, ovvero la decisione quadro 2008/978/GAI «relativa al mandato europeo di ricerca delle prove diretto all'acquisizione di oggetti, documenti e dati da utilizzare nei procedimenti penali» (d'ora in avanti: MER, ovvero mandato europeo di ricerca della prova)¹⁶⁹, alla cui approvazione si è addivenuti, per l'appunto, in assenza di qualsivoglia intervento mirato a ravvicinare le normative nazionali.

¹⁶⁸ Così S. ALLEGREZZA, *Cooperazione giudiziaria, mutuo riconoscimento e circolazione della prova penale nello spazio giudiziario europeo*, cit., p. 712, la quale – per riprendere le osservazioni condotte poc'anzi in ordine alla presunta capacità della CEDU e della relativa giurisprudenza di assicurare l'armonizzazione necessaria per il corretto funzionamento del reciproco riconoscimento – sottolinea come, fino a quel momento, nelle occasione in cui «la Corte di Strasburgo è stata chiamata a pronunciarsi in materia probatoria, ha precisato in termini molto nitidi come, sebbene l'art. 6 della Convenzione garantisca il diritto ad un processo equo, esso non regoli l'ammissibilità della prova in senso stretto, materia di competenza nazionale». Non appartiene alla competenza della Corte – prosegue l'A. – «stabilire se una determinata prova sia stata correttamente ammessa, acquisita o valutata», risolvendosi la missione del giudice sovranazionale nello stabilire se la procedura seguita nello Stato firmatario, «considerata nel suo complesso, ivi comprese le regole probatorie, sia stata equa ed abbia debitamente rispettato i diritti della difesa». Peraltro, anche quando «risulta provata la lesione dei diritti previsti dalla Convenzione in tema di prova penale, la Corte riconosce che vi è stata violazione dell'art. 6 Cedu solo qualora la condanna si basi esclusivamente o prevalentemente sulla prova incriminata» (p. 714; v., inoltre, la relativa giurisprudenza citata nelle note n. da 51 a 54).

¹⁶⁹ Per l'analisi dei contenuti di tale decisione quadro v. R. BELFIORE, *Il mandato europeo di ricerca delle prove e l'assistenza giudiziaria nell'Unione europea*, cit., p. 3894 ss.; G. DE AMICIS, *Il mandato europeo di ricerca delle prove: un'introduzione*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 3033 ss.; G. MELILLO, *Il mutuo riconoscimento e la circolazione della prova*, cit., p. 465 ss.; M. MENNA, *Mandato di ricerca della prova e sistemi probatori*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, p. 370 ss.; M.R. MARCHETTI, *Dalla Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale dell'Unione europea al mandato europeo di ricerca delle prove e all'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 150 ss.; M. PISANI, *Per un “mandato europeo di ricerca delle prove”*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, p. 1534 ss.; nonché, J.A.E. VERVAELE (a cura di), *European Evidence Warrant. Transnational Judicial Inquiries in the EU*, Intersentia, Antwerpen, 2005, *passim*.

Orbene, prima di focalizzare l'attenzione sulle regole concernenti le modalità di assunzione dei mezzi istruttori disciplinati nell'atto in esame, merita sottolineare come, a differenza di quanto accaduto in relazione al MAE che, data la sua onnicomprensività, cercava di superare il sistema estradizionale, nel contesto della cooperazione probatoria, l'atteggiamento del legislatore eurounitario si sia rivelato ben più timido; come risulta, infatti, già dal titolo, lungi dal sostituire il sistema rogatorio, il MER presentava un perimetro operativo notevolmente circoscritto¹⁷⁰.

In particolare, a venire in considerazione erano le sole prove precostituite, essendone espressamente escluse dal campo di applicazione le prove orali, quelle scientifiche e le intercettazioni¹⁷¹; le uniche eccezioni riguardavano i mezzi istruttori già in possesso dell'autorità di esecuzione prima dell'emissione dell'euromandato

¹⁷⁰ In questi termini O. MAZZA, *Il principio del mutuo riconoscimento nella giustizia penale, la mancata armonizzazione e il mito taumaturgico della giurisprudenza europea*, cit., p. 400.

Occorre, inoltre, sottolineare come il MER non abbia rappresentato l'unico tentativo di declinare il canone del reciproco riconoscimento in ambito istruttorio; invero, la decisione quadro 2003/577/GAI «relativa all'esecuzione nell'Unione europea dei provvedimenti di blocco dei beni o di sequestro probatorio» mirava a riconoscere immediata efficacia alle misure coercitive reali emesse da un Paese membro al fine di inibire un'attività volta distruggere, trasformare, trasferire o alienare beni suscettibili di costituire una prova, ubicati in territorio straniero.

Senonché – ed è questo aspetto che ne ha determinato la sostanziale inefficacia – nella decisione si stabiliva che il trasferimento dei suddetti beni allo Stato di emissione avrebbe dovuto seguire i «tradizionali schemi di assistenza giudiziaria» (F.R. DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale. Struttura e funzioni del vizio*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 155). Ecco che, quando si è trattato di approvare il MER si è stabilito che, per questo specifico aspetto, esso avrebbe dovuto integrare la decisione quadro in parola (F.R. DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale. Struttura e funzioni del vizio*, cit., p. 155). Per quanto concerne i contenuti di quest'ultima, v., *ex multis*, C. AMALFITANO, *Spazio Giudiziario europeo e libera circolazione delle decisioni penali*, cit., p. 15 ss., la quale, peraltro, richiamando quanto asserito da A. WEYEMBERGH, *L'avenir des mécanismes de coopération judiciaire pénale entre les Etats membres de l'Union européenne*, in G. DE KERCHOVE-A. WEYEMBERGH, *Vers un espace judiciaire pénal européen*, Université libre de Bruxelles, Bruxelles, 2000, I ed., p. 164, sottolinea come, benché la prima decisione quadro adottata sia stata quella sul MAE, la prima proposta presentata al Consiglio è stata quella da cui è scaturito lo strumento in esame (nota n. 40).

In ordine alle previsioni d.lgs. 15 febbraio 2016, n. 35 di trasposizione – avvenuta con più di dieci anni di ritardo rispetto al termine individuato dall'art. 14 della decisione quadro nel 2 agosto 2005 – v. C. PESCE, *Il recepimento italiano degli atti UE in materia di sequestro e confisca*, in *Eurojus.it*, 27 aprile 2016.

Per quanto concerne, infine, la circostanza che la direttiva relativa all'ordine europeo di indagine ha sostituito definitivamente tale strumento, v. *infra*, cap. II, § 1

¹⁷¹ In particolare, l'art. 4 § 2 stabilisce che il «MER non è emesso allo scopo di richiedere all'autorità di esecuzione di: a) condurre interrogatori, raccogliere dichiarazioni o avviare altri tipi di audizioni di indiziati, testimoni, periti o di qualsiasi altra parte; b) procedere ad accertamenti corporali o prelevare materiale biologico o dati biometrici direttamente dal corpo di una persona, ivi compresi campioni di DNA o impronte digitali; c) acquisire informazioni in tempo reale, ad esempio attraverso l'intercettazione di comunicazioni, la sorveglianza discreta dell'indiziato o il controllo dei movimenti su conti bancari; d) condurre analisi di oggetti, documenti o dati esistenti; e) ottenere dati sulle comunicazioni conservati dai fornitori di servizi di comunicazioni elettroniche accessibili al pubblico o di una rete pubblica di comunicazione».

probatorio e l'acquisizione delle dichiarazioni delle persone presenti all'atto dell'esecuzione. Inoltre, a tenore dell'art. 21 § 3 della decisione quadro, «le autorità di emissione [avrebbero potuto] ricorrere all'assistenza giudiziaria [tradizionale] per ottenere oggetti, documenti o dati che rientrano nel campo di applicazione del [MER]» laddove avessero fatto «parte di una più ampia richiesta di assistenza» oppure se l'autorità di emissione avesse ritenuto che, nel caso specifico, ciò potesse «facilitare la cooperazione con lo Stato di esecuzione»¹⁷².

In questo senso, non stupisce che proprio la limitatezza dello spettro operativo, in uno con la funzione residuale assegnata allo strumento in esame, ne abbiano determinato il sostanziale fallimento¹⁷³.

Venendo ora all'aspetto che più interessa ai fini della trattazione, quanto stabilito dall'art. 12 – rubricato, per l'appunto, «formalità da assolvere nello Stato di esecuzione» – appare perfettamente in linea con l'idea che il “ritorno” all'applicazione del canone del *locus regit actum* in ragione dell'affermazione del principio del reciproco riconoscimento sarebbe stato possibile solo a fronte di una preventiva opera di armonizzazione che, tuttavia, come rimarcato, non vi era stata; con una formulazione sovrapponibile a quella contenuta nella MAP, tale articolo riconosceva, infatti, al Paese di emissione la possibilità di chiedere e ottenere che nell'espletamento dell'euromandato fossero osservate le modalità acquisitive da esso indicate, salvo – ancora una volta – il contrasto con i principi fondamentali del diritto del Paese di esecuzione¹⁷⁴. A conferma del fatto che la logica sottesa a questa previsione fosse la medesima che aveva ispirato la soluzione accolta dal testo convenzionale è sufficiente richiamare le indicazioni fornite dalla Commissione al momento della presentazione del

¹⁷² Per questa sottolineatura v. L. PULITO, *La circolazione della prova penale in Europa dopo il trattato di Lisbona*, in *Giust. pen.*, 2010, I, p. 379

¹⁷³ In questo senso è indicativo il fatto che solo 5 Paesi membri – tra i quali non rientra l'Italia – abbiano provveduto al recepimento (il cui termine era fissato per il 19 gennaio 2011); non sorprende, dunque, che con il Regolamento 2016/95/UE il MER sia stato formalmente abrogato.

¹⁷⁴ Con riguardo a questo specifico profilo v. F.R. DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale*, cit., p. 157; R. BELFIORE, *La prova penale “raccolta” all'estero*, cit., p. 206.

Occorre, inoltre, precisare che laddove il MER avesse riguardato prove oltre che precostituite, anche pre-acquisite l'art. 12 non avrebbe potuto trovare applicazione, essendo del tutto logico che le prove acquisite inizialmente ai soli fini di un procedimento nazionale siano formate secondo la legge del luogo di quel procedimento.

Con riferimento all'opzione adottata dalla decisione quadro 2003/577/GAI in relazione a questo specifico aspetto, merita segnalare che – come rileva C. AMALFITANO, *Spazio Giudiziario europeo e libera circolazione delle decisioni penali*, cit., p. 16, nota n. 43 – la regola è, anche in questo caso, «quella per cui l'esecuzione avviene secondo le modalità fissate dalla *lex fori*» (cfr. art. 5).

progetto che si sarebbe poi tradotto nell'atto in esame, laddove si era sottolineato emblematicamente che la fruibilità del risultato probatorio avrebbe dovuto essere facilitata «mantenendo e precisando l'approccio definito dall'art. 4» MAP¹⁷⁵.

All'esperienza maturata nel contesto della MAP era da ascrivere, inoltre, la nuova configurazione del principio di celerità nella gestione delle richieste istruttorie, della cui importanza al fine di preservare la spendibilità del materiale istruttorio si è già detto. In particolare, diversamente da quanto previsto dalla fonte convenzionale che – come sottolineato – affidava allo Stato di emissione la scelta di indicare o meno un termine per il compimento dell'atto¹⁷⁶, la decisione quadro individua *ex ante* il lasso di tempo entro cui la domanda di assistenza doveva essere eseguita, salva, comunque, la possibilità di richiedere un termine più breve¹⁷⁷.

Il quadro che veniva a tratteggiarsi delineava, dunque, una situazione che, dal punto di vista delle regole applicabili al compimento dell'atto, nonostante l'affermazione del reciproco riconoscimento, risultava sostanzialmente invariata.

Senonché, spostando l'attenzione sulla fase antecedente a quella propriamente esecutiva, si rinveniva una novità che non può essere trascurata. Nello specifico, in modo del tutto inedito rispetto agli strumenti considerati sino ad ora, la decisione quadro si spingeva a regolare anche le condizioni di emissione della richiesta di assistenza, terreno, questo, tradizionalmente considerato di esclusiva competenza dei singoli Stati, ai quali spettava individuare i requisiti di ammissibilità della rogatoria attiva¹⁷⁸. Da questo punto di vista, stabilire che le prove richieste dovessero essere acquisibili in un caso analogo in base alla legislazione nazionale dello Stato membro emittente (art. 7 § 2 lett. b) significava imporre, per mezzo di un atto sovranazionale, il rispetto di tutti i presupposti relativi all'*an* delle operazioni istruttorie contemplati dalla *lex fori*.

In altri termini, come osservato in relazione all'analogia formula presente nell'Accordo italo-tedesco¹⁷⁹, la disposizione mirava a scongiurare che fossero elusi i

¹⁷⁵ Relazione della Commissione europea alla COM(2003) 688 def., p. 15; per questa specifica sottolineatura v. ancora C. AMALFITANO, *Spazio Giudiziario europeo e libera circolazione delle decisioni penali*, cit., p. 29 s., nota n. 81.

¹⁷⁶ V., *supra*, § 3.1.

¹⁷⁷ In particolare, a mente dell'art. 15 § 3 l'autorità di esecuzione era tenuta a prendere possesso di quanto richiesto non oltre 60 giorni dalla ricezione del mandato.

¹⁷⁸ In termini sostanzialmente analoghi P. LASZLOCZKY, voce *Rogatoria (dir. proc. pen.)*, cit., 1048.

¹⁷⁹ V., *supra*, cap. I, § 2.

divieti probatori previsti dalla legge dello Stato di emissione, in un'ottica, però, del tutto diversa: l'intento non era, infatti, quello di circoscrivere il dovere di collaborazione dello Stato richiesto, al quale, nell'ambito del suddetto Accordo, era rimessa la valutazione in ordine alla sussistenza del requisito in esame e, se del caso, la possibilità di rifiutare la compartecipazione nell'espletamento dell'attività rogata, bensì quello di preservare il principio di legalità processuale nello Stato di emissione¹⁸⁰; un'esigenza, questa, riconducibile – come osservato nel mettere a fuoco le ricadute negative che la trasposizione *tout court* del mutuo riconoscimento sul versante della cooperazione giudiziaria avrebbe potuto determinare¹⁸¹ – ancora una volta alla mancanza di una preventiva opera di ravvicinamento delle legislazioni.

Da questo punto di vista, non stupisce che il controllo circa l'osservanza delle suddette condizioni spettasse in via esclusiva a tale Paese, al quale era fatto obbligo di assicurare mezzi di impugnazione equivalenti «a quelli disponibili in un caso nazionale analogo» per contestare le «ragioni di merito su cui si basa il MER, compreso il rispetto delle condizioni stabilite dall'art. 7» (art. 18 § 2).

5. Lo scenario delineato dal Trattato di Lisbona

Il sostanziale fallimento del MER è attestato dall'approvazione, a distanza di circa un anno dall'emanazione della decisione quadro, di un Libro Verde¹⁸² con cui la Commissione non solo invitava gli Stati membri e, più in generale, qualsiasi soggetto interessato a pronunciarsi sull'opportunità di adottare uno strumento unico e onnicomprensivo di raccolta transnazionale delle prove basato sul principio del reciproco riconoscimento, così da rimediare alla ristrettezza dell'ambito applicativo

¹⁸⁰ Cfr. A. IJERZMAN, *From de CATS Portfolio: The European Evidence Warrant*. in J.A.E. VERVAELE (a cura di), *European Evidence Warrant. Transnational Judicial Inquiries in the EU*, cit., p. 13, il quale afferma che tale disposizione «prevents the European Evidence Warrant from being used to circumvent national safeguards for obtaining evidence».

¹⁸¹ V. *supra*, § 4.1.

¹⁸² Si tratta della COM(2009) 624 def. intitolata «Libro Verde sulla ricerca delle prove in materia penale tra gli Stati membri e sulla garanzia della loro ammissibilità»; per un'analisi di tale atto v. le osservazioni di S. ALLEGREZZA, *Critical Remarks in the Green Paper on Obtaining Evidence in Criminal Matters from one Member State to another and Securing its Admissibility*, in *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 2010, p. 569 ss.; J.R. SPENCER, *The Green Paper on obtaining evidence from one Member State to another and securing its admissibility: the Reaction of one British Lawyer*, cit., p. 602 ss.

dell'euromandato probatorio ed alla frammentarietà del quadro normativo venutosi a delineare nell'ambito *de quo*, ma poneva in risalto anche la questione dell'opera di preventiva armonizzazione delle legislazioni nazionali.

Nello specifico, in vista dell'obiettivo della Commissione – confermato dal coevo Programma di Stoccolma¹⁸³ – di presentare, entro il 2011, una proposta di direttiva sul tema, si individuava «nell'adozione di norme comuni per la raccolta delle prove in materia penale» «la soluzione migliore» per evitare che le prove acquisite in un altro Stato membro fossero «considerate inammissibili o che» lo Stato membro di emissione ne sminuisse «il valore probatorio [...] a causa delle modalità con cui sono state raccolte»¹⁸⁴.

Quello appena menzionato non era, tuttavia, l'unico terreno su cui le istanze di armonizzazione si fecero vieppiù pressanti; se, come si è detto, per evitare i possibili effetti disfunzionali derivanti dalla trasposizione del mutuo riconoscimento in ambito istruttorio si rivelava indispensabile preservare anche un adeguato livello di protezione delle garanzie dei soggetti interessati dalle procedure di cooperazione, non stupisce la predisposizione, da parte del Consiglio GAI, di una c.d. “*Roadmap*” per il rafforzamento dei diritti di indagati e imputati, con la quale si chiedeva l'adozione di alcune misure relative ai più importanti diritti azionabili in sede processuale¹⁸⁵.

In entrambi i casi, l'intento era evidentemente quello di sfruttare appieno le possibilità che l'imminente entrata in vigore del Trattato di Lisbona avrebbe dischiuso, posto che, oltre alle modifiche apportate sotto il profilo istituzionale cui si è accennato in precedenza, tale Trattato ha introdotto rilevanti novità sui due fronti appena considerati: infatti, in linea – come accennato – con le previsioni contenute nel Progetto di “Costituzione europea”¹⁸⁶, l'art. 82 TFUE non solo “codifica” il principio del reciproco riconoscimento quale fondamento della cooperazione giudiziaria in materia

¹⁸³ «Programma di Stoccolma-Un'Europa aperta e sicura al servizio e a tutela dei cittadini» in G.U.U.E., C-115 del 4.5.2010.

¹⁸⁴ V., rispettivamente, i §§ 4.1 e 4.2. del Libro Verde.

¹⁸⁵ Il riferimento è alla Risoluzione del Consiglio del 30 novembre 2009 «relativa a una tabella di marcia per il rafforzamento dei diritti procedurali di indagati o imputati in procedimenti penali», la quale considerava prioritari il diritto traduzione e interpretazione (a), il diritto alle informazioni relative ai diritti e all'accusa (b); il diritto alla consulenza legale e all'assistenza legale gratuita (c); il diritto di comunicazione con familiari, datori di lavoro e autorità consolari (d); l'introduzione di garanzie speciali per indagati o imputati vulnerabili (e); l'adozione di un libro verde sulla detenzione preventiva (f).

Per gli atti adottati in ragione di tale tabella di marcia v. *infra*, cap. II, §. 1.

¹⁸⁶ V. *supra*, § 4. 2.

penale e riconosce al Parlamento europeo e al Consiglio la possibilità di introdurre, secondo la procedura legislativa ordinaria misure dirette a «definire norme e procedure per assicurare il riconoscimento in tutta l'Unione di qualsiasi tipo di sentenza e di decisione giudiziaria», comprese, dunque, quelle *pré-sentencielles* di carattere istruttorio (§ 1 lett. a); ma attribuisce agli organi in parola anche la possibilità di adottare – secondo la suddetta procedura e con lo scopo di facilitare il reciproco riconoscimento – direttive volte a stabilire «norme minime» concernenti, tra l'altro, «l'ammissibilità reciproca delle prove», «i diritti della persona nella procedura penale» (§ 2 lett. a e b), tenuto conto «delle differenze tra le tradizioni giuridiche e gli ordinamenti giuridici degli Stati membri» e senza impedire a questi ultimi di introdurre o mantenere un livello più elevato di tutela delle persone (§ 3)¹⁸⁷.

Si assiste, così, alla predisposizione di una base giuridica *ad hoc* «per un'armonizzazione [...] quale necessaria premessa per un efficiente riconoscimento reciproco della prova formata *ultra fines*», sintomo della raggiunta consapevolezza dell'impossibilità per il suddetto principio «di reggere da solo il peso dell'Europa allargata e sempre più eterogenea (anche sotto il profilo delle regole probatorie)» senza la realizzazione di una preventiva opera di integrazione delle discipline nazionali «in alcuni settori “sensibili”»¹⁸⁸.

¹⁸⁷ Per la puntuale analisi di queste disposizioni v. C. AMALFITANO, *Spazio Giudiziario europeo e libera circolazione delle decisioni penali*, cit., 42 ss.; più in generale, in ordine alle novità apportate da tale Trattato nel contesto della collaborazione giudiziaria in materia penale, si rinvia ai contributi contenuti nel volume a cura di T. RAFARACI, *La cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale nell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, cit.

¹⁸⁸ F. SIRACUSANO, *Tra semplificazione e ibridismo: insidie e aporie dell'Ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 676.

Per quanto riguarda, poi, il significato da attribuire all'espressione “norme minime” concernenti “l'ammissibilità reciproca delle prove” quest'ultimo Autore ritiene che l'armonizzazione non deve necessariamente essere concepita come uno «strumento volto a individuare regole che governino, in tutti gli Stati dell'Unione, l'acquisizione delle prove», essendo possibile procedere anche attraverso «regole differenti se esse risultano almeno collegate fra di loro da un dispositivo che ne permetta una certa omologazione, funzionale a rendere ammissibile la prova anche fuori dai confini nazionali» (p. 77).

Ad avviso di M. CHIAVARIO, *Giustizia europea e processo penale: nuovi scenari e nuovi problemi*, cit., p. 468, si deve fare riferimento a una «sorta di “regole intermedie”, tra i grandi principi [...] e le regole procedurali di maggior dettaglio, giustamente da lasciare alle legislazioni nazionali».

Secondo l'impostazione proposta da Cfr. 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, *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, cit., p. 537, invece, l'espressione in parola dovrebbe essere intesa nel senso più ampio possibile «in modo da perseguire [...] l'effetto massimo possibile di armonizzazione e, conseguentemente, da garantire la maggiore uniformità possibile nel settore di intervento». «Volendo riprendere concetti noti» – prosegue l'Autore – «se [...] si interviene mediante la fonte della direttiva,

5.1. Il nuovo spettro operativo del canone del forum regit actum

Sembravano, dunque, porsi le basi per un definitivo accantonamento del principio del *forum regit actum* che, come dimostrato dall'esperienza del MER, nel contesto del reciproco riconoscimento, continuava a rinvenire una propria ragion d'essere tenuto conto dell'assenza, per l'appunto, di un'omologazione delle legislazioni degli Stati membri.

In realtà, tutto sarebbe dipeso dalla tecnica impiegata per perseguire l'armonizzazione. In questo senso, si osserva come il ravvicinamento possa essere condotto alla stregua di quattro criteri, elaborati nel contesto della protezione dei diritti fondamentali: quello del “*maximum standard*”, secondo cui ai diritti fondamentali deve essere assicurato, in sede sovranazionale, il più alto livello di protezione loro riconosciuto nell'ambito dei singoli ordinamenti degli Stati membri; quello della c.d. “*better law*”, che predilige la normativa nazionale che disciplina la materia in modo più conforme alle peculiari esigenze del sistema sovranazionale di riferimento; quello dell’“orientamento prevalente”, per cui deve preferirsi l'indirizzo maggiormente seguito dai Paesi membri; e, infine, quello del “minimo denominatore comune”¹⁸⁹.

Orbene, posto che il criterio del *maximum standard*, ancorché sorretto da argomentazioni logiche ineccepibili¹⁹⁰, risulta di difficile utilizzabilità, specialmente per la difficoltà di conciliare, nell'ambito eurounitario, i più elevati livelli di tutela per una pluralità di diritti che sono spesso in rapporto di reciproca tensione¹⁹¹, è emerso fin da subito che, a fronte dell'adozione, da parte del legislatore dell'Unione, di strumenti di armonizzazione, sovente gli Stati membri avrebbero fatto ricorso alla clausola di non regressione contenuta nel § 3 dell'art. 82 TFUE, la quale, come visto, conferisce loro la possibilità di “mantenere o introdurre un livello più elevato di tutela delle persone”. Del resto, se non v'è dubbio che l'armonizzazione debba muoversi verso una *law of*

questa [deve] essere quanto più precisa, dettagliata e “self executing” possibile, proprio per garantire la massima uniformità applicativa».

¹⁸⁹ Cfr. A. BERNARDI, *L'europeizzazione del diritto e della scienza penale*, in *Quaderni fiorentini*, 2002, II, p. 545 ss.; P. TONINI, *Il progetto di un pubblico ministero europeo nel Corpus Juris*, in AA. VV., *La giustizia penale italiana nella prospettiva internazionale*, cit., 124; nonché, con particolare riferimento all'ambito istruttorio, 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. 3623 s.

¹⁹⁰ Ancora A. BALSAMO-S. RECCHIONE, *ivi*, p. 3624.

¹⁹¹ Così A. BERNARDI, *L'europeizzazione del diritto e della scienza penale*, cit., p. 545.

evidence comune a tutti i sistemi, «al contempo non è possibile che tale percorso possa trasformarsi in una sorta di forzata omologazione verso *standard* più arretrati di garanzie»¹⁹².

Peraltro, a scongiurare questo epilogo interviene, ancor prima e “indipendentemente” dalla circostanza che si sia proceduto o meno al ravvicinamento delle normative statali, l’obbligo, imposto dall’art. 53 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea (d’ora in poi “CDFUE”) a partire dall’entrata in vigore del Trattato di Lisbona – il quale, come noto, ha assegnato alla Carta lo stesso valore dei Trattati – a mente del quale, nel concorso di garanzie assicurate dalla stessa Carta, dalla CEDU o dalle Costituzioni degli Stati membri, debba prevalere quella di livello più alto¹⁹³, seppur con i limiti individuati dalla Corte di Giustizia¹⁹⁴.

Ecco che proprio le ipotesi nelle quali lo Stato di emissione assicura un più alto livello di tutela dei diritti delineano lo spettro entro cui, anche nel contesto di una cooperazione improntata al reciproco riconoscimento e preceduta da interventi di armonizzazione, avrebbe dovuto essere garantita l’operatività della *lex fori*.

¹⁹² F. SIRACUSANO, *Tra semplificazione e ibridismo: insidie e aporie dell’Ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 676.

¹⁹³ Per un’ampia analisi di tale previsione si vedano M. CONDINANZI-P. IANNUCELLI, sub *Art. 53*, in R. MASTROIANNI-O. POLLICINO-S. ALLEGREZZA-F. PAPPALARDO-O. RAZZOLINI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 1085 ss.; R. CONTI, sub *Art. 53*, in G. BISOGNI-G. BRONZINI-V. PICCONE (a cura di), *Carta dei diritti dell’Unione europea. Casi e materiali*, Chimienti, Taranto, 2009, p. 369 ss.

Per un raffronto con quanto previsto dalla disposizione di analogo tenore di cui all’art. 53 CEDU si rinvia al recente contributo di A.J. PALMA, *Il principio della protezione più estesa nel sistema europeo multilivello di tutela dei diritti umani: per un confronto teorico-pratico tra l’art. 53 della CEDU e l’art. 53 della Carta di Nizza*, in *Studi sull’integrazione europea*, XIV (2019), p. 129 ss.

¹⁹⁴ V. *infra*, cap. II, § 2.1.

CAPITOLO II

L'OEI E LA SUA ATTUAZIONE NELL'ORDINAMENTO INTERNO TRA PREROGATIVE DELLA *LEX FORI* E ISTANZE DELLA *LEX LOCI*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'esecuzione dell'atto (ancora) tra *forum* e *locus regit actum*. – 2.1 La questione del contrasto con i principi dello Stato di esecuzione nell'ambito della procedura passiva: una possibile soluzione. – 2.2. "Oneri" dell'autorità di emissione e diritto alla concelebrazione nella procedura attiva. – 3. Condizioni di emissione e *lex fori*. – 3.1. La controversa questione dei mezzi di ricerca e degli atti di indagine in senso stretto "atipici". – 3.2. Gli ulteriori (?) requisiti in caso di OEI emesso su richiesta della difesa. – 4. Presupposti di esecuzione e *lex loci*. – 4.1. Il sistema delle impugnazioni nello Stato di esecuzione: difetti "genetici" e auspici alla luce della giurisprudenza della Suprema Corte di Cassazione. – 4.2. L'eccezione degli atti che devono essere sempre disponibili nell'ordinamento di esecuzione e la loro trasposizione "al ribasso". – 5. I contorni del doppio vaglio di proporzionalità. – 6. Specifiche disposizioni per determinati mezzi istruttori: tra massima attuazione del principio del *forum regit actum*, integrale applicazione del canone del *locus regit actum* e armonizzazione indotta.

1. Premessa

Con un'operazione per così dire "a sorpresa", in quanto precedente all'intervento programmato dalla Commissione, nell'aprile del 2010, un esiguo numero di Stati membri ha avanzato una proposta¹⁹⁵ destinata a tramutarsi, all'esito di quattro

¹⁹⁵ Il riferimento è alla iniziativa promossa da Austria, Belgio, Bulgaria, Estonia, Spagna, Slovenia e Svezia in G.U.U.E., C-165/22 del 24 giugno 2010. Tra i commenti a tale proposta v. M.M. PISANI, *Problemi di prova in materia penale. La proposta di direttiva sull'Ordine Europeo di Indagine*, in *Arch. pen.*, 2011, p. 925 ss.; A. MANGIARACINA, *A New and Controversial Scenario in the Gathering of Evidence at the European Level: The Proposal for a Directive on the European Investigation Order*, in *Utrecht Law Review*, 2014, p. 119 ss.; S. RUGGERI, *Introduction to the Proposal of a European Investigation Order: Due Process Concerns and Open Issues*, in ID. (a cura di), *Transnational Evidence and Multicultural Inquiries in Europe*, Cham-Heidelberg-New York-Dordrecht- London, 2014, p. 3 ss.; G. FIORELLI, *Nuovi orizzonti investigativi: l'ordine europeo di indagine penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, p. 705 ss.; L. CAMALDO, *The European Investigation Order*, in F. RUGGERI (a cura di), *Criminal Proceedings, Languages and the European Union: Linguistic and Legal Issues*, Springer, Berlin, 2013, p. 203 ss.; nonché, nella letteratura straniera, D. SAYERS, *The European Investigation Order: Traveling without a "roadmap"*, in *CEPS – Liberty and Security in Europe*, June, 2011, p. 1 ss; F. ZIMMERMANN-S. GLASER-A. MOTZ, *Mutual Recognition and its Implications for the Gathering of Evidence in Criminal Proceedings: a Critical Analysis of the Initiative for a European Investigation Order*, in *European Criminal Law Review*, 2011, p. 77 s.; S. PEERS, *The Proposed European Investigation Order*, in *Statewatch Analysis* (web), 2010.

anni di lavori preparatori, nella direttiva 2014/41/UE (di qui in avanti: direttiva) «relativa all'ordine europeo di indagine penale» (d'ora in poi: OEI).

Senonché, l'«inaspettata “fuga in avanti”» prodotta sul piano politico non ha lasciato indenne la prospettiva “binaria” coltivata dal Libro Verde che – come evidenziato – proponeva, per un verso, l'unificazione «dei modelli di cooperazione giudiziaria» in un singolo strumento, per l'altro, la predisposizione di regole armonizzate di ammissione reciproca delle prove¹⁹⁶.

È quanto risulta già dalla lettura della parte dell'articolato che precede quella propriamente normativa: l'aver indicato, quale base giuridica dello strumento, il § 1 lett. *a* dell'art. 82 TFUE e non anche il § 2 lett. *a* rivela, infatti, come ci si trovi di fronte ad un altro intervento improntato al reciproco riconoscimento che trascura l'esigenza di assicurare, in via preliminare, un livello omogeneo di integrazione normativa tra i diversi ordinamenti¹⁹⁷.

Questo non significa, anzitutto, che al di fuori del contesto considerato non siano stati elaborati strumenti finalizzati al ravvicinamento delle normative nazionali, specie nell'ottica del rafforzamento dei diritti di indagati e imputati; il riferimento corre alle misure introdotte per dare attuazione alla menzionata *Roadmap*¹⁹⁸, le quali, tuttavia,

¹⁹⁶ F. SIRACUSANO, *Tra semplificazione e ibridismo: insidie e aporie dell'Ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 678.

¹⁹⁷ Cfr. *ex multis*, L. MARAFIOTI, *Orizzonti investigativi europei, assistenza giudiziaria e mutuo riconoscimento*, cit., p. 103.

¹⁹⁸ In particolare, sulla base della richiamata “tabella di marcia”, sinora sono state adottate sei direttive. Si tratta della direttiva 2010/64/UE sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali, che è stata recepita, a livello interno, con il d.lgs. 4 marzo 2014, n. 32 (cfr., M. GIALUZ, *Il decreto legislativo di attuazione della direttiva sull'assistenza linguistica (n. 32 del 2014): un'occasione sprecata per modernizzare l'ordinamento italiano*, in *Dir. pen. cont. (web)*, 10 aprile 2014); della direttiva 2012/13/UE sul diritto all'informazione nei procedimenti penali, attuata nell'ordinamento italiano per mezzo del d.lgs. 1 luglio 2014, n. 101 (v. D. NEGRI, *Awareness of One's Own Rights and Knowledge of the Accusation: The Implementation of the Directive on the Right to Information in Italy*, in T. RAFARACI-R. BELFIORE (a cura di), *EU Criminal Justice. Fundamental Rights, Transnational Proceedings and the European Public Prosecutor's Office*, Springer, 2019, p. 43 ss.); della direttiva 2013/48/UE relativa al diritto al difensore e al diritto di comunicare con terze persone dopo l'arresto, trasposta con il d.lgs. 15 settembre 2016, 184 (v. F. MORELLI, *Profili problematici del diritto di partecipazione del difensore nella fase delle indagini preliminari: dalle dichiarazioni dell'indagato alla prova informatica*, in D. NEGRI-P. RENON (a cura di), *I nuovi orizzonti del diritto alla difesa tecnica*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 1 ss., nonché S. QUATTROCOLO, *Interventi minimi in materia di diritto di accesso al difensore: la recente trasposizione della direttiva 2013/48/UE*, in *Eurojus.it*, 15 ottobre 2016); della direttiva 2016/343/UE sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo (v. L. CAMALDO, *Presunzione di innocenza e diritto di partecipare al giudizio: due garanzie fondamentali del giusto processo in un'unica direttiva dell'Unione europea*, in *Dir. pen. cont. (web)*, 26 marzo 2016); della direttiva 2016/800/UE sulle garanzie procedurali per i minori indagati e imputati (cfr. S. MONICI, *L'UE continua la ricerca dell'“equità” nei processi penali: introdotte regole comuni per il processo penale minorile*, in *Eurojus.it*, 23 maggio 2016); e, infine, della direttiva

imponendo agli Stati membri – come prevedibile¹⁹⁹ – *standard* “minimi” di tutela, «rischiano [persino] di vanificare le soglie di garanzia previste dal diritto nazionale»²⁰⁰.

Inoltre, non è escluso che l'OEI possa, seppure in maniera mediata, dar luogo a «prassi uniformanti»²⁰¹, con tutti i limiti, però, dovuti ad una “inversione di metodo” – per cui l'armonizzazione si atterrebbe a “risultato” del reciproco riconoscimento e non a “precondizione” dello stesso – che non risolve le criticità esaminate nel precedente capitolo. Così, per un verso, si assiste alla riproposizione di alcune delle soluzioni venutesi ad affermare nell'ambito dell'assistenza giudiziaria tradizionale e, per l'altro, non mancano opzioni dirette al rafforzamento dei meccanismi pensati per attenuare le ricadute disfunzionali legate, come più volte sottolineato nel corso della trattazione, alla mera trasposizione del mutuo riconoscimento nel contesto della collaborazione giudiziaria; del resto, è lo stesso legislatore eurounitario che, nel considerando n. 6, si premura di specificare come la «nuova impostazione» cui è improntata la direttiva debba sì «ispirarsi al reciproco riconoscimento», ma tenendo conto, altresì, «della “flessibilità” del sistema tradizionale di assistenza giudiziaria»²⁰².

Dal primo punto di vista risalta la previsione che, per quanto concerne il momento esecutivo, ripropone l'opzione che predilige la *lex fori*, non senza, però, considerare anche le prerogative dello Stato di esecuzione e, dunque, la *lex loci actus*. Quanto al secondo aspetto, per riprendere i rilievi svolti in precedenza a proposito della necessità di salvaguardare il principio di legalità processuale, non può essere trascurata la scelta di disciplinare oltre alla fase dell'assunzione dell'atto investigativo o della prova anche quella della loro ammissione, imponendosi a questo riguardo il rispetto di

2016/1919/UE sull'ammissione al patrocinio a spese dello Stato per indagati e imputati nell'ambito di procedimenti di esecuzione del mandato d'arresto europeo, trasposta a livello nazionale con il d.lgs. 24 marzo 2019, n. 27 (v. E. GRISONICH, *L'attuazione della direttiva 2016/1919/UE: un timido intervento in materia di patrocinio a spese dello Stato*, in *Dir. pen. cont.*, 2019, f. 5, p. 213 ss.)

¹⁹⁹ V., *supra*, cap. I, § 5.1

²⁰⁰ Così S. RUGGERI, *Procedimento penale, diritto di difesa e garanzie partecipative nel diritto dell'Unione europea*, in *Dir. pen. cont.-Riv. trim.*, 2015, f. 4, p. 133.

²⁰¹ Così R.E. KOSTORIS, *Ordine di investigazione europeo e tutela dei diritti fondamentali*, in *Cass. pen.*, 2018, p. 1437.

²⁰² Cfr. L. MARAFIOTI, *Orizzonti investigativi europei, assistenza giudiziaria e mutuo riconoscimento*, cit. p. 20 ss., nonché 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 ss., il quale offre una lettura della direttiva, così come trasposta nel nostro ordinamento, distinguendo i due profili.

entrambe le legislazioni degli Stati coinvolti e non solo di quella del Paese di emissione alla stregua di quanto era invece previsto nell'ambito del MER²⁰³.

Occorre, poi, osservare come, in diverse ipotesi, il nuovo strumento non sia chiaro nel circoscrivere le coordinate lungo le quali deve muoversi la disciplina nazionale di attuazione, facendo ricorso – come nel caso della più volte menzionata clausola che rinvia al rispetto dei “principi fondamentali dello Stato di esecuzione” – a formule generiche²⁰⁴, di talché aumentano le criticità che posso scaturire in sede di trasposizione dalla riproduzione per così dire “automatica” – e, dunque, senza una vera e propria opera di adattamento alle peculiarità del contesto nazionale – delle disposizioni della direttiva²⁰⁵.

Ebbene, considerate le pregresse esperienze, non desta stupore che a questa problematica non sia rimasta estranea la disciplina italiana di implementazione, ovvero il d.lgs. 21 giugno 2017, n. 108²⁰⁶, alla cui approvazione si è addivenuti quasi contestualmente all'attuazione della MAP e pochi mesi prima dall'entrata in vigore della riforma del Libro XI del codice di rito²⁰⁷.

²⁰³ V., *supra*, cap. I, § 4.3.

²⁰⁴ Cfr. L. MARAFIOTI, *Orizzonti investigativi europei, assistenza giudiziaria e mutuo riconoscimento*, cit., p. 22.

²⁰⁵ R.E. KOSTORIS, *Ordine di investigazione europeo e tutela dei diritti fondamentali*, cit., p. 1438.

²⁰⁶ Per un'approfondita disamina dei contenuti dell'atto di trasposizione (adottato in attuazione della delega conferita con la legge 9 luglio 2015, n. 114) v., *ex multis*, M. CAIANIELLO, *L'attuazione della direttiva sull'ordine europeo di indagine penale e le sue ricadute nel campo del diritto probatorio*, cit., p. 2197 ss.; 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. 173, p. 158 ss.; G. DE AMICIS, *Dalle rogatorie all'ordine europeo di indagine: verso un nuovo diritto della cooperazione giudiziaria penale*, in *Cass. pen.*, 2018, p. 22 ss.; M. DANIELE, *L'ordine europeo di indagine penale entra a regime. Prime riflessioni sul d.lgs. n. 108 del 2017*, cit.; F. RUGGIERI, *Le nuove frontiere dell'assistenza penale internazionale: l'ordine europeo di indagine penale*, in *Proc. pen. giust.*, 2018, f. 1, p. 131 ss.

²⁰⁷ Come osservato *supra*, cap. I § 3, il d.lgs. n. 52 del 2017 di attuazione della MAP risale al 5 aprile, mentre la riscrittura del Libro XI si deve al d.lgs. n. 149 del 3 ottobre 2017. Peraltro, come rileva G. DE AMICIS, *Lineamenti della riforma del Libro XI del codice di procedura penale*, in *Dir. pen. cont. (web)*, 19 aprile 2019, p. 2, «nell'arco temporale ricompreso tra il biennio 2015-2017», un «complesso percorso di adeguamento normativo ha consentito di trasporre nel nostro ordinamento, attraverso la recente adozione di un cospicuo numero di decreti legislativi fra loro non sempre coordinati, una serie di atti di diritto derivato (decisioni quadro e direttive) che il legislatore aveva tardato a recepire», tra i quali si annoverano, oltre ai suddetti atti, i provvedimenti europei di sequestro e confisca (d.lgs. 7 agosto 2015, n. 137; d.lgs. 15 febbraio 2016, n. 35; d.lgs. 29 ottobre 2016, n. 202), l'ordine di protezione europeo (d.lgs. 11 febbraio 2015, n. 9), gli strumenti di prevenzione e composizione dei conflitti di giurisdizione (d.lgs. 15 febbraio 2016, n. 29), le decisioni di condanna alle sanzioni pecuniarie e le decisioni di sospensione condizionale della pena (d.lgs. 15 febbraio 2016, n. 37; d.lgs. 15 febbraio 2016, n. 38), le ordinanze cautelari personali di tipo non detentivo (d.lgs. 15 febbraio 2016, n. 36), le squadre investigative comuni (d.lgs. 15 febbraio 2016, n. 34), lo scambio dei dati estratti dai casellari giudiziari (d.lgs. 12 maggio 2016, n. 74).

A proposito di quest'ultimo rilievo, è appena il caso di osservare come nell'ambito del suddetto Libro sia stato introdotto un Titolo I-*bis* dedicato, per l'appunto, al reciproco riconoscimento²⁰⁸. Nondimeno, il fatto che la disciplina del codice trova applicazione in via residuale, in uno con l'evenienza che essa si risolve in una sorta di elencazione dei principi che solitamente si rinvencono negli atti normativi eurounitari, hanno fatto dubitare della concreta utilità della novella. Al riguardo è stato opportunamente affermato che le disposizioni contenute nel codice di rito potrebbero, per un verso, costituire una chiave di lettura di quelle sovranazionali e, per l'altro, essere inserite nella normativa di recepimento laddove lo strumento da attuare non le contemplasse, a patto che, ovviamente, non si pongano in contrasto con il suo contenuto²⁰⁹. Ecco che si rivela perfino scontato sottolineare come con riferimento al d.lgs. n. 108 del 2017 possa venire in rilievo solo la prima prospettiva, tenuto conto che tale provvedimento normativo ha preceduto la novella codicistica.

Procedendo, ora, in un'analisi per così dire "integrata" tra le disposizioni dell'atto eurounitario e quelle del suddetto d.lgs. n. 108 del 2017, occorre, anzitutto, soffermarsi sull'altro versante preso in considerazione dal Libro Verde, il quale rappresenta, a ben vedere, la principale aspirazione dell'OEI.

In questo senso, come è stato più volte rimarcato, le parole chiave che meglio identificano gli scopi del nuovo congegno sono sostanzialmente due: "onnicomprensività" e "semplificazione"²¹⁰.

²⁰⁸ Cfr. L. MARAFIOTI, *Cooperazione multidisciplinare e protezione degli interessi UE*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2019, p. 545.

²⁰⁹ Il rilievo è di M.R. MARCHETTI, *Cooperazione giudiziaria: innovazioni apportate e occasioni perdute*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, p. 1546. V. altresì M. CAIANIELLO, *L'attuazione della direttiva sull'ordine europeo di indagine penale e le sue ricadute nel campo del diritto probatorio*, cit., nota n. 8, il quale osserva che «il valore da attribuire alla scelta compiuta pare quello di attribuire stabilità al 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. Occorre considerare, da un lato, che si continuerà a recepire di volta in volta le singole fonti dell'Unione europea in materia di cooperazione giudiziaria, e che, dall'altro, tale recepimento potrebbe risultare, in taluni casi, lacunoso (legato alle incombenze accidentali, come quella di accelerare i tempi della ratifica), in altri improntato a scelte ispiratrici disomogenee (per esempio, un approccio volto a ostacolare per quanto possibile la cooperazione, come si è verificato nel caso del MAE, ben diverso da quello che ha connotato il lavoro sull'OEI). In un contesto del genere, la decisione di far uso del codice di procedura penale appare da condividere».

²¹⁰ Cfr. M. CAIANIELLO, *La nuova direttiva UE sull'ordine europeo di indagine penale tra mutuo riconoscimento e ammissione reciproca delle prove*, cit., p. 2; e, più di recente, A. MANGIARACINA, *L'acquisizione "europea" della prova cambia volto: l'Italia attua la Direttiva relativa all'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 158.

Muovendo da quest'ultimo termine, la prospettiva – delineata in modo inequivoco dal considerando n. 5 della direttiva – è quella di rimediare alla disorganicità che fino a questo momento ha contraddistinto la materia dell'acquisizione transnazionale delle prove.

Da questo punto di vista, l'art. 34 della direttiva stabilisce che l'OEI sostituisce tutti gli strumenti preesistenti in materia, siano essi fondati sul reciproco riconoscimento come il MER (§ 2), o da ricondursi all'assistenza tradizionale come la MAP e la più risalente CEAG (§ 1 lett. *a* e *c*), salva comunque la possibilità per gli Stati membri di «concludere o continuare ad applicare» gli accordi stipulati con altri Paesi dell'Unione che contribuiscano a semplificare o agevolare ulteriormente le procedure di acquisizione delle prove (§ 3).

Questa previsione non riguarda, ovviamente, gli Stati membri non vincolati alla direttiva, i Paesi non facenti parte dell'Unione che hanno aderito alla MAP, nonché gli ambiti non coperti dall'OEI.

Ecco che, in ragione di tale specificazione, si rivela non del tutto fuori luogo l'aver approvato, anche se con ingente ritardo, il d.lgs. n. 52 del 2017 di attuazione della MAP; quest'ultima trova, infatti, applicazione – secondo una logica per così dire a «“geografia variabile”»²¹¹ – nei confronti di Irlanda e Danimarca che si sono avvalse della clausola di *opt-out* e di Islanda e Norvegia in quanto Paesi extra-UE che hanno sottoscritto la Convenzione.

Inoltre, stante il perimetro operativo più ampio rispetto alla direttiva, la Convenzione *de qua* è chiamata a regolare i rapporti di collaborazione tra i Paesi membri con riferimento al compimento di determinate attività, quali la notifica degli atti del procedimento penale, lo scambio spontaneo di informazioni e, infine, la restituzione al legittimo proprietario dei beni ottenuti attraverso reati²¹².

Nel solco dell'efficienza si collocano, inoltre, le previsioni che circoscrivono il lasso temporale entro cui l'OEI deve essere eseguito. Da questo angolo prospettico è appena il caso di rilevare come l'obbligo imposto all'autorità di esecuzione di provvedere al riconoscimento e alla successiva esecuzione entro i termini,

²¹¹ L'espressione è di L. CAMALDO, *L'attuazione della Convenzione di Bruxelles del 2000: l'assistenza giudiziaria in materia penale assume una configurazione a “geografia variabile”*, cit., p. 4.

²¹² Cfr. B. GALGANI, *Assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea*, cit, p. 453.

rispettivamente, di 30 giorni (artt. 12 § 3 direttiva e 4 comma 1 d.lgs. n. 108 del 2017) e di 90 giorni (artt. 12 § 4 direttiva e 4 comma 2 d.lgs. n. 108 del 2017), consente di riproporre in questa sede gli apprezzamenti rivolti alle disposizioni di analogo tenore contenute nella MAP e nel MER²¹³.

Da annoverarsi tra le soluzioni dirette ad assicurare la maggior incisività possibile al nuovo congegno è, infine, la scelta – riconducibile, come è ovvio, esclusivamente alla volontà del legislatore nazionale, tenuto conto dell'inevitabile silenzio serbato sul punto dalla direttiva²¹⁴ – di concentrare tutte le attribuzioni proprie dell'autorità di esecuzione (ricezione, riconoscimento, esecuzione e trasferimento dei risultati dell'OEI) in capo al procuratore della Repubblica presso il tribunale del capoluogo del distretto nel quale deve essere compiuta l'attività (art. 4 comma 1 d.lgs. n. 108 del 2017). Tale opzione, già coltivata in sede di delega per la riforma delle disposizioni del Libro XI del codice di rito²¹⁵, esclude, infatti la competenza in precedenza affidata alla Corte d'appello – alla quale spettava svolgere l'incidente giurisdizionale di *exequatur* e, successivamente, portare a compimento l'atto istruttorio richiesto – all'evidente fine di velocizzare la procedura²¹⁶, investendo con immediatezza l'organo ordinariamente deputato allo svolgimento dell'attività di indagine, anche sul presupposto – come afferma il *Manuale operativo* elaborato dal Ministero della Giustizia²¹⁷ – che il procuratore distrettuale «meglio [può] rilevare connessioni tra le indagini in corso presso le autorità estere di emissione e quelle in corso (o eventualmente da intraprendere) all'interno» del nostro Paese²¹⁸.

²¹³ V. *supra*, cap. I, §§ 3.1 e 4.2.

²¹⁴ Dispone, invero, l'art. 2 § 2 lett. d direttiva che per "autorità di esecuzione" deve intendersi «un'autorità competente a riconoscere un OEI e ad assicurarne l'esecuzione conformemente 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».

²¹⁵ Cfr. art. 4 comma 1 lett. c n. 2 della legge 21 luglio 2016, n. 149.

²¹⁶ Cfr. T. RAFARACI, *Il procedimento passivo di riconoscimento ed esecuzione* (artt. 4-6, 8, 12-14 d.lgs. n. 108/2017), in M.R. MARCHETTI-E. SELVAGGI (a cura di), *Dalle modifiche al Codice di Procedura Penale all'Ordine europeo di indagine*, Cedam, Milano 2019, p. 297.

²¹⁷ Il riferimento è alla Circolare del Ministero di Giustizia del 26 ottobre 2017, «Circolare in tema di attuazione della direttiva 2014/41/UE relativa all'ordine europeo di indagine penale – Manuale operativo», disponibile in *Dir. pen. cont. (web)*, 7 novembre 2017, con commento di E. SELVAGGI, *La circolare del Ministero della Giustizia sul c.d. ordine europeo di indagine*.

²¹⁸ V. p. 14 del suddetto *Manuale operativo*. In ordine al peculiare ruolo che viene così a svolgere il procuratore distrettuale si rinva alle osservazioni svolte *infra*, § 4.1, *sub* nota n. 323.

Nondimeno, l'esigenza di assicurare le garanzie di cui solo l'organo giurisdizionale è portatore ritorna ogniqualvolta l'autorità di emissione o la legge italiana ritengano indispensabile l'intervento del giudice; in questi casi, competente ad eseguire l'ordine è, dunque, il giudice per le indagini preliminari presso il tribunale distrettuale (art. 5 comma 1 d.lgs. n. 108 del 2017)²¹⁹.

Da ultimo, merita soffermarsi su due aspetti che fungono, invece, da argine all'afflato efficientistico di cui è pervaso l'OEI. Ci si riferisce, da un lato, alla previsione di un novero di motivi di rifiuto del riconoscimento o dell'esecuzione dell'ordine²²⁰ e, dall'altro, all'introduzione di un vaglio di proporzionalità.

²¹⁹ In senso critico v. M.R. MARCHETTI, *Cooperazione giudiziaria: innovazioni apportate e occasioni perdute*, cit., 2017, p. 1546 s., la quale osserva che «[i]n realtà per ottenere il risultato che si voleva perseguire – affidare il compimento delle indagini al procuratore della Repubblica che è appunto l'organo di regola deputato a compiere tale attività e che è per ciò stesso il più idoneo – sarebbe stato sufficiente prevedere che la corte d'appello, nel caso di accoglimento della domanda, delegasse il pubblico ministero allorché la richiesta riguardi il compimento di indagini, ovvero il gip quando l'attività da compiere fosse di competenza del giudice eliminando così la possibilità di investire un consigliere delegato della stessa corte. Sarebbe stata una procedura comunque lineare che avrebbe mantenuto la garanzia dell'intervento giurisdizionale nella verifica in ordine all'ammissibilità della rogatoria» e, si aggiunge noi, dell'OEI. «Ora invece la valutazione spetta al procuratore distrettuale il quale, ove accolga la richiesta, provvederà all'esecuzione; tuttavia qualora si renda necessario l'intervento del giudice oppure si tratti di atti da compiersi dinanzi a questo, il procuratore trasmetterà al gip distrettuale per l'attività di sua competenza. Nella prima ipotesi considerata gli atti torneranno poi al procuratore per l'esecuzione. In pratica si tratta degli stessi "passaggi" ma a parti rovesciate, sicché ritenere che quello voluto dal legislatore delegante e delineato dalle norme codicistiche costituisca un sistema più razionale, veloce ed efficiente resta da vedere».

²²⁰ Come è stato efficacemente affermato, tali motivi rappresentano il «nervo scoperto» degli strumenti normativi fondati sulla logica del reciproco riconoscimento (A. MANGIARACINA, *L'acquisizione "europea" della prova cambia volto: l'Italia attua la Direttiva relativa all'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 165); invero, come sottolineato in più occasioni, tale principio vorrebbe il riconoscimento e l'esecuzione tendenzialmente automatica della richiesta di assistenza. Nondimeno, in ragione – ancora – dell'assenza di una preventiva opera di armonizzazione, la direttiva, all'art. 11, in linea con quanto previsto da altri strumenti di collaborazione interstatale enuclea i motivi di non riconoscimento o non esecuzione, configurandoli tutti come facoltativi. Altri sono poi rinvenibili nell'ambito della disciplina dedicata a determinati atti di indagine (art. 22 § 2 lett. a e b, art. 24 § 2 lett. a e b, art. 28 § 1, art. 29 § 3 lett. a e b e art. 30 § 5). Cfr. G. FIORELLI, *I motivi di rifiuto dell'ordine investigativo europeo, quando "fidarsi è bene, ma non fidarsi è meglio"*, in T. BENE-L. LUPÁRIA-L. MARAFIOTI, *L'ordine europeo di indagine. Criticità e prospettive*, cit., p. 84; M. DANIELE, *Ricerca e formazione della prova*, in R.E. KOSTORIS (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, cit., p. 419 s., il quale li divide in cinque categorie: quelli che attengono alla rilevanza penale dei fatti oggetto del procedimento, i quali operano per gli atti coercitivi (art. 11 § 2), quelli che riguardano le situazioni in cui lo Stato di emissione non appare legittimato ad esercitare la propria potestà punitiva (art. 11 § 1 lett. d ed e), quelli che si riferiscono a situazioni di impossibilità oggettiva (art. 11 § 1 lett. a, 10 § 5 e 10 § 1), quello connesso alla sicurezza nazionale (art. 11 § 1 lett. b), nonché quello che, come si vedrà fra breve, poggia sul rispetto dei diritti fondamentali (art. 11 § 1 lett. f).

Quanto alla disciplina di implementazione, occorre segnalare che il d.lgs. n. 108 del 2017, per un verso, non ha recepito tutti i motivi contemplati dalla direttiva (per questo aspetto sia consentito rinviare a G. BORGIA, *Los motivos de denegación del la oei a la luz de la legislación italiana de trasposición: entre el reconocimiento mutuo y las garantías de los sujetos implicados*, in M.I. GONZÁLEZ CANO (diretto da), *Orden europea de investigación y prueba transfronteriza en la Unión Europea*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, p. 692 s.) e, per l'altro, ha reso le clausole di rifiuto obbligatorie (v.

Dal primo punto di vista, non può essere trascurato il significato che assume l'aver previsto, nell'ambito della suddetta serie di cause di rigetto dell'OEI, un'ipotesi *ad hoc* per il caso in cui si prospetti la violazione di “principi giuridici” o “diritti fondamentali” di cui all'art. 6 TUE (artt. 11 § 1 lett. *f* direttiva e 10 comma 1 lett. *e* d.lgs. n. 108 del 2017). Questa clausola, originariamente non contemplata nella proposta di direttiva e introdotta su impulso dell'Agenzia europea per i diritti fondamentali²²¹, se coordinata con il *considerando* n. 19, fa emergere con chiarezza il differente approccio seguito rispetto a quello che aveva portato all'adozione del MAE e che considerava la *confiance mutuelle* un dato acquisito. Afferma, infatti, il *considerando* in parola che «[l]a creazione di uno spazio di libertà, di sicurezza e di giustizia nell'Unione si fonda sulla fiducia reciproca e su una “presunzione” di conformità, da parte di tutti gli Stati membri, al diritto dell'Unione e, in particolare, ai diritti fondamentali. Tuttavia, tale presunzione è relativa» (*sic!*). «Di conseguenza, se sussistono seri motivi per ritenere che l'esecuzione di un atto di indagine richiesto in un OEI comporti la violazione di un diritto fondamentale e che lo Stato di esecuzione venga meno ai suoi obblighi in materia di protezione dei diritti fondamentali riconosciuti nella Carta, l'esecuzione dell'OEI dovrebbe essere rifiutata»²²².

l'art. 10 del d.lgs. n. 108 del 2017 dove si stabilisce «“non si provvede” al riconoscimento e all'esecuzione ove...»). A quest'ultimo riguardo, si è osservato che la soluzione adottata dal legislatore si pone in contrasto con il testo della direttiva, la quale impone che, riscontrata la ricorrenza di un motivo di rifiuto, «la valutazione del diniego spetta soltanto all'autorità» (G. FIORELLI, *I motivi di rifiuto dell'ordine investigativo europeo, quando “fidarsi è bene, ma non fidarsi è meglio”*, p. 84). Per quanto coerente con la necessità – rimarcata anche dalla più recente giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea in tema di mandato d'arresto europeo (il riferimento è a Corte Giust. UE, sent. 29 giugno 2017, C-579/15, *Poplawski*, §§ 20-23) – di evitare che l'attuazione determini un irrigidimento del sistema a scapito dell'efficacia dell'assistenza giudiziaria, questa impostazione non tiene conto delle ragioni di legalità e di uniformità di trattamento che non possono essere trascurate quando vengono in rilievo atti idonei ad incidere sulle garanzie delle persone coinvolte dal e nel compimento dell'atto. Ecco che allora la soluzione fatta propria dal d.lgs. n. 108 del 2017 di riprodurre solo alcuni dei casi di rifiuto previsti dalla direttiva conferendogli, tuttavia, efficacia obbligatoria soddisfa queste esigenze e, per di più, permette di conseguire l'ulteriore risultato di porre l'autorità di emissione di un altro Stato membro nelle condizioni di valutare *ex ante* l'esito della procedura di riconoscimento o esecuzione e, quindi, l'opportunità di emettere un OEI (M.R. MARCHETTI, *Ricerca e acquisizione probatoria all'estero: l'ordine europeo di indagine*, in *Arch. pen. – Supplemento al n. 1 del 2018 – La giustizia penale riformata*, p. 835).

²²¹ V. quanto affermato da tale Agenzia nell'*Opinion on the Draft Directive regarding the European Investigation Order* del 14 aprile 2011, p. 11.

²²² Cfr. A. MANGIARACINA, *Il procedimento di esecuzione dell'OEI e i margini nazionali di rifiuto*, in R.E. KOSTORIS-M. DANIELE (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, Torino, 2018, p. 128 s., la quale rimarca come per ritenere che l'esecuzione dell'atto di indagine richiesto con l'OEI sia incompatibile con gli obblighi dello Stato di esecuzione ai sensi dell'art. 6 TUE «occorrono seri motivi» e «non [...] “prove”».

Quanto al secondo aspetto, per comprendere il valore che assume l'aver previsto un controllo di proporzionalità dell'OEI, è sufficiente considerare, in questa sede, come l'esclusione di siffatta verifica nell'ambito della disciplina del MAE poggiasse sull'idea – figlia anch'essa della logica poc'anzi richiamata – che l'affermazione del principio di proporzionalità non sarebbe stato compatibile con quello del mutuo riconoscimento; invero, mentre il primo impone una sorta di automaticità nell'esecuzione della domanda di assistenza, il secondo presume, per sua natura, un margine di apprezzamento della richiesta, sia nello Stato di emissione che in quello di esecuzione²²³.

In ordine, poi, all'obiettivo di dar vita ad uno strumento onnicomprensivo, il cambio di passo rispetto al MER è evidente; a mente dell'art. 1 della direttiva, così come trasposto nell'art. 2 comma 1 lett. a del d.lgs. n. 108 del 2017, per "OEI" deve intendersi «il provvedimento emesso dalla autorità giudiziaria o dalla autorità amministrativa e convalidato dall'autorità giudiziaria di uno Stato membro dell'Unione europea», per il compimento di qualsiasi «att[o] di indagine o di assunzione probatoria» che abbia «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»²²⁴.

Restano espressamente escluse solo la costituzione di una squadra investigativa comune e le prove acquisite in tale contesto, la cui disciplina di riferimento continua ad essere quella prevista dalla decisione quadro 2002/465/GAI²²⁵, alla quale l'ordinamento italiano ha dato attuazione con il d.lgs. 15 febbraio 2016, n. 34 (art. 3 direttiva)²²⁶.

²²³ In termini sostanzialmente analoghi T. OSTROPOLSKI, *The Principle of Proportionality under the European Arrest Warrant – with an Excursus on Poland*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2014, vol. 5, issue 2, p. 168. V., *amplius infra*, § 5.

²²⁴ Cfr. C.M. PAOLUCCI, *I problemi di diritto transitorio e l'intreccio tra gli strumenti vigenti. Una bussola per gli interpreti*, in M.R. MARCHETTI-E. SELVAGGI (a cura di), *Dalle modifiche al Codice di Procedura Penale all'Ordine europeo di indagine*, cit., p. 225 s., la quale, rispetto alla previsione contenuta nella direttiva, rileva che «nonostante il riferimento ad "atti di indagine", l'esame complessivo delle disposizioni della direttiva rende chiaro che tale nozione non è utilizzata in modo assimilabile a quanto avviene nell'ordinamento italiano e che, in realtà, per quanto la locuzione sia ingannevole, la stessa deve interpretarsi come riferibile all'acquisizione o esecuzione di prove, anche in relazione alle fasi processuali in senso stretto».

²²⁵ L. MARAFIOTI, *Orizzonti investigativi europei, assistenza giudiziaria e mutuo riconoscimento*, cit., p. 21.

²²⁶ Per l'analisi delle disposizioni di tale provvedimento concernenti, in particolare, le modalità di raccolta delle prove e la loro l'utilizzabilità, v. *infra*, cap. III, sez. I, § 2.1. In questa sede ci si limita a riprendere le osservazioni critiche svolte da M.R. MARCHETTI, *Ricerca e acquisizione probatoria all'estero: l'ordine europeo di indagine*, cit., p. 828, la quale sottolinea come la scelta del legislatore eurolunitario di escludere le squadre investigative comuni sia stata dettata dalla supposta necessità «una disciplina complessa» che regoli tale materia; senonché, si è finiti per riproporre, «sebbene in termini

Inoltre, alla stregua di quanto osservato con riguardo alla MAP, nell'ambito della quale determinate attività ricevevano una regolamentazione specifica, nella direttiva e, “per caduta”, nel d.lgs. n. 108 del 2017, si prevedono disposizioni *ad hoc* per quanto concerne il trasferimento temporaneo di persone detenute a fini di indagine, l'audizione mediante video e teleconferenza, l'acquisizione di informazioni bancarie e finanziarie, il compimento di atti di indagine che comportino l'acquisizione di elementi di prova in tempo reale e in modo continuativo, le procedure di infiltrazione, l'intercettazione di comunicazioni e, infine, le misure coercitive reali (Capi IV, V e VI direttiva e Titolo II, Capo II e Titolo III, Capo II d.lgs. n. 108 del 2017); ebbene, è proprio in relazione ad alcune di questa attività – e, segnatamente, a quelle che si rivelano maggiormente afflittive dei diritti dei soggetti interessati nella procedura – che si assiste a un vero e proprio “ritorno alle origini”, nel senso che la *lex loci* prevale sulla *lex fori*.

Sempre a mo' di premessa, non si può fare a meno di rilevare come, nel trasporre l'atto eurounitario, il legislatore nazionale abbia opportunamente distinto due procedure, cosicché l'esame della disciplina non può che dipanarsi secondo un duplice ordine di prospettive. In tal senso, dopo il primo Titolo dedicato alle disposizioni di principio e alle definizioni, ne seguono altri due concernenti, rispettivamente, la «[r]ichiesta dall'estero», dove l'Italia assume la veste di Stato di esecuzione (Titolo II, artt. 4-26) e la «[p]rocedura attiva», rispetto alla quale, viceversa, essa è lo Stato di emissione (Titolo III, artt. 27-45).

Messe a fuoco le “scelte di fondo” che informano il nuovo congegno di acquisizione transnazionale delle prove, prima di proseguire nell'analisi, occorre precisare come l'obiettivo che si intende perseguire non sia quello di condurre una disamina esaustiva di tutte le novità introdotte, quanto piuttosto di soffermarsi su quegli aspetti che, per un verso, si ricollegano alle questioni affrontate nel precedente capitolo e, per l'altro, si riverberano a vario titolo sulla spendibilità della provvista probatoria; tema, questo, che occuperà l'ultima parte della trattazione.

molto più contenuti rispetto a quanto attuato in precedenza, quella parcellizzazione che con l'OEI si era cercato di evitare».

2. L'esecuzione dell'atto (ancora) tra forum e locus regit actum

In questa prospettiva, il primo profilo sul quale concentrare l'attenzione non può che essere quello concernente le regole applicabili al momento esecutivo dell'OEI.

Al riguardo, si è anticipato come la direttiva, all'art. 9 § 2, adotti quella soluzione «ormai consueta»²²⁷, consistente nel prescrivere all'autorità di esecuzione di attenersi «alle formalità e alle procedure espressamente indicate dall'autorità di emissione», «sempre che tali formalità e procedure non siano in contrasto con i principi fondamentali del diritto dello Stato di esecuzione»; e, ciò, non stupisce perché, lo si ripete, si assiste ancora una volta ad una situazione in cui la logica del reciproco riconoscimento tende ad imporsi in assenza di una compiuta opera di armonizzazione preventiva.

2.1. La questione del contrasto con i principi dello Stato di esecuzione nell'ambito della procedura passiva: una possibile soluzione

Il d.lgs. n. 108 del 2017, dal canto suo, per quanto concerne la procedura passiva, non introduce alcuna specificazione, ma si limita a replicare la formula impiegata dalla disposizione eurounitaria, senza peraltro riprodurre l'aggettivo “fondamentali”²²⁸ (artt. 4 comma 2 e 5 comma 3); si potrebbe, dunque, pensare che l'atto di recepimento interno non contribuisca in alcun modo a rimediare all'indeterminatezza della suddetta clausola, dalla cui esegesi dipende, come sottolineato a proposito dell'art. 4 §1 MAP, lo spettro operativo del principio del *forum regit actum*.

²²⁷ L'espressione è di M.R. MARCHETTI, *Ricerca e acquisizione probatoria all'estero: l'ordine europeo di indagine*, cit., p. 833

²²⁸ Quanto al mancato impiego, da parte di tali previsioni, dell'aggettivo “fondamentali”, osserva A. MANGIARACINA, *L'acquisizione “europea” della prova cambia volto: l'Italia attua la Direttiva relativa all'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 163, come tale attributo non possa che ritenersi implicitamente richiamato.

Nel caso, non considerato dal d.lgs., in cui l'autorità di emissione non indichi l'impiego di una specifica modalità di compimento dell'atto istruttorio, dovrà certamente trovare applicazione la disciplina interna, tenuto conto del disposto dell'art. 9 § 1 della direttiva, il quale stabilisce che, ferme le altre condizioni, l'autorità di esecuzione deve assicurare che l'OEI sia eseguito «nello stesso modo e con le stesse modalità con cui procederebbe se l'atto d'indagine fosse disposto da un'autorità dello Stato di esecuzione».

Sennonché, da una lettura sistematica dell'atto di trasposizione è possibile ricavare un'indicazione che consente di meglio definire i contorni della nozione di “principi fondamentali dello Stato di esecuzione”: come è stato infatti osservato, l'art. 1 d.lgs. n. 108 del 2017 fornisce un'importante indice a tal fine, nella misura in cui afferma che, anche nel contesto della cooperazione giudiziaria probatoria, lo Stato italiano deve mantenere fermi i propri “principi costituzionali”²²⁹ «in tema di diritti fondamentali, nonché [...] di diritti di libertà e di giusto processo».

Ecco che la clausola in esame, «nella sua concreta declinazione, dovrebbe essere utilizzata per contribuire ad innalzare il livello delle garanzie processuali per gli

²²⁹ In questi termini M. CAIANIELLO, *L'OEI dalla direttiva al decreto n. 108 del 2017*, in R.E. KOSTORIS-M. DANIELE (a cura di), *L'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 28; *contra* R.E. KOSTORIS, *Processo penale e paradigmi europei*, Giappichelli, Torino, 2018 p. 134 ss. il quale ritiene che la logica del mutuo riconoscimento e del *favor cooperationis* di cui l'OEI esprime, unitamente alla necessità di rispettare il principio di leale collaborazione tra gli Stati membri, nonché gli obblighi che discendono dagli artt. 11 e 117 comma 1 Cost. «dovrebbero indurre ad attribuire al rispetto dei principi della *lex loci* solo il valore di “controlimite” che lo Stato di esecuzione pone rispetto alle prescrizioni della *lex fori*, a tutela di un suo inderogabile spazio di sovranità». In altre parole, «si dovrebbe trattare di una categoria da interpretare in senso restrittivo, in quanto volta a tutelare solo l'intangibilità degli *essentialia* del nostro ordinamento interno», alla cui individuazione si dovrebbe pervenire distinguendo, anzitutto, tra «tutele che riguardano i soggetti coinvolti nell'attività investigativo/probatoria richiesta e tutele che attengono ad aspetti estrinseci, come le garanzie epistemologiche della prova»; invero, mentre queste ultime rappresentano un valore che deve interessare principalmente la *lex fori*, nel cui ambito le prove verranno utilizzate, la *lex loci* deve farsi carico di proteggere le prime, scongiurando che le prescrizioni indicate dallo Stato di emissione, «possano intaccare i fondamentali». L'esempio cui è stato fatto riferimento è quello dell'esame diretto nell'assunzione delle prove dichiarative che, per quanto caratterizzante il nostro sistema processuale, non potrebbe essere imposto nell'esecuzione di un OEI emesso da un Paese che non lo pratichi al suo interno e che richieda, anzi, una diversa modalità esaminatoria per il compimento di quell'atto.

Sennonché, questo approccio non può essere condiviso per un triplice ordine di ragioni.

Anzitutto, come si è sottolineato nell'ambito del § 1, il mutuo riconoscimento non rappresenta l'unica direttrice lungo la quale deve muoversi l'OEI.

Inoltre, il principio di leale cooperazione è passibile anche di una lettura diversa da quella che sembra emergere dalla ricostruzione in esame. In questo senso, vale la pena richiamare le affermazioni di chi sottolinea come tale canone, invece di essere interpretato alla stregua di una clausola che, per far prevalere l'efficacia della collaborazione, consente l'arretramento delle garanzie, dovrebbe obbligare «tanto l'Unione quanto gli Stati Membri a supportarsi reciprocamente nel perseguimento degli obiettivi stabiliti dai Trattati, impegnando pertanto tutte le istituzioni, sia sovranazionali che nazionali, alla ricerca della massima tutela dei diritti fondamentali dei soggetti coinvolti nelle indagini penali, anche e soprattutto di quelle transnazionali» (S. RUGGERI, *Procedimento penale, diritto di difesa e garanzie partecipative nel diritto dell'Unione europea*, in *Dir. pen. cont.-Riv. trim.*, 2015, f. 4, p. 160).

Inoltre, se per un verso, come rileva lo stesso Autore, anche così declinata, la clausola lascia un certo margine di incertezza, non essendo facile stabilire quali garanzie di tipo per così dire “soggettivo” devono essere incluse nell'area degli *essentialia* del nostro ordinamento, per l'altro, l'esempio preso in considerazione dimostra come, ancor prima, la distinzione tra le due tipologie di tutele sia tutt'altro che agevole; non manca, infatti, chi, proprio con riferimento alle ipotesi in cui l'esame testimoniale non è condotto dalle parti, bensì dal giudice rileva che «il coinvolgimento dell'organo giudicante nella formulazione dei quesiti potrebbe seriamente comprometterne l'imparzialità», non essendo «l'atto di interrogare mai [...] pienamente neutrale» (P.P. PAULESU, *Giudice e parti nella “dialettica” dialettica della prova testimoniale*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 189)

individui che [sono] coinvolti» nella procedura. In questo senso, «diritti di libertà (anche morale), caratteri della giurisdizione, contraddittorio e difesa dovrebbero rappresentare parametri inossidabili di esecuzione delle richieste probatorie»²³⁰. In altri termini, dovrebbe invocarsi il conflitto con i principi fondamentali del nostro ordinamento ogniqualvolta le modalità richieste dall'autorità di emissione si ponessero in contrasto con quelle regole del codice di rito che costituiscono «diretta emanazione»²³¹ dei principi di cui agli artt. 2, 3, 13, 14, 15, 24, 27, 111 Cost. L'esempio cui si è fatto riferimento è quello di un OEI emesso per assumere nel nostro Paese una testimonianza in relazione alla quale lo Stato richiedente e, dunque, la *lex fori* non preveda la partecipazione della difesa²³².

Ebbene, prendendo spunto proprio dall'ipotesi considerata, l'idea che si possa dare corso all'OEI solo se risulta «rispetta[to] il nostro ordinamento costituzionale»²³³ sembra trovare conferma nelle disposizioni del d.lgs. n. 108 del 2017 che individuano gli adempimenti cui è tenuto il procuratore distrettuale nel caso in cui l'ordine riguardi atti rispetto ai quali il nostro codice assicura alla difesa il diritto di assistere.

Nello specifico, a venire in rilievo è, anzitutto, l'art. 4 comma 4, il quale prescrive all'organo della pubblica accusa di comunicare il decreto di riconoscimento dell'ordine – adempimento, questo, non solo funzionale, come si vedrà, a consentire l'impugnazione di tale provvedimento²³⁴, bensì, ancor prima, a permettere al difensore di partecipare allo svolgimento dell'attività²³⁵ – anche nei casi in cui le forme e le modalità espressamente indicate dall'autorità di emissione non prevedano alcuna informativa.

Inoltre, l'art. 6 comma 1 prevede che, nel dare comunicazione all'autorità di emissione dell'avvenuta ricezione dell'OEI, il procuratore distrettuale è tenuto a indicare «le modalità di esecuzione» da cui derivi «l'impossibilità di assicurare la riservatezza sui fatti e sul contenuto dell'ordine», come a dire che laddove la disciplina

²³⁰ L'espressione, ripresa anche da A. MANGIARACINA, *Il procedimento di esecuzione dell'OEI e i margini nazionali di rifiuto*, cit., p. 115 s., è di A. SCALFATI, *Note minime su cooperazione investigativa e mutuo riconoscimento*, *Proc. pen. giust.*, 2017, p. 2018

²³¹ C. VALENTINI, *L'acquisizione della prova tra limiti territoriali e cooperazione con autorità straniere*, cit., p. 209

²³² M. CAIANIELLO, *L'OEI dalla direttiva al decreto n. 108 del 2017*, cit., p. 28.

²³³ ID., *ibidem*.

²³⁴ V. *infra*, § 4.1.

²³⁵ Cfr. E. LORENZETTO, *L'assetto delle impugnazioni*, in R.E. KOSTORIS-M. DANIELE (a cura di), *L'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 178 s.

interna prevede la partecipazione della difesa, questa non può essere esclusa in ragione delle richieste dell'autorità di emissione.

Su un piano diverso da quello delle garanzie partecipative, non può essere tralasciato, infine, l'art. 5 comma 1, a mente del quale all'esecuzione dell'atto richiesto deve provvedere il giudice quando la riserva di giurisdizione sia imposta dalla legge italiana; e, questo, indipendentemente dalla circostanza che l'autorità di emissione abbia avanzato una richiesta in tal senso, non abbia fornito alcuna indicazione al riguardo o abbia, viceversa, domandato di incaricare del compimento dell'attività il magistrato requirente²³⁶.

Nondimeno, si è obiettato che questa ricostruzione non metterebbe al riparo da quella giurisprudenza della Corte di Giustizia che, nel lasso di tempo che separa dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, ha, in diverse occasioni, accordato priorità ad uno *standard* più basso rispetto a quello dei singoli ordinamenti quando una diversa soluzione avrebbe rischiato di compromettere l'efficacia della cooperazione²³⁷. Il riferimento corre, nello specifico, a quanto affermato dai giudici di Lussemburgo nell'ormai celebre sentenza *Melloni*²³⁸.

Come noto, la vicenda prese avvio dal *recurso de amparo* proposto dal sig. Melloni contro l'ordinanza emessa dall'*Audiencia Nacional*, la quale aveva autorizzato, sulla base della decisione quadro 2002/584/GAI, così come modificata dalla decisione quadro 2009/299/GAI²³⁹, l'esecuzione del MAE spiccato nei suoi confronti da parte dell'autorità giudiziaria italiana. Investito della questione, il *Tribunal Constitucional* ebbe a rilevare che la consegna avrebbe determinato l'esecuzione di una condanna

²³⁶ Cfr. M. TROGU, sub *Art. 4 d.lg. n. 108/2017*, in A. MARANDOLA (a cura di), *Cooperazione giudiziaria penale*, cit., p. 1026.

²³⁷ R.E. KOSTORIS, *Ordine di investigazione europeo e tutela dei diritti fondamentali*, cit., 1442.

²³⁸ Corte Giust. UE, sent. 26 febbraio 2013, *Melloni*, C-399/11 per la cui analisi si rinvia a C. AMALFITANO, *Mandato d'arresto europeo: reciproco riconoscimento vs diritti fondamentali?*, in *Dir. pen. cont. (web)*, 4 luglio 2013; 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, f. 2, p. 198 ss.; nonché, anche sulla coeva sentenza *Åkeberg Fransson* (Corte Giust. UE, sent. 26 febbraio 2013, C-617/10), che ha espresso la medesima impostazione, S. MANACORDA, *Dalle carte dei diritti a un diritto penale à la carte*, in *Dir. pen. cont. (web)*, 17 maggio 2013.

²³⁹ Il provvedimento era stato introdotto con il preciso intento di «modifica[re] le decisioni quadro 2002/584/GAI, 2005/214/GAI, 2006/783/GAI, 2008/909/GAI e 2008/947/GAI» al fine di «rafforza[re] i diritti processuali delle persone» e di «promuove[re] l'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle decisioni pronunciate in assenza dell'interessato al processo»; cfr. G. DE AMICIS, *All'incrocio tra diritti fondamentali, mandato d'arresto europeo e decisioni contumaciali: la Corte di Giustizia e il "caso Melloni"*, *Dir. pen. cont. (web)*, 7 giugno 2013.

emessa *in absentia* senza la possibilità di ottenere una revisione della stessa, con conseguente violazione indiretta del diritto di difesa e, per suo tramite, della dignità della persona, così come riconosciuti dalla Costituzione spagnola.

Attraverso lo strumento del rinvio pregiudiziale i Giudici costituzionali spagnoli chiesero, dunque, alla Corte di Giustizia di pronunciarsi sulle seguenti questioni: (i) se uno Stato membro potesse subordinare l'esecuzione di un MAE alla circostanza che all'imputato sia data la possibilità di ottenere una revisione della decisione resa *in absentia*, quando il Paese membro di emissione (nella specie, come detto, l'Italia) non assicura in ogni caso tale possibilità e, per tale via, i diritti della difesa e del *fair trial*; (ii) se la decisione quadro 2002/584/GAI che non prevedeva (e non prevede tutt'ora) un motivo di rifiuto così caratterizzato fosse o meno compatibile con gli artt. 47 e 48 CDFUE; (iii) se, tenuto conto di quanto stabilito dall'art. 53 CDFUE, la possibilità di subordinare il MAE alla condizione di cui al primo quesito potesse eventualmente giustificarsi sulla base di una disposizione nazionale di rango costituzionale che fornisce un più alto *standard* di tutela.

Con riguardo al primo quesito, la Corte di Lussemburgo ha affermato che lo Stato richiesto non può subordinare la consegna della persona condannata *in absentia* alla possibilità di revisione della decisione, posto che tale opzione non rientra tra quelle contemplate dall'art. 4-*bis* della decisione quadro, il quale esaurisce le circostanze in grado di ostacolare l'esecuzione del MAE per il caso in cui si sia proceduto *in absentia*²⁴⁰.

²⁴⁰ Tale articolo, introdotto con la richiamata decisione quadro 2009/299/GAI, prevede che «1. L'autorità giudiziaria dell'esecuzione può altresì rifiutare di eseguire il mandato d'arresto europeo emesso ai fini dell'esecuzione di una pena o di una misura di sicurezza privative della libertà se l'interessato non è comparso personalmente al processo terminato con la decisione, salvo che il mandato d'arresto europeo indichi che l'interessato, conformemente agli ulteriori requisiti processuali definiti nel diritto interno dello Stato membro emittente: a) a tempo debito: i) è stato citato personalmente ed è quindi stato informato della data e del luogo fissati per il processo terminato con la decisione o è stato di fatto informato ufficialmente con altri mezzi della data e del luogo fissati per il processo, in modo tale che si è stabilito inequivocabilmente che era al corrente del processo fissato; e ii) è stato informato del fatto che una decisione poteva essere emessa in caso di mancata comparizione in giudizio; o b) essendo al corrente della data fissata, aveva conferito un mandato ad un difensore, nominato dall'interessato o dallo Stato, per patrocinarlo in giudizio, ed è stato in effetti patrocinato in giudizio da tale difensore; o c) dopo aver ricevuto la notifica della decisione ed essere stato espressamente informato del diritto a un nuovo processo o ad un ricorso in appello cui l'interessato ha il diritto di partecipare e che consente di riesaminare il merito della causa, comprese le nuove prove, e può condurre alla riforma della decisione originaria: i) ha dichiarato espressamente di non opporsi alla decisione; o ii) non ha richiesto un nuovo processo o presentato ricorso in appello entro il termine stabilito; o d) non ha ricevuto personalmente la notifica della decisione, ma: i) riceverà personalmente e senza indugio la notifica dopo la consegna e sarà espressamente informato del diritto a un nuovo processo o ad un ricorso in appello cui l'interessato

Quanto al secondo profilo, la Corte ha ritenuto che la disciplina relativa al MAE fosse in linea con gli artt. 47 e 48 CDFUE, dal momento che il diritto a comparire personalmente al processo, pur essendo un elemento essenziale del diritto all'equo processo, così come confermato dalla Corte di Strasburgo, non è assoluto.

Infine, relativamente alla terza questione, i giudici di Lussemburgo hanno asserito che in ragione del principio del primato del diritto dell'Unione, l'evenienza che uno Stato membro invochi disposizioni di diritto interno, anche di rango costituzionale, non può sminuire l'efficacia del diritto dell'Unione in tale Stato. Pertanto, se per un verso «l'art. 53 [...] conferma che, quando un atto di diritto dell'Unione richiede misure nazionali di attuazione, resta consentito alle autorità e ai giudici nazionali applicare gli standard nazionali di tutela dei diritti fondamentali», per l'altro ciò può avvenire soltanto a patto che tale applicazione non comprometta il livello di tutela previsto dalla Carta, come interpretata dalla Corte, né il primato, l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione.

Operando ora un raffronto con la situazione che potrebbe venire a crearsi laddove l'autorità italiana intendesse far prevalere la *lex loci actus* in quanto connotata da un più alto tasso di garanzie per il diritto costituzionalmente tutelato che rileva nel caso di specie, non si può fare a meno di osservare, anzitutto, le differenze intercorrenti tra la clausola di cui all'art. 4-*bis* della decisione quadro 2002/584/UE e quella di cui all'art. 9 § 2 della direttiva: mentre la prima disposizione individua “a monte”, in

ha il diritto di partecipare e che consente di riesaminare il merito della causa, comprese le nuove prove, e può condurre alla riforma della decisione originaria; e ii) sarà informato del termine entro cui deve richiedere un nuovo processo o presentare ricorso in appello, come stabilito nel mandato d'arresto europeo pertinente.

2. Qualora il mandato d'arresto europeo sia emesso ai fini dell'esecuzione di una pena o di una misura di sicurezza privative della libertà alle condizioni di cui al paragrafo 1, lettera d), e l'interessato non sia stato precedentemente informato ufficialmente dell'esistenza di un procedimento penale a suo carico, questi può, una volta informato del contenuto del mandato d'arresto europeo, chiedere che gli sia trasmessa copia della sentenza prima della consegna. Non appena ricevuta informazione della richiesta, l'autorità emittente fornisce all'interessato copia della sentenza per il tramite dell'autorità di esecuzione. La richiesta dell'interessato non ritarda la procedura di consegna né la decisione di eseguire il mandato d'arresto europeo. La sentenza è trasmessa all'interessato a soli fini informativi; la trasmissione non costituisce notificazione ufficiale della sentenza né fa decorrere i termini applicabili per la richiesta di un nuovo processo o per la presentazione di un ricorso in appello.

3. Qualora la persona sia consegnata alle condizioni di cui al paragrafo 1, lettera d), e abbia chiesto un nuovo processo o presentato ricorso in appello, la detenzione della persona in attesa di tale processo o appello è riesaminata, fino alla conclusione del procedimento, conformemente al diritto dello Stato membro di emissione, a intervalli regolari o su richiesta dell'interessato. Il riesame verte in particolare sulla possibilità di sospensione o interruzione della detenzione. Il nuovo processo o l'appello hanno inizio in tempo utile dalla consegna».

maniera dettagliata e tassativa, le circostanze in presenza delle quali l'esecuzione di un MAE può essere rifiutato quando l'imputato non è comparso personalmente al processo, la seconda previsione, come detto, demanda ai singoli legislatori nazionali – e, dunque, “a valle” – l'identificazione delle ipotesi in grado di ostacolare la piena espansione della *lex fori*, senza, per di più, prevedere alcuna restrizione al riguardo, con la conseguenza che non è possibile concepire uno sconfinamento rispetto alla fattispecie contemplata dall'atto di matrice sovranazionale.

Inoltre, non si comprende in quale modo potrebbero risultare pregiudicati il primato, l'unità e l'effettività del diritto eurounitario, ovvero l'efficacia della cooperazione. In effetti, risulta assai difficile pensare che il compimento dell'atto istruttorio ordinato a mezzo dell'OEI con l'osservanza delle maggiori garanzie accordate dalla *lex loci* – nel caso di specie quella italiana – possa avere ripercussioni in termini di minor efficienza della procedura²⁴¹: per riprendere l'esempio svolto in apertura del paragrafo, non si vede, infatti, quale impedimento alla collaborazione verrebbe a configurarsi se, nel dare corso all'OEI, l'autorità giudiziaria italiana garantisse la partecipazione del difensore, se del caso – tenuto conto delle difficoltà che, come si avrà modo di osservare più avanti²⁴², emergono dalla disciplina di attuazione – anche solo di quello nominato d'ufficio.

2.2. “Oneri” dell'autorità di emissione e diritto alla concelebrazione nella procedura attiva

Quanto alla procedura attiva, il d.lgs. n. 108 del 2017 prevede che «l'autorità giudiziaria che ha emesso l'ordine di indagine concorda 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 comma 1). A questo riguardo, si osserva che, come sottolineato nel precedente capitolo²⁴³, se per un verso, l'autorità italiana, in una prospettiva di efficienza della cooperazione (da intendersi anche nell'ottica di ridurre il rischio di errori), dovrebbe indicare “soltanto”

²⁴¹ Cfr. M. CAIANIELLO, *L'OEI dalla direttiva al decreto n. 108 del 2017*, cit., p. 28.

²⁴² V. *infra* § 2.2.

²⁴³ V., *supra*, § cap. I, § 3.1.

le formalità strettamente necessarie in vista della successiva utilizzazione della prova, per l'altro, tale autorità è vincolata, stavolta in una logica di salvaguardia della spendibilità del materiale probatorio, a richiedere il rispetto di "tutte" le formalità in parola. In altri termini, come è stato efficacemente affermato, con l'OEI dovrebbe essere domandata l'osservanza di tutte le condizioni previste a pena di inutilizzabilità dalla *lex fori*: «nulla di più, nulla di meno»²⁴⁴.

È evidente, dunque, che tutto ruota attorno al regime di utilizzabilità applicabile agli atti assunti per il tramite dell'ordine. In questo senso, la formulazione dell'art. 33 comma 1 d.lgs. n. 108 del 2017 sembra fare da *pendant* a quanto disposto dal successivo art. 36 comma 1 lett. *b*, laddove si prevede che l'inserimento dei verbali degli atti diversi da quelli non ripetibili nel fascicolo per il dibattimento – e, dunque, la possibilità che essi vengano utilizzati ai fini della decisione – è subordinato alla condizione che i difensori siano stati posti in grado di assistere al compimento dell'atto ed abbiano potuto esercitare le facoltà loro consentite dal nostro ordinamento²⁴⁵.

Tuttavia, l'evenienza che quest'ultima previsione non esaurisce, come si avrà modo di osservare nel capitolo seguente²⁴⁶, tutte le condizioni di utilizzabilità dell'atto assunto per mezzo dell'OEI fa sì che, in definitiva, di tale atto non sia sempre assicurata la spendibilità. Non è un caso, peraltro, che con riguardo alle rogatorie – la cui disciplina ha costituito il modello di riferimento per il legislatore italiano (anche) per quanto concerne il regime di utilizzabilità degli atti istruttori ottenuti attraverso l'OEI – l'art. 727 comma 7 c.p.p., così come recentemente modificato, preveda, sul versante attivo, che all'autorità dello Stato estero siano indicate le «modalità» e le «forme stabilite dalla legge [italiana] ai fini dell'utilizzabilità degli atti richiesti».

In ordine, poi, alla necessità che il difensore sia stato messo nelle condizioni di prendere parte all'espletamento dell'attività, occorre considerare quanto stabilito in relazione alla concelebrazione dell'OEI.

²⁴⁴ In questi termini M. DANIELE, *L'ordine europeo di indagine penale entra a regime. Prime riflessioni sul d.lgs. n. 108 del 2017*, in *Dir. pen. cont. (web)*, 28 luglio 2017, § 4.

²⁴⁵ Cfr. M.R. MARCHETTI, *Ricerca e acquisizione probatoria all'estero: l'ordine europeo di indagine*, cit., p. 844; nonché la *Relazione illustrativa* allo schema del d.lgs. n. 108 del 2017, p. 20, laddove si afferma che «la norma risponde alle esigenze di tutela dei diritti della difesa nelle ipotesi in cui sia necessario assumere, per es., dichiarazioni da persone residenti o dimoranti all'estero, ovvero altri mezzi di prova; la specificazione appare di sicura utilità anche considerato quanto l'art. 431 c.p.p. stabilisce alla lett. f)».

²⁴⁶ V. *infra*, cap. IV, sez. I, § 2.2 e sez. II, § 1.

Da questo punto di vista, si osserva che l'art. 9 § 4 direttiva, nel regolare tale istituto, fa esclusivo riferimento alle "autorità" degli Stati coinvolti e, secondo la medesima prospettiva, i commi 1 e 2 dell'art. 29 d.lgs. n. 108 del 2017 prevedono rispettivamente, che (solo) il pubblico ministero e il giudice, previo accordo con l'autorità di esecuzione, possono partecipare direttamente al compimento dell'atto, salva la possibilità per l'organo della pubblica accusa di istituire una squadra investigativa comune secondo le regole di cui al d.lgs. n. 34 del 2016, o di avvalersi dell'istituto della delega in favore di uno o più ufficiali di polizia giudiziaria²⁴⁷.

Di qui, l'idea secondo cui, per ottemperare alle condizioni poste dal menzionato art. 36 comma 1 lett. *b* d.lgs. n. 108 del 2017, si dovrebbe ricorrere alla nomina di un difensore nello Stato di esecuzione; come è stato affermato, si tratta, invero, di una soluzione che, per quanto «non proprio soddisfacente», mette al riparo da possibili letture che, facendo leva sull'impossibilità di natura oggettiva, potrebbero condurre ad aggirare il limite posto dalla suddetta disposizione²⁴⁸.

Nondimeno, come osservato a proposito della MAP²⁴⁹, in ragione dell'obbligo previsto dall'art. 9 § 2 direttiva di osservare le formalità e le procedure espressamente indicate dall'autorità di emissione si deve ritenere, viceversa, che l'autorità di esecuzione sia tenuta a consentire la partecipazione del difensore "italiano", salvo il caso in cui si prospetti un contrasto con i principi fondamentali della *lex loci*.

²⁴⁷ Sul fronte passivo, si osserva che, di fronte alla richiesta dell'autorità di emissione di partecipare all'esecuzione, il procuratore distrettuale può, anche in questo caso, promuovere la costituzione di una squadra investigativa comune. Se non percorre questa via, l'organo della pubblica accusa, sentito, se del caso, il giudice per le indagini preliminari quando il compimento dell'atto sia di sua competenza, concorda con l'autorità dello Stato richiedente le modalità della concelebrazione. Cfr. M. TROGU, sub *Art. 8 d.lg. n. 108/2017*, in A. MARANDOLA (a cura di), *Cooperazione giudiziaria penale*, cit. p. 27, il quale, dopo aver rilevato che nessun limite è posto dal d.lgs. alle funzioni che possono essere svolte dall'autorità di emissione, di talché detta autorità può esercitare tutti i poteri che, in un caso interno analogo, svolgerebbe l'organo giudicante o requirente (in questo senso si esprimeva, già prima che intervenisse il d.lgs. n. 108 del 2017, L. MARAFIOTI, *Orizzonti investigativi europei, assistenza giudiziaria e mutuo riconoscimento*, cit., p. 23); afferma che l'esercizio combinato delle funzioni «dà luogo ad un atto complesso che però, nel suo risultato finale, deve essere imputato all'autorità di esecuzione». Ecco che «nel corso della procedura di esecuzione non potranno [...] essere eccepite eventuali cause di incompatibilità, motivi di ricasazione e men che mai ragioni di rimessione del processo che riguardano l'autorità di emissione, né potranno essere eccepite nullità che il nostro codice ricollega ai soggetti pubblici del processo (art. 178, c. 1, lett *a* e *b*)».

²⁴⁸ M.R. MARCHETTI, *Ricerca e acquisizione probatoria all'estero: l'ordine europeo di indagine*, cit., p. 844.

²⁴⁹ V. *supra*, cap. I, § 3.2.

Restando in tema di concelebrazione e riprendendo, dunque, l'art. 9 § 4 direttiva, nella prospettiva evidenziata nel corso del precedente capitolo²⁵⁰, deve essere salutata con favore la previsione di un “dovere” per l'autorità di esecuzione di permettere che quella di emissione prenda parte all'espletamento dell'atto, fatta eccezione che ciò sia contrario ai principi fondamentali del Paese richiesto o ne leda gli interessi essenziali riguardanti la sicurezza nazionale: afferma, infatti, la disposizione in parola che «l'autorità di esecuzione “soddisfa”» la richiesta di partecipare al compimento dell'atto avanzata dall'autorità di emissione.

Tuttavia, è stato osservato che, in ragione della circostanza che la disciplina di attuazione prevede, come accennato, che il pubblico ministero o il giudice devono preventivamente raggiungere un “accordo” al riguardo, quando ad emettere l'ordine sia l'autorità italiana, quella straniera potrebbe opporre un vero e proprio veto²⁵¹.

Senonché, non sembra fuori luogo sostenere che il raggiungimento del suddetto accordo rappresenti, viceversa, lo strumento per evitare che l'autorità di esecuzione invochi il contrasto con i propri principi fondamentali dell'ordinamento o ragioni connesse alla salvaguardia della sicurezza interna senza alcuna interlocuzione, tenuto conto, in particolare, che l'art. 9 § 6 direttiva non prevede un obbligo di consultazione, bensì una mera possibilità²⁵².

Questa impostazione pare, peraltro, trovare conferma, com'è stato rilevato²⁵³, nelle leggi di attuazione adottate da Francia e Regno Unito. L'art. 694-39 del codice di procedura penale francese riconosce, quali unici possibili motivi di rifiuto della richiesta dell'autorità emittente di partecipare all'esecuzione dell'atto, il caso in cui detta partecipazione appaia “*de nature à réduire les droits des parties et le garanties procédurales fondamentales de notre droit ou de nature à nuire à nos intérêts nationaux fondamentaux*”. Analogamente, l'art. 34 delle *Regulations* 2017 n°730 del Regno Unito

²⁵⁰ Cfr. *supra*, cap. I, § 2.

²⁵¹ Cfr., in termini critici, M. DANIELE, *L'ordine europeo di indagine penale entra a regime. Prime riflessioni sul d.lgs. n. 108 del 2017*, cit., § 4; A. MANGIARACINA, *L'acquisizione “europea” della prova cambia volto: l'Italia attua la Direttiva relativa all'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 173; M.R. MARCHETTI, *Ricerca e acquisizione probatoria all'estero: l'ordine europeo di indagine*, cit., p. 834.

²⁵² Per un accenno in questo senso, cfr. S. MARCOLINI, *La procedura attiva*, in M.R. MARCHETTI-E. SELVAGGI (a cura di), *Dalle modifiche al Codice di Procedura Penale all'Ordine europeo di indagine*, cit., p. 335, ad avviso del quale «[l]a vera chiave del successo del nuovo strumento [...] risiederà» – per l'appunto – «nella possibilità di prova “concordata”», anche sotto il profilo della partecipazione attiva dell'autorità di emissione.

²⁵³ V. *Manuale operativo* cit., p. 49.

prevede che la richiesta di concelebrazione dello Stato emittente possa essere rifiutata soltanto quando “*contrary to a fundamental principle of law, or harmful to essential national security interests*”.

3. Condizioni di emissione e lex fori

Recuperando l'ordinaria scansione attraverso cui si dipana l'OEI, è necessario appuntare l'attenzione sulla fase antecedente quella deputata all'esecuzione dell'atto istruttorio.

In particolare, l'art. 6 § 1 direttiva, nel fissare i presupposti per l'emissione dell'ordine, individua due requisiti che devono essere soddisfatti; il primo, sul quale ci si soffermerà più avanti, concerne il principio di proporzionalità (lett. *a*)²⁵⁴, mentre il secondo attiene alla necessità che «l'atto o gli atti di indagine richiesti [...] avrebbero potuto essere emessi alle stesse condizioni in un caso interno analogo» (lett. *b*).

Per riprendere quanto osservato nel precedente capitolo a proposito dell'analogia previsione contenuta nel MER, la disposizione è evidentemente diretta a salvaguardare il principio di legalità processuale dal pericolo che il compimento dell'atto transnazionale si sostanzi in uno stratagemma per addivenire ad un ingiustificato aggiramento della *lex fori*²⁵⁵.

Di qui, le perplessità in ordine alla scelta operata dal legislatore nazionale di non replicare tale previsione con riferimento alla procedura attiva.

Nello specifico, l'art. 27 d.lgs. n. 108 del 2017 – rubricato, appunto, «[e]missione dell'ordine» – pone infatti l'attenzione, da un lato, sulla natura del procedimento nel cui ambito può essere emesso un OEI, venendo in considerazione, oltre a quello “penale”²⁵⁶ – attributo che dovrebbe ricomprendere anche l'accertamento

²⁵⁴ V. *infra*, § 5.

²⁵⁵ In ordine alla possibilità di ritenere operante tale principio anche nell'ambito della cooperazione giudiziaria sulla base dell'art. 49 CDFUE – che, come noto, fa esplicito riferimento ai «Principi della legalità e della proporzionalità dei “reati” e delle “pene”» – così come interpretato dalla Corte di Giustizia v., M. PANZAVOLTA, sub *Art. 49*, in R. MASTROIANNI-O. POLLICINO-S. ALLEGREZZA-F. PAPPALARDO-O. RAZZOLINI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, cit., p. 1009 ss.

²⁵⁶ Come opportunamente affermato dal *Manuale operativo*, cit., p. 42, il riferimento al “procedimento penale” senza ulteriori connotazioni è tale da riferirsi anche alla fase di esecuzione.

della responsabilità amministrativa degli enti²⁵⁷ – anche quello per l'applicazione di una misura di prevenzione patrimoniale²⁵⁸; e, dall'altro, sui legittimati attivi, da individuarsi, questi, nelle autorità giudiziarie operanti all'interno dei singoli procedimenti in cui si manifesti la relativa esigenza probatoria²⁵⁹, ovvero nel pubblico ministero – venendo meno, in questo caso, il criterio distrettuale²⁶⁰ – e nel giudice che procede, nell'ambito delle rispettive attribuzioni²⁶¹ (comma 1).

²⁵⁷ Cfr. A. MANGIARACINA, *L'acquisizione "europea" della prova cambia volto: l'Italia attua la Direttiva relativa all'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 170. Peraltro, anche a voler ritenere diversamente, non può comunque escludersi l'operatività della clausola generale di cui all'art. 696-septies c.p.p., a mente del quale in materia di mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie riguardanti la responsabilità da reato degli enti, nei rapporti con gli Stati membri dell'Unione europea, si osservano le norme del Titolo I-bis – dedicato, come detto, ai principi del mutuo riconoscimento – nonché quelle contenute in altre disposizioni di legge attuative del diritto dell'Unione.

²⁵⁸ A proposito della scelta includere nello spettro operativo del d.lgs. n. 108 del 2017 il solo procedimento di prevenzione patrimoniale, occorre sottolineare come l'ampiezza dell'art. 4 lett. a direttiva – che, nell'individuare le tipologie di procedimenti in relazione ai quali può essere emesso l'ordine, si riferisce a tutte le procedure concernenti la violazione di norme giuridiche, quando la loro decisione può condurre a un procedimento davanti al giudice penale – avrebbe consentito di ricomprendervi anche quello di prevenzione personale (per le critiche rivolte, nel corso dei lavori preparatori, a questa previsione v. M.M. PISANI, *Problemi di prova in materia penale. La proposta di direttiva sull'Ordine Europeo di Indagine*, cit., p. 928). Sennonché, come rileva P. SPAGNOLO, *Il procedimento di emissione dell'OEI*, in R.E. KOSTORIS-M. DANIELE (a cura di), *L'ordine europeo di indagine penale. Il nuovo volto della raccolta transnazionale delle prove nel d.lgs. n. 108 del 2017*, cit., p. 80, la limitazione può ritenersi giustificata in considerazione del fatto che la prevenzione personale è «strettamente collegata alla persona e, quindi, al territorio dove questa si trova»; viceversa, quella patrimoniale richiede «indagini complesse su beni che possono essere dislocati in vari territori e per i quali risulta essenziale la cooperazione internazionale». Va comunque precisato – prosegue l'A. – come l'ordine possa essere emesso esclusivamente «per lo svolgimento di indagini e per l'acquisizione probatoria utili per la decisione, non per l'esecuzione della misura», che dovrà, invece, essere eseguita con l'apposito strumento dell'ordine di confisca (v., al riguardo, E. CALVANESE, *Enforcement of Confiscation Orders*, in R.E. KOSTORIS (a cura di), *Handbook of European Criminal Procedure*, cit., p. 440 ss.; nonché, anche con riferimento ai più recenti sviluppi della materia, A.A. 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. (web)*, 16 gennaio 2019).

²⁵⁹ In termini sostanzialmente analoghi S. MARCOLINI, *La procedura attiva*, cit., p. 316.

²⁶⁰ Per questa sottolineatura v. il citato *Manuale operativo*, p. 42.

²⁶¹ A differenza di quanto si afferma nel *Manuale operativo*, cit., p. 42, il riferimento alle "rispettive attribuzioni" non significa semplicemente che in fase di indagini provvede il pubblico ministero e negli altri casi il giudice; occorrerà, invero, verificare, anche per il caso in cui ci si trovi nel corso delle investigazioni, se la competenza ad adottare l'atto non sia – come nel caso, ad esempio, dell'incidente probatorio – del giudice; cfr. S. MARCOLINI, *La procedura attiva*, cit., p. 316, il quale sottolinea, inoltre, come senza dubbio la formulazione del d.lgs. escluda ogni possibilità di legittimazione attiva all'infuori di un OEI in capo alla polizia giudiziaria (p. 317).

Tra i legittimati all'emissione devono essere inclusi anche il giudice dell'esecuzione, laddove questi debba acquisire documenti o informazioni *ex art.* 666 comma 5 o 667 comma 1 c.p.p., nonché la magistratura di sorveglianza, potendo questa avere la necessità di emettere un OEI per acquisire, ad esempio, i documenti necessari per la valutazione della situazione del detenuto al fine della concessione di una misura alternativa alla detenzione.

Quanto al procedimento per l'applicazione di una misura di prevenzione patrimoniale, l'ordine è emesso, ai fini delle indagini patrimoniali, dal procuratore della Repubblica competente *ex art.* 17 commi 1 e 2 e art. 19 d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159 e, negli altri casi, dal Tribunale ai sensi degli artt. 7

In verità, la carenza che si rinviene nel d.lgs. n. 108 del 2017, più che rispondere ad una precisa opzione legislativa, sembra essere frutto di un vero e proprio *lapsus calami*; nel commentare la previsione di cui al suddetto art. 27, la *Relazione illustrativa* allo schema del d.lgs. n. 108 del 2017 afferma, infatti, che «in sintonia con quanto stabilito dalla direttiva si stabilisce che l'OEI non può essere emesso per atti che non potrebbero essere compiuti in un caso interno analogo» e, ancora, che «l'ordine è emesso per il compimento di un atto o l'assunzione di una prova alle condizioni stabilite dalla legge italiana, così scongiurando ogni pericolo che si vogliano aggirare tramite l'OEI limiti o vincoli posti dal diritto interno»²⁶².

Che si sia trattata di una “dimenticanza” pare potersi ricavare, inoltre, dalla circostanza che, immediatamente prima del passo soprariportato, la suddetta *Relazione* si premura di illustrare le ragioni della mancata «positivizzazione» del principio di proporzione in fase attiva, il quale rappresenta, come accennato, l'altra condizione prevista dall'art. 6 § 1 direttiva²⁶³, mentre non si sofferma sui motivi dell'omessa trasposizione del requisito in esame.

Nondimeno, alla lacuna è possibile rimediare, anzitutto, invocando la diretta applicazione del testo della direttiva che risulta, in questo caso, sufficientemente chiaro e incondizionato nell'imporre il rispetto di tutte le condizioni previste dalla *lex fori* con riferimento all'*an* delle operazioni istruttorie.

Ad analoga conclusione si addiviene, inoltre, osservando come, in assenza di una previsione di segno contrario (che comunque, per quanto rilevato poc'anzi, si porrebbe in contrasto con la fonte eurounitaria), i presupposti di ammissibilità non possono che essere gli unici conosciuti a livello interno e, dunque, quelli stabiliti dal codice di rito²⁶⁴.

e 23 d.lgs. n. 159 del 2011; con particolare riferimento a questo aspetto v. M. TROGU, sub *Art. 27 d.lg. n. 108/2017*, in A. MARANDOLA (a cura di), *Cooperazione giudiziaria penale*, cit., p. 1076.

²⁶² *Relazione illustrativa*, cit., p. 18; sul punto v. S. MONTALDO, *A caccia di... prove. L'ordine europeo di indagine penale tra complesse stratificazioni normative e recepimento nell'ordinamento italiano*, in *Giur. pen. (web)*, 5 novembre 2017, § 4. Auspica che «queste imprecisioni non favoriscano lo sviluppo di prassi devianti», M. DANIELE, *La sfera d'uso delle prove raccolte*, in R.E. KOSTORIS-M. DANIELE (a cura di), *L'ordine europeo di indagine penale. Il nuovo volto della raccolta transnazionale delle prove nel d.lgs. n. 108 del 2017*, cit., p. 184.

²⁶³ *Relazione illustrativa*, cit., p. 18 s.

²⁶⁴ Cfr. M. CAIANIELLO, *L'OEI dalla direttiva al decreto n. 108 del 2017*, in R.E. KOSTORIS-M. DANIELE (a cura di), *L'ordine europeo di indagine penale. Il nuovo volto della raccolta transnazionale delle prove nel d.lgs. n. 108 del 2017*, cit., p. 26, il quale ritiene, tuttavia, che le condizioni poste dal codice di procedura penale non avrebbero comunque potuto trovare una deroga attraverso le disposizioni previste del decreto legislativo. Nello stesso senso v. F. FALATO, *La proporzione innova il tradizionale*

L'importanza di tenere ferma siffatta impostazione risulta chiara laddove si consideri che, quando legittimato ad emettere l'ordine è il pubblico ministero, la necessità di assicurare la segretezza investigativa secondo i dettami dell'art. 329 c.p.p. fa sì che il magistrato requirente provveda *inaudita altera parte*, con la conseguenza che l'insussistenza dei presupposti in parola può essere contestata solo in un momento successivo all'esecuzione dell'atto, vuoi – come si cercherà di dimostrare nel corso dell'ultimo capitolo – riconoscendo alla difesa la possibilità di eccepire l'inutilizzabilità dell'atto compiuto o della prova assunta all'estero in violazione della *lex fori* ai sensi dell'art. 191 c.p.p., vuoi nell'ambito dell'unico mezzo di impugnazione previsto sul fronte della procedura attiva²⁶⁵.

Da quest'ultimo punto di vista, rileva la possibilità – contemplata dall'art. 28 d.lgs. n. 108 del 2017 che recepisce, sul piano nazionale, le previsioni di cui ai §§ 1 e 2 dell'art. 14 direttiva, i quali stabiliscono, rispettivamente, che «[g]li Stati membri assicurano che i mezzi d'impugnazione equivalenti a quelli disponibili in un caso interno analogo siano applicabili agli atti di indagine richiesti nell'OEI» e che «le ragioni di merito dell'emissione dell'OEI possono essere impugnate soltanto mediante un'azione introdotta nello Stato di emissione» (art. 14 § 2)²⁶⁶ – di proporre richiesta di

approccio al tema della prova: luci ed ombre della nuova cultura probatoria promossa dall'ordine europeo di indagine penale, in *Arch. pen. (web)*, 18 gennaio 2018, p. 33, la quale, tuttavia, muove da questo rilievo per affermare che «sarebbe stato superfluo porre il vincolo che “l'OEI può venire disposto solo quando l'atto istruttorio avrebbe potuto essere emesso alle stesse condizioni in un caso interno analogo”»; e, questo, in quanto «la tipicità probatoria, nella struttura del giudizio a cui quell'atto istruttorio è destinato, è connotato di sistema».

²⁶⁵ E. LORENZETTO, *I diritti della difesa nelle dinamiche applicative dell'ordine europeo di indagine penale*, in M.R. MARCHETTI-E. SELVAGGI (a cura di), *Dalle modifiche al Codice di Procedura Penale all'Ordine europeo di indagine*, cit., p. 367.

A proposito dell'importanza di prevedere mezzi di impugnazione attivabili nello Stato di emissione al fine di preservare il principio di legalità processuale si rinvia alle considerazioni svolte *supra*, cap. I, § 4.3.

²⁶⁶ Abbandonando per un attimo la prospettiva del raffronto tra la disciplina sovranazionale e quella interna di trasposizione, non si può fare a meno di osservare come è proprio in relazione all'interpretazione dell'art. 14 direttiva che i giudici di Lussemburgo hanno emesso la loro prima e – quantomeno al momento in cui si scrive – unica pronuncia in tema di OEI. Il riferimento corre a Corte Giust. UE, sent. 24 ottobre 2019, *Gavanozov*, causa C-324/17, in *Guida dir.*, 2019, f. 47, p. 96, con nota di M. CASTELLANETA, *Oei: l'autorità di emissione deve solo indicare il mezzo di impugnazione utilizzato dal destinatario*. In particolare, la decisione trae origine dal rinvio pregiudiziale promosso dal Tribunale speciale per i procedimenti penali bulgaro il quale, apprestandosi ad emettere un OEI per il compimento, in Repubblica Ceca, di atti di perquisizione e sequestro da compiersi su immobili di un soggetto non sottoposto a processo penale, nonché alla audizione di quest'ultimo in qualità di testimone, si interrogava sulla compatibilità con l'art. 14 direttiva della normativa bulgara nella misura in cui essa esclude che tanto le parti del procedimento, quanto i terzi interessati, possano impugnare i provvedimenti concernenti la perquisizione, il sequestro o l'audizione di una fonte dichiarativa; avendo, peraltro, riscontrato difficoltà nella redazione dell'allegato A, sezione J della direttiva, laddove si chiede all'autorità di

riesame ex art. 324 c.p.p. nei confronti dell'ordine avente ad oggetto il sequestro a fini di prova riconosciuta alla persona sottoposta alle indagini, all'imputato, ai rispettivi difensori, alla persona alla quale i beni sono stati sequestrati e a quella che avrebbe diritto alla sua restituzione, per far valere – così si esprime la *Relazione illustrativa* –

emissione dell'ordine di indicare «se è già stato fatto ricorso a mezzi di impugnazione contro l'emissione dell'OEI e, in caso affermativo di fornire ulteriori dettagli».

Così, la Corte di Giustizia è stata investita delle seguenti questioni: 1) se il diritto bulgaro sia o meno compatibile con l'articolo 14 della direttiva, «nella parte in cui esclud[e] l'impugnabilità, né direttamente mediante un rimedio contro le decisioni giudiziarie, né indirettamente mediante separata azione risarcitoria, delle ragioni di merito alla base di un ordine europeo d'indagine, avente ad oggetto la perquisizione in un'abitazione e in locali commerciali, il sequestro di determinati oggetti nonché l'ammissione dell'audizione di testimoni»; 2) «se l'articolo 14, paragrafo 2, della direttiva, riconosca direttamente alle persone interessate il diritto di impugnare la decisione giudiziaria relativa all'ordine europeo d'indagine, sebbene il diritto nazionale non preveda alcun rimedio processuale in tal senso»; 3) «se l'imputato sia, in considerazione dell'articolo 14, paragrafo 2, in combinato disposto con l'articolo 6, paragrafo 1, lettera a) e con l'articolo 1, paragrafo 4, della direttiva, una persona interessata ai sensi dell'articolo 14, paragrafo 4, della direttiva, qualora i provvedimenti di acquisizione di prove siano rivolti nei confronti di un terzo»; 4) «se la persona che abiti o utilizzi i locali, nei quali debbano essere eseguiti la perquisizione e il sequestro, ovvero la persona, che debba essere sentita come testimone, debba essere considerata quale persona interessata ai sensi dell'articolo 14, paragrafo 4, in combinato disposto con il paragrafo 2, della direttiva».

Nondimeno, la Corte, previa riformulazione della questione, si è limitata a statuire che, giusta la formulazione dell'articolo 5 OEI (rubricato «[c]ontenuto e forma dell'OEI»), per l'autorità di emissione non sussiste alcun obbligo di descrivere i «mezzi di ricorso che sono previsti, “se del caso”, nel suo Stato membro avverso [l']ordine» (§ 33), talché «non occorre, nella presente causa, interpretare l'art. 14 [della direttiva] al fine segnatamente di determinare se tale disposizione osti a una normativa nazionale, che non preveda alcun mezzo di impugnazione che consenta di contestare le ragioni di merito alla base dell'emissione di un ordine europeo di indagine avente ad oggetto la perquisizione, il sequestro di determinati oggetti e l'ammissione dell'audizione di testimoni» (§ 37). È evidente, dunque, l'intento dei giudici di Lussemburgo di smarcarsi dall'affrontare il vero profilo problematico sotteso al caso in esame. In effetti, se, per un verso, l'assenza di mezzi di impugnazione dei provvedimenti che dispongono gli atti in questione non sembra porsi in contrasto con l'art. 14 direttiva e, segnatamente, in forza del § 1, dal momento che non si riscontra alcun “mezzo d'impugnazione per un caso interno analogo”; per l'altro, però, è noto come la Bulgaria sia stata più volte condannata dalla Corte EDU per violazione del diritto ad un ricorso giurisdizionale effettivo di cui all'art. 13 CEDU (Corte EDU, sent. 26 luglio 2007, *Peev c. Bulgaria* e Corte EDU, sent. 22 maggio 2008, *Stefanov c. Bulgaria*) proprio in ragione della mancata previsione di un meccanismo che consenta alle persone interessate di ottenere il controllo, da parte di un giudice, della decisione (questa volta interna) che dispone la perquisizione e il sequestro, non avendo tuttavia ancora provveduto a modificare la propria disciplina nazionale. Ecco che, se la Corte si fosse attenuta ai quesiti sollevati dal giudice bulgaro, avrebbe dovuto affermare che, stante il contrasto con l'art. 47 CDFUE (che risulta del tutto sovrapponibile al richiamato art. 13 CEDU), nonché con il più volte menzionato art. 6 TUE (v. *supra*, § 1), all'autorità bulgara è preclusa l'emissione di un OEI per il compimento di atti di sequestro e perquisizione. Il tutto, con evidenti ricadute negative sul piano dell'efficacia della cooperazione giudiziaria; esigenza – quest'ultima – che, stante il comportamento tenuto dai giudici di Lussemburgo, è stata evidentemente ritenuta prevalente persino rispetto a quella di tutelare un diritto fondamentale dell'Unione, quale quello alla tutela giurisdizionale effettiva.

Auspicando che, se investita nuovamente della questione, la Corte operi un *revirement*, ci si limita ad osservare che un rimedio alla situazione venutasi così a creare potrebbe individuarsi, alla stregua di quanto si osserverà a breve a proposito del termine previsto dall'art. 28 d.lgs. n. 108 del 2017, nel riconoscere agli interessati la possibilità di far valere le ragioni di merito dell'emissione dell'ordine nello Stato di esecuzione.

«ogni contestazione circa la sussistenza delle “condizioni legittimanti” l’adozione e il mantenimento della misura»²⁶⁷.

La disposizione deve essere salutata con favore in quanto l’esplicito riferimento all’“ordine” quale provvedimento oggetto della suddetta impugnazione, sgombera il campo dalla possibilità che in questa sede si riproponga il contrasto giurisprudenziale risolto dalle Sezioni Unite della Suprema Corte con la nota sentenza *Monnier*²⁶⁸, le quali avevano statuito che, pur mancando nel sistema rogatorio una previsione del tenore di quella in esame, il meccanismo di cui all’art. 324 c.p.p. dovesse ritenersi comunque utilizzabile in ragione della circostanza che l’emissione di una rogatoria attiva per l’esecuzione di un sequestro probatorio presuppone un provvedimento – per l’appunto – di sequestro, seppur implicito, dell’autorità italiana.

Resta, tuttavia, da capire se il termine per la presentazione dell’istanza di riesame *ex art. 324 comma 1 c.p.p.* – 10 giorni decorrenti dalla di esecuzione del sequestro o dalla diversa data in cui l’interessato ne ha avuto conoscenza²⁶⁹ – sia in grado di salvaguardare l’effettività del diritto all’impugnazione per il caso, prevedibilmente frequente, in cui l’interessato si trovi nello Stato di esecuzione.

²⁶⁷ *Relazione illustrativa*, cit., p. 8 s.

Occorre, poi, rilevare come il comma 2 del menzionato art 28 d.lgs. richiami altresì le disposizioni di cui agli artt. 322-*bis* e 325 c.p.p. A proposito della prima previsione si osserva come essa risulti difficilmente applicabile essendo riferita all’appello cautelare in materia di sequestro preventivo, e non avendo, dunque, nulla a che vedere con il sequestro a fini di prova. Quanto, poi, all’art. 325 c.p.p., *nulla quaestio* con riferimento al comma 1 che stabilisce la ricorribilità per cassazione, per violazione di legge, dell’ordinanza emessa a norma dell’art. 324 c.p.p., mentre con riguardo al comma 2 che prevede il c.d. ricorso “*per saltum*”, osserva E. LORENZETTO, *L’assetto delle impugnazioni*, cit., p. 178 s. che tale disposizione, riferendosi al decreto di sequestro “emesso dal giudice” richiama il sequestro cautelare di cui all’art. 321 c.p.p.; «ed è questo il motivo per cui, nel diritto interno, se ne esclude l’estensione al decreto di sequestro probatorio del pubblico ministero, tenuto conto che l’art. 257 c.p.p. contempla il riesame a norma dell’art. 324 c.p.p. ma non il ricorso immediato in cassazione e neppure il rinvio all’art. 325 comma 2 c.p.p. Nel sistema dell’ordine, tuttavia, l’art. 28 d.lgs. [...] rende applicabile l’art. 325 c.p.p. per intero. Se ne dovrebbe dedurre, allora, la possibilità di proporre anche il ricorso *per saltum*; strumento qui da riferire, peraltro, non tanto al decreto di sequestro probatorio, bensì, più propriamente, all’ordine di indagine avente ad oggetto il sequestro a fini di prova».

²⁶⁸ Cass. Pen., Sez. un., 16 aprile 2003, *Monnier*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 2992, con nota di L. PRIMICERIO, *Riesaminabilità del decreto di sequestro eseguito per rogatoria all’estero*; v, inoltre, E. CALVANESE, *La cooperazione giudiziaria in materia di sequestro*, *ivi*, p. 3894 ss., nonché 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*, *ivi*, p. 3900 ss.

²⁶⁹ A questo riguardo, deve ritenersi valido quanto statuito da Cass. Pen., Sez. I, 15 marzo 1996, Crespi, in *Ced*, n. 204095, secondo la quale allorquando il sequestro sia stato eseguito nell’ambito di una rogatoria internazionale, il termine per proporre il riesame non decorre dal giorno della notifica dell’avviso di deposito della rogatoria medesima, se esso non fa menzione della misura, in quanto tale avviso integra una conoscenza legale degli atti depositati solo alla scadenza del termine di cinque giorni di cui all’art. 366 c.p.p. per esaminarli o estrarne copia, o prima di questa scadenza, al momento dell’esame degli stessi atti.

La risposta verosimilmente negativa potrebbe legittimare la tesi per cui, tenuto conto della seconda parte del menzionato art. 14 § 2 direttiva che fa «salve le garanzie dei diritti fondamentali nello Stato di esecuzione» e del corrispondente motivo di rifiuto contemplato dall' artt. 11 § 1 lett. *f* direttiva (e riprodotto all'art. 10 comma 1 lett. *e* d.lgs. n. 108 del 2017) che, come visto, richiama la violazione dell'art. 6 TUE, in questa ipotesi, all'interessato debba essere riconosciuta la possibilità di far valere le “ragioni di merito dell'emissione dell'OEI” (anche) nel Paese di esecuzione, attraverso la procedura prevista per contestare il riconoscimento o l'esecuzione²⁷⁰.

Seppur auspicabile, data l'attuale configurazione della disciplina, questa lettura non sana il contrasto che sembra sussistere tra gli artt. 28 d.lgs. n. 108 del 2017 e 14 § 4 direttiva; quest'ultima previsione pone, infatti, in capo agli Stati membri l'obbligo non solo di garantire che «i termini per l'impugnazione siano uguali a quelli previsti in casi interni analoghi», condizione, questa, che la normativa di attuazione, attraverso il rinvio alla disposizione interna di cui all'art. 324 c.p.p., certamente rispetta; ma anche di assicurare che tali termini «siano “applicati” in modo da garantire che il diritto a tale impugnazione possa essere esercitato efficacemente dalle persone interessate».

Resta poi sullo sfondo il problema che ricorre inevitabilmente quando a venire in considerazione è – come nell'ipotesi in esame – la *lex fori* e la sua applicazione è rimessa all'autorità dello Stato di esecuzione, ovvero a un magistrato abituato ad operare in un differente contesto normativo, nei confronti del quale non si può certo avanzare la pretesa che abbia la stessa conoscenza e la medesima dimestichezza nell'impiegare regole con le quali viene occasionalmente a contatto nel contesto, appunto, della collaborazione interstatale²⁷¹.

²⁷⁰ Questa è l'impostazione suggerita da M. DANIELE, *L'ordine europeo di indagine penale entra a regime. Prime riflessioni sul d.lgs. n. 108 del 2017*, cit., § 3.3., seppur con riferimento non solo alle possibili difficoltà «logistiche», ma anche alle «spese» che l'interessato potrebbe essere verosimilmente tenuto ad affrontare trovandosi in un altro Paese.

Per l'individuazione dei meccanismi di impugnazione del riconoscimento o dell'esecuzione dell'OEI disciplinati dal d.lgs., nell'ambito dei quali si riconosce espressamente la possibilità di far valere i motivi di rifiuto, compreso quello che richiama la violazione dell'art. 6 TUE, v. *infra*, § 4.1.

Un'ulteriore questione che può essere risolta facendo leva sul testo della direttiva è quella concernente la *disclosure* degli atti del procedimento straniero che deve necessariamente verificarsi in favore dell'interessato al fine di consentirgli di esperire efficacemente l'impugnazione. Come rileva, infatti, ancora M. DANIELE, *ibidem*, tale «diritto, pur non espressamente contemplato, è suscettibile di trovare un appoggio normativo negli obblighi di informazione imposti all'autorità di emissione e di esecuzione dall'art. 14 § 3 [...] affinché le impugnazioni “possono essere utilizzate efficacemente”».

²⁷¹ Per queste sottolineature si rinvia a quanto osservato *supra*, cap. I, § 1 a proposito delle ragioni per così dire “pratiche” che sostenevano la necessità di ricorrere al principio del *locus regit actum*.

Ancora, se, come si è sottolineato, la *ratio essendi* della disposizione di cui all'art. 6 § 1 lett. *b* si indentifica nella tutela del principio di legalità processuale nel Paese di emissione, richiamando le considerazioni svolte in precedenza²⁷², risulta quantomeno ambiguo, per non dire paradossale, che, in definitiva, la salvaguardia del suddetto canone venga rimessa, in questa ipotesi, allo Stato di esecuzione.

Diverso è, invece, il caso in cui l'emissione dell'OEI spetti al giudice, essendo previsto che questi proceda previa consultazione delle parti (art. 27 comma 1 d.lgs. n. 108 del 2017)²⁷³; tanto la difesa quanto il pubblico ministero possono, infatti, fornire il proprio apporto in via preventiva, avendo, così, una *chance* per evitare non solo gli effetti della violazione, ma ancor prima che la violazione stessa si consumi.

A questo riguardo, è appena il caso di sottolineare che se, come risulta evidente, si tratta di una previsione diretta a garantire la partecipazione al procedimento del pubblico ministero e l'intervento e l'assistenza dell'imputato, la sua violazione determinerà una nullità a regime intermedio *ex artt.* 178 lett. *b* e *c* e 180 c.p.p.; sebbene tale precisazione possa apparire superflua, con riferimento alla procedura passiva si avrà modo di rilevare come, nella prassi applicativa, le prime questioni su cui è stata chiamata a pronunciarsi la Suprema Corte di Cassazione abbiano riguardato proprio l'applicabilità, alla disciplina dell'OEI, delle regole processuali interne in tema di invalidità²⁷⁴.

3.1. La controversa questione dei mezzi di ricerca e degli atti di indagine in senso stretto "atipici"

Se, come si è cercato di dimostrare, le condizioni di emissione non possono che coincidere con i presupposti di ammissibilità previsti dal codice di rito per il compimento del medesimo atto all'interno dei confini nazionali, si deve ritenere che sia

²⁷² V., *supra*, cap. I, § 4.3.

²⁷³ Quanto alla necessità di "sentire le parti", osserva S. MARCOLINI, *La procedura attiva*, cit., p. 319, come l'onere in questione non ponga particolari problemi qualora ci si trovi in fase processuale, in quanto esso può essere agevolmente assolto nel corso dell'udienza. Viceversa, più problematico appare per il giudice per le indagini preliminari instaurare il contraddittorio: «non essendo sufficiente allo scopo un contraddittorio meramente cartolare ("sentite le parti"), la strada sembra essere quella dell'applicazione dell'art. 127 c.p.p., con le relative scadenze e tempistiche a cura della cancelleria».

²⁷⁴ V. *infra*, § 4.1.

consentito fare ricorso all'art. 189 c.p.p. al fine di ottenere una prova atipica per il tramite dell'OEI²⁷⁵.

Del resto, il progressivo abbandono del principio del *locus regit actum* consente di superare le perplessità emerse nel contesto dell'assistenza rogatoria, in relazione alla quale si osservava che, in assenza di un'esplicita previsione pattizia, l'autorità di emissione non avrebbe potuto indicare e pretendere il rispetto delle modalità acquisitive, la cui individuazione da parte del giudice deve intervenire, come noto, a seguito di un momento di contraddittorio tra le parti²⁷⁶; contraddittorio che rappresenta il limite di natura procedurale all'ammissione delle prove atipiche, cui se ne aggiungono altri due, di tipo sostanziale, rappresentati, rispettivamente, dall'idoneità del mezzo istruttorio all'accertamento del fatto e dal rispetto della libertà morale della persona eventualmente sottoposta all'acquisizione probatoria²⁷⁷.

Diverso è il caso in cui l'OEI abbia ad oggetto un'attività investigativa o un mezzo di ricerca della prova atipici; al riguardo si è sostenuto che sulla base del combinato disposto degli artt. 27 d.lgs. n. 108 del 2017 e 189 c.p.p. la possibilità di

²⁷⁵ Il riferimento corre, come noto, per utilizzare la dizione dell'art. 189 c.p.p., alle «prove non disciplinate dalla legge», categoria, questa, rigettata dall'orientamento dominante sviluppatosi sotto la passata codificazione (A. SCALFATI-D. SERVI, *Premesse sulla prova penale*, in G. SPANGHER (diretto da), *Trattato di procedura penale*, vol. II-Prove e misure cautelari a cura di A. SCALFATI, t. 1, Utet, Torino, 2009, p. 25), che deve trovare spazio in via residuale (M. NOBILI, *La nuova procedura penale. Lezioni agli studenti*, Clueb, Bologna, 1989, p. 118 s.; ID., sub *Art. 189.*, in M. CHIAVARIO (coord. da), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, cit., p. 397 s.), ovvero quando viene in considerazione «un congegno autonomo che, o possiede una funzione dimostrativa non perseguibile attraverso le prove» tipizzate «o si discosta da queste per modalità esecutive senza le quali, in vista di nuove esigenze, il mezzo tipico non potrebbe essere assunto [...] perché strutturalmente inadeguato» (ancora A. SCALFATI-D. SERVI, *Premesse sulla prova penale*, cit., p. 26); cfr., *amplius*, oltre ai contributi degli Autori poc'anzi menzionati, S. MARCOLINI, voce *Prove atipiche*, in *Enc. dir.*, Annali X, 2017, Giuffrè, Milano p. 695 ss.; F.R. DINACCI, *Le regole generali delle prove*, in G. SPANGHER-A. MARANDOLA-G. GARUTI-L. KALB (diretto da), *Procedura penale. Teoria e pratica del processo*, vol. I-Soggetti. Atti. Prove a cura di G. SPANGHER, Utet, Torino, 2015, p. 774 ss.; P. TONINI, *La prova penale*, IV ed., Cedam, Padova, 2000, p. 93 ss.; T. RAFARCI, *Ricognizione informale dell'imputato e pretesa fungibilità delle forme probatorie*, in *Cass. pen.*, 1998, p. 1741 s., R. ORLANDI, *Atti e informazioni dell'autorità amministrativa nel processo penale. Contributo allo studio delle prove extracostituite*, Giuffrè, Milano 1992, p. 23 s.

²⁷⁶ Cfr. M.R. MARCHETTI, *L'assistenza giudiziaria internazionale*, cit., p. 61; *contra* G. CAPALDO, sub *Art. 727*, cit., p. 794.

²⁷⁷ La distinzione fra le due categorie di requisiti è ripresa da C. CONTI, sub *Art. 189 c.p.p.*, in A. GIARDA-G. SPANGHER (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, Wolters Kluwer, Milano, 2017, p. 1883, la quale a sua volta richiama G.F. RICCI, *Le prove atipiche*, Giuffrè, Milano, 1999, p. 535.

Per riprendere quanto osservato *supra sub nota n. 275*, il «procedimento “preliminare” in vista del quale i protagonisti dibattono sull'an, sui limiti e sul *quomodo* dell'assunzione» stabilito dall'art. 189 c.p.p. «funge da punto di riferimento per stabilire i modi e i limiti del nuovo apporto in funzione giudiziaria» (così A. SCALFATI-D. SERVI, *Premesse sulla prova penale*, cit., rispettivamente, p. 28 e 27); il tutto per evitare «“scorciatoie probatorie” irrispettose del relativo principio di legalità» (F.R. DINACCI, *Le regole generali delle prove*, p. 776).

ricorrere a mezzi di ricerca della prova atipici – ma il discorso vale *a fortiori* per gli atti di indagine in senso stretto – sarebbe preclusa «non potendosi realizzare nella fase investigativa un “accordo” sulle modalità acquisitive né potendo, queste, essere dettate dal giudice»²⁷⁸.

Sennonché, non si può fare a meno di rilevare come l'evenienza che il mezzo di ricerca della prova o l'attività di indagine atipici siano richiesti mediante l'ordine, nulla aggiunga rispetto alla situazione in cui l'atto deve essere svolto a livello nazionale.

Ecco che la questione della possibilità di ricorrere a mezzi di ricerca della prova o ad atti investigativi atipici nel contesto dell'OEI coincide con quella che si è prospettata con riferimento alla plausibilità di invocare l'art. 189 c.p.p. per il compimento delle medesime attività sul territorio dello Stato; di qui, l'irragionevolezza di una lettura che finirebbe per imporre un regime di ammissibilità diversificato sulla base della sola necessità di operare *ultra fines*.

In definitiva, se si ritiene che, con riferimento ai procedimenti nazionali, l'art. 189 c.p.p. rappresenti solo «un utile punto di riferimento quanto ai parametri *sull'impiego processuale* di elementi acquisiti tramite mezzi di ricerca (o investigazioni in senso stretto) del tutto inesplorati o, comunque, portatori di tratti inediti rispetto ai modelli» legali²⁷⁹, ad analoga conclusione deve pervenirsi con riferimento all'OEI. Che

²⁷⁸ F. FALATO, *La proporzione innova il tradizionale approccio al tema della prova: luci ed ombre della nuova cultura probatoria promossa dall'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 33. Sulla difficoltà di immaginare l'operatività dell'art. 189 c.p.p. con riferimento ai mezzi di ricerca della prova in quanto caratterizzati dall'atteggiarsi a prove precostituite e, dunque, non essendo possibile rispettare la regola che impone di sentire le parti sulle modalità di assunzione v. ampiamente N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, Cedam, Padova, 1992, p. 213 s.

²⁷⁹ A. SCALFATI-D. SERVI, *Premesse sulla prova penale*, cit., p. 32 s., il quale muove dal considerare che «in assenza di una statuizione esplicita» non è possibile «ricavare il divieto di ricorrere a mezzi investigativi non disciplinati o che richiedono modalità esecutive non contemplate»; con particolare riferimento, poi, «alle attività propriamente investigative» – proseguono gli Autori – «c'è ancora meno bisogno di scomodare le previsioni sulla prova atipica, considerando che l'elasticità della disciplina consente ampi margini di manovra». Ecco che, l'attivazione del contraddittorio «sulle questioni che attengono all'impiego processuale dei dati acquisiti» è funzionale a risolvere il «vero problema» che «è quello di stabilire, di volta in volta, se le attività investigativo-probatorie [...] aggirino modalità di acquisizione rigidamente contemplate dal legislatore o, addirittura, vulnerino limiti imposti dalle norme costituzionali». Sottolinea A. CAMON, *Le riprese visive come mezzo di indagine: spunti per una riflessione sulle prove «incostituzionali»*, in *Cass. pen.*, 1999, p. 1195, come, in siffatte evenienze, il contraddittorio differito «non potr[à] evidentemente servire da ausilio al giudice, per guidarlo nel fissare le regole di un procedimento d'assunzione... già esaurito», ma assumerà, piuttosto, «il senso di una valutazione ed eventualmente di una critica» del *modus operandi*. A proposito della necessità di osservare le previsioni costituzionali osserva S. MARCOLINI, voce *Prove atipiche*, cit., p. 705 come a venire in considerazione non siano solo le libertà tradizionali, come quella personale, quella domiciliare e quella di corrispondenza, per cui la «Carta fondamentale impone al Parlamento di individuare preventivamente

poi questa impostazione, nella prassi giurisprudenziale, si sia rivelata un vero e proprio «boomerang» «per le garanzie difensive»²⁸⁰ è una questione che nulla ha a che vedere con il regime applicabile all'atto che si intende richiedere per mezzo dell'ordine che, lo si ribadisce, deve coincidere con quello previsto in un caso interno analogo.

3.2. Gli ulteriori (?) requisiti in caso di OEI emesso su richiesta della difesa

Nel considerare le condizioni di emissione dell'ordine occorre, infine, soffermarsi sull'ipotesi in cui l'attivazione della procedura sia sollecitata dalla difesa.

In via preliminare, non si può fare a meno di evidenziare che è la stessa direttiva, all'art. 1 § 3, a preoccuparsi di accordare alla persona sottoposta alle indagini, all'imputato e ai rispettivi difensori, «nel quadro dei diritti della difesa applicabili conformemente al diritto e alla procedura nazionale», il potere di richiedere l'emissione dell'OEI²⁸¹.

Risulta, dunque, in modo chiaro, per un verso, l'intento di riconoscere alla difesa una specifica prerogativa in tal senso e, per l'altro, la volontà di escludere che la

“casi” e “modi” di intrusione (artt. 14-15 Cost.), ma anche il diritto alla riservatezza della vita privata e familiare».

Sul tema v., inoltre, L. FILIPPI, *L'home watching: documento, prova atipica o prova incostituzionale?*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 92, nonché F. CAPRIOLI, *Riprese visive nel domicilio e intercettazioni “per immagini”*, in *Giur. cost.*, 2002, p. 2188.

²⁸⁰ Così S. MARCOLINI, voce *Prove atipiche*, cit., p. 703, il quale prende opportunamente in considerazione, quale decisione «emblematica, per la materia oggetto del caso, per l'autorevolezza della fonte e per l'eco avuta nella giurisprudenza successiva» la sentenza dalle Sezioni unite nella vicenda *Prisco* (Cass. Pen., Sez. un., 28 marzo 2006, *Prisco*, in *Ced.*, n. 234267, n. 234268, n. 234269 e n. 234270), e al quale si rinvia per l'analisi delle successive prese di posizione della Suprema Corte.

²⁸¹ A questo riguardo si osserva come nella proposta originaria non figurasse alcun riferimento a siffatta prerogativa (cfr. A. MANGIARACINA, *A New and Controversial Scenario in the Gathering of Evidence at the European Level: The Proposal for a Directive on the European Investigation Order*, cit., p. 123).

Se, per un verso, la versione definitiva fa, dunque, registrare un passo in avanti dal punto di vista della tutela del diritto di difesa accogliendo le critiche mosse dalla dottrina che, seppur con riguardo ad altri strumenti, aveva sottolineato le problematiche connesse all'esclusione della difesa dall'accesso agli strumenti di assistenza giudiziaria (v., *ex multis*, F. SIRACUSANO, *procedure di cooperazione giudiziaria e garanzie difensive: lungo la strada, a piccoli passi*, in *Arch. pen. (web)*, 2016, f. 3, p. 1; F. RUGGERI, *Diritti della difesa e tutela della vittima nello spazio giudiziario europeo*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 4331); per l'altro, fa sorgere non poche perplessità con riferimento al mancato riconoscimento di un analogo *ius postulandi* in capo alla persona offesa e alle altre parti private (cfr. M.R. MARCHETTI, *Ricerca e acquisizione probatoria all'estero: l'ordine europeo di indagine*, cit., p. 824, la quale osserva che, comunque, i legislatori nazionali avrebbero potuto fornire la possibilità di richiedere l'ordine anche alle altre persone coinvolte nel procedimento senza realizzare una violazione della previsione sovranazionale).

richiesta possa essere rivolta direttamente all'autorità giudiziaria di un altro Stato membro²⁸².

Dal primo punto di vista, si osserva come l'art. 31 comma 1 d.lgs. n. 108 del 2017, il quale traduce, sul piano interno, la suddetta previsione, nella misura in cui dispone che il (solo) difensore dell'indagato, dell'imputato e del sottoposto a misura di prevenzione è legittimato ad attivarsi per ottenere l'emissione di un OEI²⁸³ rivolgendo la propria richiesta all'autorità giudiziaria nazionale (pubblico ministero o giudice, a seconda di chi, fra i due, sia competente a disporre l'atto in un caso interno analogo), faccia da *pendant* a quella giurisprudenza che, nel precedente sistema rogatoriole, era intervenuta a colmare la lacuna dell'art. 727 c.p.p.; previsione, questa, che indicava come unici soggetti legittimati il giudice e il pubblico ministero²⁸⁴ e che, anche a seguito

²⁸²A sostegno di questa seconda affermazione, mette conto rilevare come l'art. 2 direttiva, nel delineare i vari soggetti competenti all'emissione, impieghi sempre il termine "autorità". Da questo punto di vista, afferma F. FALATO, *La proporzione innova il tradizionale approccio al tema della prova: luci ed ombre della nuova cultura probatoria promossa dall'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 37, il legislatore «quando ha previsto in capo alla difesa un potere di richiesta, piuttosto che un potere dispositivo rispetto all'OEI, ha disatteso la necessità che la regola interna fosse parametrata nell'ambito dei "diritti della difesa applicabili conformemente al diritto e alla procedura nazionale", generando, in tal modo, una norma in parte costituzionalmente illegittima». Per rispettare la Carta costituzionale sarebbe stato dunque opportuno prevedere in capo al difensore «un potere autonomo di trasmissione dell'OEI all'autorità giudiziaria del Paese membro per l'esecuzione dell'atto di indagine, del tutto analogo a quello riconosciuto al pubblico ministero» (p. 43).

In ordine alla possibilità di riconoscere comunque uno spazio operativo autonomo al difensore si rinvia a quanto si osserverà *infra*, cap. II, sez. II, § 3.

²⁸³Risulta evidente che la scelta operata dal d.lgs. di attribuire lo *ius postulandi* al solo difensore esclude che questa prerogativa spetti anche al diretto interessato, anche perché, come rileva M. CAIANIELLO, *L'OEI dalla direttiva al decreto n. 108 del 2017*, cit., p. 34, ove il legislatore nazionale abbia inteso coinvolgerlo, ne ha fatto esplicita menzione.

Quanto, poi, all'esclusione della persona offesa tra i legittimati a sollecitare l'ordine, lo stesso A. rileva un parallelismo con l'incidente probatorio «potendo l'OEI essere visto anche come procedimento incidentale che ha luogo fuori dal territorio del Paese»; ecco che, così come l'art. 392 c.p.p. attribuisce il potere di richiedere la prova anticipata solo al pubblico ministero o alla difesa, così si è scelto di fare anche con l'ordine.

Peraltro, prosegue l'A., si tratta di una soluzione in linea con la direttiva 2012/29/UE relativa alla tutela delle vittime, la quale, per un verso, richiede di favorire al meglio la partecipazione della vittima al procedimento, per l'altro, però, lascia piena autonomia al legislatore nazionale quanto alle modalità (p. 35); *contra* F.M. GRIFANTINI, *Ordine europeo di indagine penale e investigazioni difensive*, in *Proc. pen. giust.*, 2016, f. 6, p. 6. Sui contenuti della suddetta direttiva, nonché sulla relativa disciplina nazionale di trasposizione v. L. LAURICELLA, *Nuove prospettive per le vittime di reato nel processo penale italiano*, in G. DE FRANCESCO-E. MARZADURI (a cura di), *Il reato lungo gli impervi sentieri del processo*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 177 ss.

²⁸⁴Il riferimento corre a Cass. Pen., Sez. I, 29 maggio 2007, n. 23967, Kaneva, in *Cass. pen.*, 2008, p. 4707 con nota di F. ALBANO, *Sui limiti territoriali delle indagini difensive: note a margine di una discutibile pronuncia*; v., inoltre, E. SELVAGGI, *Noi e gli altri: appunti in tema di atti processuali all'estero*, *ivi*, 2009, p. 2054 ss.

della riforma introdotta con il d.lgs. n. 149 del 2017, non contempla una specifica prerogativa in tal senso in capo al difensore²⁸⁵.

Quanto al secondo aspetto, mette conto evidenziare come l'aver previsto la necessaria "mediazione" da parte dell'autorità giudiziaria si ripercuota inevitabilmente sulla parità delle armi tra accusa e difesa: la "canalizzazione" dell'istanza sul pubblico ministero determina, infatti, l'immediata *discovery*, in suo favore, della strategia difensiva.

Con riferimento, poi, all'espressione che richiama il "quadro dei diritti della difesa applicabili conformemente al diritto e alla procedura nazionale", nelle more dell'approvazione del d.lgs. n. 108 del 2017, ne sono state prospettate due letture in vista del recepimento²⁸⁶: la prima, più riduttiva, attribuiva all'autorità investita dell'istanza difensiva il solo dovere di rispondere con un provvedimento motivato; la seconda, più ampia, assimilava la richiesta del difensore ad un atto per così dire «quasi recettizio», alla stregua di quanto previsto in materia di indagini difensive dai commi 10 e 11 dell'art. 391-*bis* c.p.p.²⁸⁷. Se non v'è dubbio che solo quest'ultima impostazione avrebbe consentito la più ampia attuazione del diritto alla prova, nonché di avvicinare

²⁸⁵ Scomparso ogni riferimento ai legittimati, l'articolo *de quo*, fa tuttavia riferimento, quali soggetti incaricati della trasmissione della rogatoria, solo al Ministro e all'"autorità giudiziaria".

²⁸⁶ Per la lettura che sulla base di tale espressione ritiene l'art. 31 d.lgs. n. 108 del 2017 incostituzionale v. *supra*, *sub* nota n. 282.

²⁸⁷ 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, f. 3, p. 7. Quanto alle disposizioni richiamate, il riferimento è, come noto, alla possibilità che il difensore, di fronte all'esercizio della facoltà di non rispondere o del diritto di non rendere la dichiarazione di cui all'art. 391-*bis* comma 3 lett. *d*, rispettivamente, si rivolga al pubblico ministero affinché disponga l'audizione della fonte dichiarativa o chieda che al compimento della medesima attività si proceda con incidente probatorio.

Anticipando quanto si dirà tra breve a proposito della natura della valutazione che il pubblico ministero è chiamato ad effettuare quando sia investito, da parte della difesa, della richiesta di emissione di un OEI, non si può fare a meno di segnalare come in dottrina si è sostenuto che la disposizione dell'audizione da parte dell'organo della pubblica accusa sia qualificabile alla stregua di un atto doveroso, senza che il magistrato possa valutare la rilevanza dell'attività richiesta (in questo senso cfr. N. TRIGGIANI, *Le investigazioni difensive*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 319, nonché R. BRICHETTI, *Legali al battesimo delle regole di documentazione*, in *Guida dir.*, 2001, f. 1, p. 46; v., inoltre, F. CORDERO, *Procedura penale*, VII ed., Giuffrè, Milano, 2003, p. 897, il quale mette in guardia dalle possibili strumentalizzazioni dilatorie cui tale interpretazione potrebbe prestarsi mediante la proposizione di innumerevoli richieste di audizione sapientemente dislocate nel tempo). Viceversa, la Suprema Corte ha stabilito che la richiesta difensiva non può limitarsi a rappresentare l'avvenuta regolarità della convocazione e l'esercizio da parte della persona convocata di valersi della facoltà di non rispondere o di non deporre (*id est* la sussistenza delle condizioni di ammissibilità giuridica in senso stretto), poiché l'art. 391-*bis* comma 10 c.p.p. individua come presupposto che la persona da sentire sia in grado di riferire circostanze utili ai fini dell'attività investigativa. Ne discende l'obbligo, per il difensore, di «indicare al p.m. le circostanze in relazione alle quali vuole che la persona sia sentita e le ragioni per le quali ritiene che esse siano utili ai fini delle indagini» (Cass. Pen., Sez. II, 6 dicembre 2006, O.M., in *Guida dir.*, 2007, f. 14, p. 65).

le prerogative difensive a quelle dell'organo della pubblica accusa²⁸⁸, la scelta operata dal legislatore nazionale di adottare la prima soluzione si rivela tutt'altro che condivisibile. In questo senso, i commi 3 e 4 del menzionato art. 31 d.lgs. n. 108 del 2017 stabiliscono, rispettivamente, che «se rigetta la richiesta il pubblico ministero emette decreto motivato», salva l'applicabilità, nel caso in cui l'istanza abbia ad oggetto un provvedimento di sequestro, della procedura prevista dall'art. 368 c.p.p.; e che «il giudice provvede con ordinanza, dopo aver sentito le parti».

In proposito si è sostenuto che la previsione ha comunque realizzato un miglioramento rispetto alla disciplina delle rogatorie, dal momento che l'obbligo di motivare il diniego consentirebbe, comunque, «di far valere», nel corso del procedimento, «l'eventuale mancanza di giustificazione del rifiuto»²⁸⁹; resta tuttavia da capire come, dal momento che, stante il principio di tassatività delle impugnazioni, il decreto del pubblico ministero non è suscettibile di controllo²⁹⁰.

Le criticità aumentano laddove si consideri, poi, che ai sensi del comma 2 del richiamato art. 31 d.lgs. n. 108 del 2017 il difensore è tenuto a indicare, a pena di inammissibilità, oltre, ovviamente, all'atto di cui chiede l'esecuzione, anche «i motivi che ne giustificano il compimento o l'assunzione»; un inciso, questo, che sembra

²⁸⁸ ID., *ibidem*; nello stesso senso cfr. R. PICCIRILLO, *I profili funzionali e strutturali dell'Ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 60.

²⁸⁹ F. SPIEZIA, *L'ordine di indagine europeo. Domande e risposte a cura del Desk italiano di Eurojust*, in *Dir. pen. cont. (web)*, 28 settembre 2017, p. 6; nello stesso senso cfr. E. SELVAGGI, *L'ordine europeo di indagine penale - EIO: come funziona*, in *Cass. pen.*, 2019, p. 49.

²⁹⁰ Cfr. A. MANGIARACINA, *L'acquisizione "europea" della prova cambia volto: l'Italia attua la Direttiva relativa all'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 172, la quale rileva opportunamente come, non essendo il decreto impugnabile, la garanzia della motivazione si risolve in una mera apparenza.

Per quanto concerne, poi, il provvedimento emesso dal giudice, che, come visto, assume la forma dell'ordinanza, osserva E. LORENZETTO, *I diritti della difesa nelle dinamiche applicative dell'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 374, che in difetto di precisi riferimenti, va escluso l'obbligo di procedere in camera di consiglio ex art. 127 c.p.p., di talché la suddetta ordinanza non è ricorribile per cassazione, «restando inoppugnabile in virtù del principio di tassatività delle impugnazioni». Quest'ultima affermazione non convince, in quanto non si rinvencono ragioni per escludere l'applicabilità dell'art. 586 c.p.p., e dunque, che l'ordinanza possa essere impugnata congiuntamente alla sentenza, sempre che – è ovvio – ricorrano i presupposti stabiliti dal suddetto articolo (cfr. P. SPAGNOLO, *Il procedimento di emissione dell'OEI*, cit., p. 90).

Con riferimento, infine, alla richiamata procedura prevista dall'art. 368 c.p.p. – giusta la quale se l'organo della pubblica accusa ritiene che la domanda debba essere rifiutata, deve trasmetterla, unitamente al proprio parere, al giudice per le indagini preliminari – sottolinea opportunamente G. BARROCU, *La cooperazione investigativa in ambito europeo. Da Eurojust all'ordine di indagine*, Cedam, Milano, 2017, p. 286, che, data la possibilità prevista per questa ipotesi di investire della questione l'organo giurisdizionale, in una prospettiva maggiormente rispettosa delle prerogative difensive, tale istituto avrebbe dovuto rappresentare il modello di riferimento anche per gli ordini diversi da quelli di sequestro.

trovare una ragion d'essere solo con riferimento all'ipotesi in cui dell'istanza sia investito il giudice che, date le sue attribuzioni, sarà destinatario di richieste probatorie in senso stretto, dovendo, dunque, verificare per il caso in cui ci si trovi, ad esempio, in dibattimento, non solo che la prova non sia vietata dalla legge, ma anche che essa non risulti manifestamente superflua o irrilevante *ex artt.* 190 e 495 c.p.p.²⁹¹.

Al contrario, quando la domanda sia rivolta all'organo della pubblica accusa, il vaglio dovrebbe limitarsi ai soli requisiti di "ammissibilità giuridica in senso stretto" dell'attività (in questo caso investigativa), alla stregua di quanto richiesto laddove ad emettere l'OEI sia egli stesso di propria iniziativa; e, però, l'aver previsto l'operatività della suddetta disposizione anche in questa evenienza, potrebbe, nella prassi, indurre a ritenere esistente in capo al pubblico ministero un potere-dovere di valutazione più esteso, che arrivi ad abbracciare, nello specifico, anche i profili di rilevanza e opportunità della misura²⁹². Si assisterebbe, così, alla configurazione di un criterio speciale di ammissione probatoria valevole per il solo caso in cui l'attività di indagine sia richiesta dal difensore, con evidenti ricadute negative dal punto di vista della parità delle armi. Non solo: la necessità di motivare in ordine alla sussistenza di questi ulteriori requisiti verrebbe ad aggravare l'onere che, come sottolineato, già incombe sulla difesa di rivelare in anticipo la propria strategia. Senza contare, poi, che, in ragione della fase che viene in considerazione, ovvero quella investigativa, il referente del controllo relativo alla rilevanza e opportunità della misura non potrebbe che essere quell'addebito che proprio durante le indagini consta di una formazione progressiva²⁹³, essendo, dunque, tutt'altro che stabile.

²⁹¹ Cfr., seppur con riferimento alla disciplina delle rogatorie, G. DARAIO, *Le rogatorie internazionali*, in G. SPANGHER (diretto da), *Trattato di procedura penale*, vol. VI-Esecuzione e rapporti con autorità giurisdizionali straniere a cura di L. KALB, cit., p. 665.

²⁹² Cfr. C. VALENTINI, *L'acquisizione della prova tra limiti territoriali e cooperazione con autorità straniere*, cit., p. 34, la quale, prima che la sentenza *Kaneva* (Cass. Pen., Sez. I, 29 maggio 2007, n. 23967, *Kaneva*, cit.) riconoscesse al difensore dell'indagato o imputato la possibilità di richiedere l'emissione di una commissione rogatoria, al fine di configurare tale diritto proponeva di fare ricorso all'art. 121 c.p.p., con la precisazione che, laddove l'istanza avesse riguardato il compimento di un atto investigativo, il giudice si sarebbe dovuto limitare, per l'appunto, ad una mera valutazione dei requisiti di ammissibilità giuridica in senso stretto.

Per quanto concerne l'analoga questione sorta con riferimento all'art. 391-*bis* comma 10 c.p.p. e la relativa presa di posizione da parte della Corte di Cassazione v., *supra*, *sub* nota n. 287.

²⁹³ Cfr., *ex multis*, O. DOMINIONI, voce *Imputazione*, in *Enc. Dir.*, vol. XX, Giuffrè, Milano, 1970, p. 820; F. RUGGIERI, *La giurisdizione di garanzia nelle indagini preliminari*, Giuffrè, Milano, 1996, p. 47 e, più di recente, A. MARANDOLA, *Indagini preliminari: qualificazione giuridica del fatto e (pre)imputazione*, in *ilPenalista (web)*, 4 luglio 2016, § 1.

In definitiva, sulla base della localizzazione dell'elemento da acquisire si avrebbe una limitazione del diritto alla prova che, viceversa, «non dovrebbe trovare ostacoli di spazio o di territorio»²⁹⁴.

4. Presupposti di esecuzione e *lex loci*

Diretto, evidentemente, a salvaguardare il principio di legalità processuale in relazione, però, non già all'ordinamento di emissione, bensì a quello di esecuzione, è anche l'art. 10 direttiva a mente del quale, ricevuto l'ordine, l'autorità di esecuzione è chiamata a verificare che l'atto richiesto sia «previsto dallo Stato di esecuzione» e «disponibile in un caso interno analogo» (§ 1 lett., rispettivamente, *a* e *b*), oltre che proporzionato²⁹⁵; in questo senso, si è parlato di un «doppio controllo di legalità»²⁹⁶ sui requisiti di ammissibilità dell'attività richiesta per il tramite dell'OEI da condursi, l'uno, come visto poc'anzi, nel Paese di emissione sulla base della *lex fori*, l'altro, nello Stato di esecuzione con riferimento alla *lex loci actus*.

Quanto all'evenienza in cui l'atto richiesto non soddisfi le suddette condizioni, la direttiva stabilisce, anzitutto, l'obbligo per l'autorità di esecuzione di adottare, previa consultazione con l'autorità di emissione, «un atto di indagine alternativo» idoneo a conseguire lo stesso risultato (art. 10 § 1 prima parte)²⁹⁷. Esasperato senza successo questo tentativo di conservare gli effetti dell'ordine²⁹⁸, si prevede, per così dire “a chiusura”, un motivo di rifiuto *ad hoc*, essendo l'autorità di esecuzione tenuta ad informare quella di emissione «che non è stato possibile fornire l'assistenza» domandata (art. 10 § 5).

Spostando l'attenzione sul piano della normativa interna e, appuntando, dunque, l'analisi sul versante della procedura passiva, le valutazioni in ordine alla sussistenza

²⁹⁴ SPAGNOLO, *Il procedimento di emissione dell'OEI*, cit., p. 89, la quale riprende quanto affermato da G. VASSALLI, *Il diritto alla prova nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1968, p. 12.

²⁹⁵ V. *infra*, § 5.

²⁹⁶ M. CAIANIELLO, *L'OEI dalla direttiva al decreto n. 108 del 2017*, cit., p. 24.

²⁹⁷ Sottolinea G. FIORELLI, *I motivi di rifiuto dell'ordine investigativo europeo, quando “fidarsi è bene, ma non fidarsi è meglio”*, cit., p. 99 come con questa previsione il legislatore europeo abbia tentato «un bilanciamento tra le esigenze probatorie dello Stato di emissione e l'importanza di preservare le prerogative dello Stato di esecuzione, attribuendo, in capo a quest'ultimo, un ampio margine di apprezzamento in ordine alla scelta delle misure investigative».

²⁹⁸ Cfr. S. MONTALDO, *A caccia di... prove. L'ordine europeo di indagine penale tra complesse stratificazioni normative e recepimento nell'ordinamento italiano*, cit. § 4.

dei requisiti di legalità dell'atto richiesto e, nel caso in cui essi difettino, all'eventuale possibilità di individuare un'alternativa sì da evitare il rigetto della richiesta competono, quantomeno in prima battuta, sulla base del combinato disposto degli artt. 4 comma 1 e 9 comma 1 d.lgs. n. 108 del 2017, al procuratore distrettuale al momento di adottare il decreto motivato di riconoscimento; atto, questo, che il d.lgs. n. 108 del 2017 tiene distinto dal successivo provvedimento di esecuzione e che spetta sempre al magistrato della pubblica accusa, anche quando del compimento dell'attività sollecitata sia incaricato il giudice²⁹⁹.

Chiarito questo profilo, è necessario soffermarsi sulla traduzione offerta dalla disciplina di recepimento e, in particolare, dall'art. 9 comma 1 d.lgs. n. 108 del 2017, delle condizioni individuate dall'art. 10 § 1 lett. *a* e *b* della direttiva.

Con riferimento alla prima, non sorgono particolari difficoltà ermeneutiche; stabilire che l'atto deve essere «previsto dalla legge italiana» significa, infatti, assegnare al procuratore il compito di accertare che l'attività richiesta sia regolata a livello nazionale, indipendentemente – è ovvio – dal *nomen iuris*³⁰⁰ e, se del caso, facendo ricorso all'art. 189 c.p.p. con riferimento ai mezzi di prova atipici³⁰¹. Per quanto riguarda, poi, i mezzi di ricerca della prova e gli atti di indagine in senso stretto “innominati”, posto che il significato da attribuire all'espressione “atto non previsto” non può certo considerarsi sovrapponibile a quello di “atto non specificamente disciplinato dal codice”, deve ritenersi che il riconoscimento possa avere luogo anche quando l'OEI abbia ad oggetto queste attività, purché – per riprendere quanto osservato

²⁹⁹ L'importanza di tenere distinti i menzionati provvedimenti è strettamente connessa al regime delle impugnazioni previste dal d.lgs., essendo queste esperibili, come si vedrà *infra* § 4.1, nei soli confronti del decreto di riconoscimento.

Ciò non significa, tuttavia, che nell'ipotesi in cui sia indispensabile l'autorizzazione del giudice (come nel caso delle intercettazioni di comunicazioni su cui ci si soffermerà *infra*, § 6) o per la circostanza che l'atto debba essere eseguito dall'organo giurisdizionale (si pensi, ad esempio, ad un OEI emesso per assumere una testimonianza in Italia), nonché in sede opposizione (v. *infra*, § 4.1) non spetti (anche) al giudice per le indagini preliminari verificare che siano rispettati i presupposti per l'esecuzione dell'ordine.

³⁰⁰ V. G. DE AMICIS, *dalle rogatorie all'ordine europeo di indagine penale: verso un nuovo diritto della cooperazione giudiziaria penale*, in *Cass. pen.*, 2018, § 3.2, ad avviso del quale occorre verificare che nell'ordinamento interno esista «lo stesso modello di atto richiesto dall'autorità estera».

³⁰¹ Cfr. M. DANIELE, *L'impatto dell'ordine europeo di indagine penale sulle regole probatorie nazionali*, in *Dir. pen. cont.*, cit., p. 66; P. SPAGNOLO, *I presupposti e i limiti dell'ordine di indagine europeo nella procedura passiva*, in M.R. MARCHETTI-E. SELVAGGI (a cura di), *Dalle modifiche al Codice di Procedura Penale all'Ordine europeo di indagine*, cit., p. 285.

in precedenza – ciò non determini una violazione dei diritti e delle libertà costituzionalmente tutelati³⁰².

Più problematica può apparire *prima facie* la formula che rinvia alla ricorrenza dei «presupposti che la legge italiana impone», con cui è stato trasposto il parametro della “disponibilità”. In particolare, si è osservato che sarebbe stata necessaria una maggiore specificazione della natura di questi presupposti, anche e soprattutto per evitare il riproporsi di quelle interpretazioni riduttive che si erano affacciate sulla scena all'indomani dell'approvazione della direttiva. In questo senso, si era sostenuto che lo scrutinio circa la “disponibilità in un caso interno analogo” avrebbe dovuto guardare esclusivamente ai requisiti attinenti alla tipologia di reato oggetto del procedimento; e, questo, perché l'art. 11 della direttiva, nell'individuare i motivi di rifiuto, al § 1 lett. *h*, fra i requisiti degli atti coercitivi, menziona espressamente solo tali condizioni³⁰³. Questa tesi, che evidentemente mirava a conseguire il massimo rafforzamento dell'efficacia della cooperazione, si scontra, tuttavia, con quanto affermato nel *considerando* n. 10, il quale, nel fornire alcuni esempi circa il contenuto della clausola in esame, si riferisce non solo al caso in cui «l'atto [...] può essere svolto solo per reati di una certa gravità», ma anche alla circostanza che l'espletamento dell'attività richieda «un certo grado di sospetto» a carico del destinatario o il «consenso della persona interessata».

In definitiva, pare corretto affermare che la formulazione della previsione eurounitaria si riferisce potenzialmente a tutti i requisiti di ammissibilità della *lex loci*, e non solo alle condizioni relative alla tipologia di reato per cui si procede³⁰⁴.

³⁰² V., *supra* § 3.1. e, in particolare, le osservazioni di A. SCALFATI-D. SERVI, *Premesse sulla prova penale*, cit., p. 32 s. e di S. MARCOLINI, voce *Prove atipiche*, cit., p. 705 *sub* nota n. 272.

³⁰³ V. M. PANZAVOLTA, *Ordine europeo di indagine europeo e indagini bancarie: spunti di riflessione sul concetto di caso interno analogo e atto di indagine alternativo*, in A. DI PIETRO-M. CAIANIELLO (a cura di), *Indagini penali e amministrative in materia di frodi IVA e di imposte doganali. L'impatto dell'European Investigation Order sulla cooperazione*, Cacucci, Bari, 2016, 381.

³⁰⁴ Secondo la ricostruzione offerta da M. DANIELE, *L'impatto dell'ordine europeo di indagine penale sulle regole probatorie nazionali*, cit., p. 67, la necessità di osservare “tutte” le condizioni di ammissibilità previste dalla *lex loci* si ricaverebbe, per gli atti coercitivi, dal dovere, ribadito dalla stessa direttiva attraverso il motivo di rifiuto di cui all'art. 11 § 1 lett. *f* (v., *supra*, § 1), di osservare i diritti fondamentali degli individui garantiti dalla CEDU, dalla Carta di Nizza e dalle tradizioni costituzionali comuni agli stati membri. In particolare, a tale conclusione di dovrebbe pervenire tenuto conto, da un lato, che rispetto alla suddetta «triangolazione fra diverse declinazioni dei diritti fondamentali», il «criterio minimale» deve individuarsi, *ex art.* 52 § 2 CDFUE, negli *standard* di tutela delineati dal *case-law* della Corte di Strasburgo; e, dall'altro, che tale Corte, in rapporto, ad esempio, agli atti coercitivi che incidono sul diritto alla riservatezza previsto dall'art. 8 CEDU, richiede ulteriori requisiti rispetto all'attinenza del procedimento a certi reati, quali l'autorizzazione o il controllo successivo di un giudice

Ecco che, laddove il legislatore nazionale avesse voluto, in sede di attuazione, circoscrivere il perimetro applicativo della clausola avrebbe dovuto provvedere ad una indicazione specifica dei parametri, pena l'irragionevolezza di una previsione che rimetterebbe all'arbitrio dell'interprete e, in particolare, del procuratore distrettuale, la scelta di riconoscere (ed eseguire) l'ordine. Di qui, la conclusione per cui, in assenza di indicazioni di segno opposto, il richiamo operato dalla disposizione interna ai "presupposti" vada inteso nel senso di imporre che siano integrate "tutte" le condizioni di ammissibilità stabilite a livello nazionale.

4.1. Il sistema delle impugnazioni nello Stato di esecuzione: difetti "genetici" e auspici alla luce della giurisprudenza della Suprema Corte di Cassazione

Quanto all'evenienza in cui il procuratore distrettuale riscontri che l'attività richiesta non rinviene un proprio "omologo" nell'ordinamento interno o non soddisfa le condizioni da ultimo richiamate, coerentemente con il testo eurounitario, il d.lgs. n. 108 del 2017 stabilisce, anzitutto, l'obbligo per l'organo della pubblica accusa di provvedere, previa comunicazione all'autorità di emissione, mediante il compimento di uno o più atti diversi in grado di raggiungere il medesimo scopo (art. 9 comma 1). Laddove, poi, non sia possibile rinvenire una siffatta alternativa, si configura un motivo espresso di rifiuto del riconoscimento (art. 9 comma 3), con la conseguenza che, nel caso in cui il procuratore distrettuale proceda ugualmente al riconoscimento, la difesa e, in alcuni casi, gli altri interessati, potranno far valere tale evenienza impugnando l'*exequatur*.

A questo proposito si osserva come la disciplina di trasposizione sia andata ben oltre il testo della direttiva, riconoscendo, nell'ambito della procedura passiva, un diritto di difendersi impugnando più ampio di quello configurato dal menzionato art. 14 § 1 direttiva³⁰⁵, che si applica anche con riferimento alla normativa del Paese di esecuzione, a mente del quale – come visto – gli Stati membri assicurano che i mezzi di

indipendente, la presenza di una base probatoria e la possibilità, specie in mancanza di un vaglio giurisdizionale, di contestazioni successive da parte della difesa (cfr. Corte EDU, 4 dicembre 2015, *Zakharov c. Russia*).

³⁰⁵ V. *supra*, § 3.

impugnazione equivalenti a quelli disponibili in un caso interno analogo siano applicabili agli atti di indagine richiesti nell'OEI; il d.lgs. n. 108 del 2017 consente, infatti, di esperire l'impugnazione non soltanto nell'ipotesi in cui l'ordine riguardi il sequestro probatorio (unico "caso analogo" per il quale il diritto nazionale prevede, nello specifico, il riesame del relativo provvedimento³⁰⁶).

In particolare, dalla sistematica del d.lgs. n. 108 del 2017, si ricava che oggetto di impugnazione possono essere tutti gli atti garantiti, non essendo previsto, per le altre attività, la comunicazione del decreto di riconoscimento; adempimento, questo, che oltre a consentire l'assistenza difensiva durante le attività istruttorie³⁰⁷, rappresenta evidentemente il presupposto per esercitare il potere di impugnazione. In questo senso, l'art. 4 comma 4 stabilisce che «il decreto di riconoscimento è comunicato a cura della segreteria del pubblico ministero al difensore della persona sottoposta alle indagini entro il termine stabilito ai fini dell'avviso cui ha diritto secondo la legge italiana per il compimento dell'atto» e che, quando la disciplina interna «prevede soltanto il diritto del difensore di assistere al compimento dell'atto senza preavviso, il decreto di riconoscimento è comunicato al momento in cui l'atto è compiuto o immediatamente dopo».

È, infatti, entro cinque giorni dalla ricezione dell'informativa *de qua* che la persona sottoposta alle indagini e il suo difensore³⁰⁸ possono proporre opposizione al giudice per le indagini preliminari, sulla quale quest'ultimo decide con ordinanza, sentito il pubblico ministero. Accolta l'opposizione, il decreto di riconoscimento è annullato (art. 13 commi 1, 2 e 3 d.lgs. n. 108 del 2017).

Ove, poi, venga in considerazione un ordine di sequestro probatorio, opera un meccanismo maggiormente garantito: non solo l'impugnazione può essere proposta anche dalla persona alla quale il bene è stato sequestrato, nonché da quella che avrebbe diritto alla restituzione, ma il procedimento è – in ragione del richiamo operato all'art. 127 c.p.p. – di tipo camerale³⁰⁹ e la decisione del giudice per le indagini preliminari è

³⁰⁶ Cfr. E. LORENZETTO, *L'assetto delle impugnazioni*, cit., p. 161.

³⁰⁷ V. *supra*, § 2.1.

³⁰⁸ Di qui, le perplessità dovute al fatto che mentre il diritto di impugnazione è riconosciuto tanto all'indagato, quanto al suo difensore, della comunicazione è destinatario solo quest'ultimo.

³⁰⁹ Sul punto v. la recentissima Cass. Pen., Sez. VI, 22 gennaio, 2020, Verbrugge, in *Sistema penale (web)*, 18 febbraio 2020, con nota di M. DANIELE, *Opposizione al riconoscimento dell'ordine europeo di sequestro e decisione de plano: una nullità assoluta*, secondo cui, in caso di opposizione proposta avverso il riconoscimento di un ordine di sequestro probatorio, la mancata fissazione da parte

ricorribile in Cassazione per violazione di legge, sia da parte dell'indagato e degli interessati che dal pubblico ministero (art. 13 comma 7 d.lgs. n. 108 del 2017)³¹⁰.

Diversamente, quando l'esecuzione dell'atto compete all'organo giurisdizionale, le «parti» possono ottenere l'annullamento del decreto di riconoscimento facendone apposita richiesta al giudice per le indagini preliminari chiamato a eseguire l'OEI (art. 13 comma 5 d.lgs. n. 108 del 2017)³¹¹, il quale, prima di adottare il relativo provvedimento, «anche in tal caso dovrà sentire le parti nella forma della procedura camerale partecipata ex art. 127 c.p.p.»³¹².

del giudice dell'udienza in camera di consiglio determina la nullità «di ordine generale e a carattere assoluto per violazione dei diritti della difesa ex artt. 178, comma 1, lett. c) e 179, comma 1» c.p.p. del provvedimento che decide sull'impugnazione.

³¹⁰ Ferma l'applicabilità, anche in questa ipotesi, dell'art. 4 comma 4 d.lgs. per quanto riguarda la comunicazione del decreto di riconoscimento, nonché dell'art. 13 comma 1 c.p.p. relativamente al termine per impugnare, e considerato, altresì, che in questo caso il diritto all'impugnazione è riconosciuto anche a soggetti diversi dalla persona sottoposta alle indagini, aumentano le criticità derivanti dall'aver stabilito che l'informativa sia comunicata al solo difensore dell'indagato.

Mette conto rilevare come, nonostante l'esiguo numero di pronunce rese in materia di OEI, con riferimento a questa impugnazione si assista ad un contrasto nella giurisprudenza di legittimità. In particolare, secondo l'orientamento espresso da Cass. Pen., Sez. VI, 31 gennaio 2019, p.m. in proc. Creo, in *Dir. pen. cont. (web)*, 11 marzo 2019, con nota di M. DANIELE, *Ordine europeo di indagine e ritardata comunicazione alla difesa del decreto di riconoscimento: una censura della Cassazione*, la necessità di tenere distinto il decreto di riconoscimento e quello di esecuzione (nella specie, per l'appunto, quello di sequestro) si apprezza anche sotto il profilo dei «rimedi impugnatori» essendo il primo censurabile per mezzo dell'opposizione di cui all'art. 13 d.lgs. n. 108 del 2017, mentre il secondo attraverso la richiesta di riesame ex art. 324 c.p.p. (conf. Cass. Pen., Sez. VI, 7 febbraio 2019, Brega, *ivi*, 16 aprile 2019, con nota di M. DANIELE, *Il riconoscimento "di fatto" dell'ordine europeo di indagine: un'altra censura della Cassazione*, nonché, volendo, in *Giur. it.*, 2019, p. 2532, con nota di G. BORGIA, *Riconoscimento dell'ordine di sequestro probatorio e prerogative difensive*). Viceversa, ad avviso di Cass. Pen., Sez. III, 11 ottobre 2018, n. 5940, in *DeJure*, l'opposizione al giudice per le indagini preliminari è il rimedio esperibile dall'indagato o dal suo difensore per entrambi i provvedimenti in questione, essendo, al contrario, precluso «un doppio binario di tutela», dal momento che la possibilità di proporre richiesta di riesame a mente dell'art. 324 c.p.p. è prevista, ai sensi dell'art. 28 d.lgs., solo in relazione agli ordini di sequestro emessi nell'ambito della procedura attiva. Del resto, prosegue la Corte, la duplicazione dei rimedi non è richiesta dall'art. 14 § 1 della direttiva 2014/41, il quale si limita a postulare la predisposizione di mezzi di impugnazione «equivalenti a quelli disponibili in un caso interno analogo»: un compito che l'opposizione, anche da sola, appare in grado di assolvere.

Senonché, proprio la previsione da ultimo richiamata fa propendere per la prima ricostruzione; il requisito dell'equivalenza può, infatti, difficilmente dirsi soddisfatto a fronte di un meccanismo che rinuncia alla collegialità del giudice (con riferimento al significato della scelta, operata sotto la vigenza del precedente codice di rito, di attribuire a un organo collegiale il riesame del decreto di sequestro probatorio e, più in generale, i provvedimenti in materia di sequestro v. G. RICCIO, *Tribunale delle libertà e provvedimenti di sequestro*, in V. GREVI (a cura di), *Tribunale delle libertà e garanzie individuali*, Zanichelli, Bologna, 1983, p. 235; M.G. COPPETTA, *Primi appunti sul «Tribunale delle Libertà»*, in *Giust. pen.*, 1982, III, c. 535 s.) e al più ampio termine di impugnazione di dieci giorni che, come noto, caratterizzano il procedimento di riesame (per entrambi i profili appena evidenziati sia consentito rinviare a G. BORGIA, *Riconoscimento dell'ordine di sequestro probatorio e prerogative difensive*, cit., p. 2536).

³¹¹ A questo proposito si osserva, ancora in relazione al diritto di essere informati dell'emissione del decreto di riconoscimento, come per questa ipotesi non sia prevista alcuna comunicazione in favore degli interessati.

³¹² Così Cass. Pen., Sez. VI, 22 gennaio, 2020, Verbrugge, cit.

Delineato il quadro delle impugnazioni, resta da capire se questo sistema di tutele – che, si noti bene, si applica non solo al caso di inosservanza delle condizioni di ammissibilità dell'attività richiesta poste dalla legge italiana, ma riguarda, più in generale tutte le cause di non riconoscimento³¹³ – possa dirsi realmente efficace.

Per rispondere a tale interrogativo è necessario considerare per un attimo quello che può essere definito il “momento finale” della procedura passiva; il riferimento corre all'adempimento cui il procuratore distrettuale è tenuto una volta che ha provveduto al riconoscimento e all'esecuzione dell'atto e che si sostanzia nella trasmissione dei risultati dell'attività espletata³¹⁴. Al riguardo, il comma 4 dell'art. 13 d.lgs. n. 108 del 2017 stabilisce che l'opposizione proposta di fronte al giudice per le indagini preliminari non determina effetti sospensivi in relazione all'esecuzione e al trasferimento dei risultati delle attività compiute; a meno che il procuratore distrettuale, sulla base di una valutazione prognostica a lui rimessa in via esclusiva, decida “comunque” – e l'impiego dell'avverbio è indicativo – di non trasmettere le risultanze perché da ciò potrebbe «derivarne grave e irreparabile danno alla persona sottoposta alle indagini, all'imputato o alla persona comunque interessata dal compimento dell'atto». In altri termini, perché si realizzi con sicurezza il blocco dell'esecuzione o, quantomeno, della successiva trasmissione delle risultanze non è sufficiente che l'opposizione sia accolta, ma è altresì indispensabile che tale decisione intervenga prima che il procuratore distrettuale abbia provveduto al trasferimento.

Se a ciò si aggiunge che, nell'opposizione per così dire “base”, non sono fissati i termini entro cui deve essere acquisito il parere del procuratore distrettuale, né è predeterminato il lasso di tempo massimo assegnato al giudice per le indagini preliminari per assumere la propria decisione, emerge come, verosimilmente, spesso tutto si giocherà attorno al significato che il Paese di emissione attribuisce all'art. 14 § 7 della direttiva, a mente del quale «lo Stato di emissione “tiene conto” del fatto che il

³¹³ Cfr., in questo senso, il comma 5 del più volte richiamato art. 13, il quale, per il caso in cui l'esecuzione dell'ordine spetti al giudice afferma l'annullamento del decreto di riconoscimento deve essere disposto allorquando ricorrano «motivi di rifiuto».

³¹⁴ Da questo punto di vista occorre precisare che, così come stabilito per il riconoscimento dell'ordine, anche con riguardo alla trasmissione dei risultati dell'attività espletata, tale adempimento è sempre di competenza del procuratore distrettuale e, dunque, anche quando dell'esecuzione sia incaricato l'organo giurisdizionale.

riconoscimento o l'esecuzione di un OEI sono stati impugnati con successo conformemente al proprio diritto nazionale».

Si potrebbe pensare che si tratti una soluzione per così dire “obbligata” in ragione delle previsioni contenute nell'atto eurounitario, ma così non è: invero, stando al tenore dell'art. 13 § 2 direttiva, in sede di trasposizione il legislatore italiano avrebbe potuto – seppur con alcune eccezioni – assegnare all'opposizione efficacia sospensiva della “trasmissione”³¹⁵, essendogli precluso, a mente del successivo art. 14 § 6, solo di prevedere l'interruzione dell'“esecuzione” dell'atto richiesto³¹⁶.

Messi a fuoco i limiti insiti nella normativa di recepimento, tocca prendere atto di come, nella prassi applicativa, si stia assistendo al tentativo di dimezzare ulteriormente l'efficacia dei meccanismi di impugnazione; questo è quanto emerge, infatti, da alcune fra le prime sentenze rese dalla Suprema Corte in tema di OEI.

Il riferimento corre a Cass. Pen., Sez. VI, 31 gennaio 2019, p.m. in proc. Creo³¹⁷, e a Cass. Pen., Sez. VI, 7 febbraio 2019, Brega³¹⁸, entrambe riguardanti un ordine di perquisizione e sequestro di matrice tedesca, con le quali la Cassazione ha censurato il comportamento tenuto dal procuratore distrettuale all'atto del riconoscimento, il quale, nel primo caso, aveva ritardato la comunicazione alla difesa del provvedimento di *exequatur*, violando, così, l'art. 4 comma 4 d.lgs. n. 108 del 2017, secondo cui, vale la pena ribadirlo, quando si tratti, come nel caso di specie, di atti “a sorpresa” e sia pertanto contemplato il solo diritto del difensore di assistere al compimento dell'attività, la comunicazione in parola deve essere effettuata al momento dell'esecuzione o immediatamente dopo³¹⁹; mentre, nel secondo, aveva ommesso di motivare il decreto di riconoscimento disattendendo quanto stabilito dal comma 1 del suddetto art. 4.

³¹⁵ Questo il tenore dell'art. 13 § 2 direttiva: «Il trasferimento delle prove “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».

³¹⁶ Stabilisce, infatti, tale disposizione che «Un'impugnazione non sospende l'“esecuzione” dell'atto di indagine, a meno che ciò non abbia tale effetto in casi interni analoghi».

³¹⁷ Cass. Pen., Sez. VI, 31 gennaio 2019, p.m. in proc. Creo, cit.

³¹⁸ Cass. Pen., Sez. VI, 7 febbraio 2019, Brega, cit.

³¹⁹ Nel caso di specie il provvedimento di riconoscimento era stato emesso dal procuratore distrettuale il 16 aprile 2018 e comunicato alla difesa solo il successivo 28 giugno. Nel frattempo, l'organo della pubblica accusa aveva provveduto a svolgere le attività richieste, effettuando le perquisizioni e i sequestri il 24 maggio e disponendo, il 5 giugno, lo svolgimento degli accertamenti tecnici non ripetibili ai sensi dell'art. 360 c.p.p. per le operazioni di copia del materiale informatico sequestrato.

Orbene, non v'è dubbio che entrambi gli adempimenti cui si è appena fatto riferimento assumono un significato determinate ai fini della possibilità di esperire utilmente l'opposizione; infatti, per un verso, il differimento della comunicazione dell'informativa, dilatando i tempi necessari per addivenire ad una eventuale decisione di annullamento, diminuisce le (già ridotte) *chances* di interrompere l'esecuzione dell'OEI o, comunque, di evitare la trasmissione dei risultati e, per l'altro, la mancata indicazione dei motivi che sorreggono il provvedimento dell'organo della pubblica accusa non consente di individuarne i possibili profili di illegittimità e, dunque, di articolare le relative doglianze.

Nondimeno, in entrambe le vicende da cui traggono origine le altrettante pronunce in esame si è ritenuto che si trasse di adempimenti la cui inosservanza determina una mera irregolarità e, questo, in ragione del fatto che il d.lgs. n. 108 del 2017 non prevede alcuna sanzione processuale *ad hoc*. Detto altrimenti, saremmo di fronte a trasgressioni che si risolvono in mere «evenienz[e] formal[i]» che non integrano «ipotesi di nullità dell'atto interno di recepimento ed esecuzione dell'OEI», tenuto conto che il d.lgs. «non [ha] introdotto alcuna “speciale” ipotesi di invalidità, anche in relazione al principio di tassatività previsto dall'art. 177 c.p.p.»³²⁰.

Ecco che, se così fosse, la disciplina dell'OEI verrebbe ad integrare – come è stato prontamente ed efficacemente osservato – un complesso di regole autonomo, «autosufficiente», dove le disposizioni di carattere generale del codice di rito non rilevano, a meno che non sia lo stesso d.lgs. n. 108 del 2017 a richiamarle³²¹.

Ma vi è di più: in ragione della circostanza che, fatta eccezione, come si vedrà, per quanto stabilito in tema di utilizzabilità, il decreto legislativo in parola non contiene alcuna previsione in materia di invalidità, si tratterebbe di un sistema in larga misura privo del carattere della vincolatività³²².

³²⁰ Cass. Pen., Sez. VI, 7 febbraio 2019, Brega, cit., p.to 3 del considerato in diritto. V., nello stesso senso, Cass. Pen., Sez. VI, 31 gennaio 2019, p.m. in proc. Creo, cit., p.to 2 del ritenuto in fatto.

³²¹ Il rilievo è di M. DANIELE, *Il riconoscimento “di fatto” dell'ordine europeo di indagine: un'altra censura della Cassazione*, cit., § 2, il quale osserva come, in realtà, «il discorso va[da] rovesciato: in mancanza di indicazioni contrarie, devono ritenersi operanti tutte le norme di carattere generale che attengono agli atti processuali penali».

³²² A questo riguardo afferma opportunamente M. DANIELE, *Ordine europeo di indagine e ritardata comunicazione alla difesa del decreto di riconoscimento: una censura della Cassazione*, cit., § 3, che l'art. 36 d.lgs. n. 108 del 2017 – che detta le regole di utilizzabilità delle prove raccolte a seguito dell'emissione di un OEI da parte dell'autorità italiana – «si spiega con il fatto che nel nostro ordinamento non esistono inutilizzabilità di ordine generale: i divieti probatori sono sanciti volta per volta, in rapporto a ciascun atto processuale. Diverso il discorso per le nullità previste dall'art. 178 c.p.p., costruite per

A scongiurare questo epilogo è opportunamente addivenuta la Cassazione affermando, da un lato, che la tardiva comunicazione del decreto di riconoscimento dell'ordine «integra una violazione del diritto di difesa ai sensi dell'art. 178, comma 1, lett. c), cod. proc. pen» e, dall'altro, che il difetto di motivazione dell'*exequatur* «si pone in contrasto insanabile [...] con le implicazioni sottese al chiaro ambito di operatività del principio generale stabilito, per le forme e gli effetti dei provvedimenti giudiziari, dall'art. 125, comma 3, cod. proc. pen.» che, come noto, sanziona con la nullità i decreti sprovvisti della motivazione quando questa sia contemplata dalla legge³²³.

C'è da augurarsi, dunque, che man mano che si porranno questioni in qualche modo assimilabili a quelle poc'anzi esaminate, l'orientamento espresso dalla Corte vada vieppiù consolidandosi; è infatti questo l'unico antidoto contro il pericoloso “scivolamento” verso un sistema che, per assecondare le istanze di celerità ed efficacia della cooperazione degrada, a mero «“affare” burocratico»³²⁴ anche quelle regole processuali che presidiano le prerogative dei soggetti interessati.

Da ultimo, mutando per un attimo prospettiva, è necessario appuntare l'attenzione sull'evenienza in cui il procuratore distrettuale ritenga di dover respingere

macro-categorie dalla portata omnicomprensiva e, come tali, estendibili anche agli atti disciplinati dal d.lgs. n. 108 del 2018».

³²³ In proposito si potrebbe obiettare che – come autorevolmente sostenuto a far data dall'entrata in vigore del codice vigente – «i provvedimenti del pubblico ministero» «risulta[no] estranea[i]» al perimetro applicativo dell'art. 125 comma 3 c.p.p. (E. AMODIO, sub *Art. 125 c.p.p.*, in E. AMODIO-O. DOMINIONI (diretto da), *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, Giuffrè, Milano, 1989, p. 76; nello stesso senso v. L. AMBROSOLI, voce *Provvedimenti del giudice (dir. proc. pen.)*, in *Dig. disc. pen.*, vol. X, Utet, Torino, 1995, p. 436 e, più di recente, E.M. CATALANO, sub *Art. 125 c.p.p.*, in A. GIARDA-G. SPANGHER (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, cit., p. 1177 e la giurisprudenza *ivi* citata). Nondimeno, dall'indagine delle ragioni poste a sostegno della tesi *de qua* emerge come, in realtà, il decreto di cui all'art. 4 comma 1 d.lgs. n. 108 del 2017 non sia equiparabile agli altri decreti che l'organo della pubblica accusa è di volta in volta chiamato ad adottare. Se, da un lato, si rivela «fin troppo ovvio [...] che, anche là dove il pubblico ministero sia tenuto a manifestare le sue determinazioni nella forma del decreto motivato (art. 267 comma 2, in tema di intercettazioni telefoniche [...]) non è consentito assimilare sotto alcun profilo l'estrinsecazione della *voluntas* della parte pubblica a quella del giudice» (E. AMODIO, sub *Art. 125 c.p.p.*, cit., p. 76); dall'altro, non può essere trascurato che, nell'ambito della procedura passiva di riconoscimento dell'OEI, il procuratore distrettuale assume una veste del tutto peculiare, non solo perché questi non è “parte” del procedimento che ha dato origine all'assistenza, ma anche in ragione della circostanza che il riconoscimento è estraneo alla logica investigativa che è sottesa – per riprendere l'esempio – al compimento delle intercettazioni, venendo piuttosto in considerazione la natura propriamente “giudiziaria” dell'organo della pubblica accusa. Per una più approfondita analisi della questione sia consentito rinviare a G. BORGIA, *Riconoscimento dell'ordine di sequestro probatorio e prerogative difensive*, cit., p. 2533-2535.

³²⁴ L'espressione è presa in prestito da D. NEGRI, *Splendori e miserie della legalità processuale. Genealogie culturali, èthos delle fonti, dialettica tra le Corti*, in *Arch. pen.*, 2017, p. 443.

l'ordine; ipotesi, questa, rispetto alla quale entrambe le fonti di riferimento non riconoscono alcun potere per l'interessato di contestare la decisione, non essendo peraltro prevista neppure l'emissione di un provvedimento *ad hoc*³²⁵. La logica è, forse, quella per cui si ritiene che a pregiudicare le prerogative difensive sia solo l'esecuzione dell'atto richiesto e non anche, viceversa, il suo mancato compimento.

Senonché, è evidente come questa affermazione non vale quando l'autorità di emissione, di propria iniziativa, agisca nell'interesse dell'indagato o imputato (si pensi all'ipotesi in cui l'OEI proveniente da un altro Stato membro sia stato emesso sulla base di una disposizione sovrapponibile a quella di cui all'art. 358 c.p.p.) e, a maggior ragione, quando l'ordine sia stato sollecitato dal loro difensore.

Ecco che non sembra fuori luogo affermare che sarebbe stato opportuno prevedere, per un verso, l'obbligo in capo al procuratore distrettuale di emanare, anche in caso di rigetto del riconoscimento dell'OEI, un provvedimento motivato e, per l'altro, l'estensione, anche a questa ipotesi, del meccanismo dell'opposizione, con la conseguente possibilità per il giudice per le indagini preliminari, in caso di accoglimento, di ordinare all'organo della pubblica accusa il compimento dell'attività richiesta o, nell'ipotesi in cui l'esecuzione sia di sua competenza, di provvedere direttamente.

Peraltro, trattandosi di un'attività eseguita sulla base di una richiesta di assistenza giudiziaria avanzata dall'autorità di un altro Stato, difficilmente si sarebbero potute invocare le limitazioni vevoli, come noto, per le indagini *iussu iudicis ex art. 409 comma 4 c.p.p.*³²⁶. In altri termini, l'eventuale provvedimento del giudice per le indagini preliminari che avesse "ordinato" all'organo requirente di dare corso all'OEI, non avrebbe minato l'«assoluta autonomia» riconosciuta al pubblico ministero nella fase investigativa in ragione del principio di cui all'art. 112 Cost.³²⁷, non venendo in

³²⁵ Tanto la direttiva quanto il d.lgs. n. 108 del 2017 prevedono al riguardo il solo obbligo di comunicare all'autorità di emissione, prima che sia assunta la decisione, che non sussistono le condizioni per il riconoscimento (artt. 11 § 4 direttiva e 6 comma 2 d.lgs.).

³²⁶ Il riferimento è, come noto, all'ipotesi in cui, a seguito dell'udienza fissata per decidere sulla richiesta di archiviazione, il giudice per le indagini preliminari, rilevata l'incompletezza delle investigazioni, manifesti il proprio dissenso rispetto alla prospettiva dell'inazione e indichi al pubblico ministero le ulteriori attività che risultano necessarie. Sul tema v., *ex multis*, M. CAIANIELLO, voce *Archiviazione*, in *Enc. dir.*, Annali II-1, Giuffrè, Milano, 2008, p. 75 s.; M.L. DI BITONTO, *L'avocazione facoltativa*, Giappichelli, Torino, 2006, p. 79 ss.; G. GIOSTRA, *L'archiviazione. Lineamenti sistematici e questioni interpretative*, Giappichelli, Torino, 1994, p. 72 ss.

³²⁷ R. BONSIGNORI, voce *Archiviazione*, in *Enc. dir.*, Agg. I, Giuffrè, Milano, 1997, p. 125.

considerazione, in siffatta evenienza, alcuna “azione” che il procuratore distrettuale è “obbligato” a esercitare.

4.2. L'eccezione degli atti che devono essere sempre disponibili nell'ordinamento di esecuzione e la loro trasposizione “al ribasso”

Quanto osservato nel paragrafo precedente a proposito della necessità che l'atto sollecitato con l'OEI rispetti tutte le condizioni di ammissibilità previste dalla *lex loci actus*, non vale per il compimento di talune attività specificatamente individuate nelle lett. *a-e* dell'art. 9 comma 5 d.lgs. n. 108 del 2017 (che traduce, sul piano interno, l'art. 10 § 2 lett. *a-e* direttiva), le quali devono essere sempre “previste” e “disponibili” nello Stato di esecuzione.

In altri termini, in questi casi non deve essere effettuato alcun controllo circa la mancata previsione o la carenza dei presupposti dell'atto, talché non è consentito procedere con un'attività alternativa idonea al raggiungimento del medesimo scopo, né invocare il relativo motivo di rifiuto.

In particolare, si tratta: dell'acquisizione dei verbali di prove di altro procedimento (lett. *a*); dell'acquisizione di informazioni contenute in banche dati accessibili all'autorità giudiziaria (lett. *b*); dell'audizione della persona informata sui fatti, del testimone, del consulente tecnico o del perito, della persona offesa, nonché della persona sottoposta ad indagini o dell'imputato presenti nel territorio dello Stato (lett. *c*); del compimento di atti di indagine non incidenti sulla libertà personale o sul diritto all'inviolabilità del domicilio (lett. *d*); e, infine, dell'identificazione di persone titolari di uno specifico numero telefonico o di un indirizzo di posta elettronica o di un indirizzo IP (lett. *e*).

Emerge, dunque, come con riferimento a queste misure – accomunate dalla natura non coercitiva – si sia inteso realizzare una sorta di armonizzazione, seppur in forma embrionale, delle legislazioni nazionali, dal momento che la loro necessaria

disponibilità «finisce per imporne la previsione all'interno della normativa di ogni Stato membro»³²⁸.

Senonché, per riprendere le osservazioni svolte in chiusura del precedente capitolo, laddove si è posta l'attenzione sugli effetti disfunzionali dal punto di vista delle garanzie che possono scaturire da interventi di omologazione normativa non improntati al criterio del *maximum standard*, desta non poche perplessità l'aver stabilito, accanto all'obbligo per gli Stati membri di approntare una regolamentazione per queste attività, il dovere per l'autorità di esecuzione di astenersi dal controllare che siano rispettate le regole di ammissibilità previste dalla *lex loci*.

Prima dell'approvazione del d.lgs. n. 108 del 2017, si è ritenuto che una tale impostazione non potesse essere condivisa, quantomeno con riferimento alle prove dichiarative, rispetto alle quali la direttiva prevede ulteriori prescrizioni di segno contrario.

Nello specifico, si è fatto leva sul motivo di rifiuto di cui all'art. 11 § 1 lett. *a* direttiva relativo al caso in cui la *lex loci actus* prevede «(immunità e) “privilegi” che rendono impossibile l'esecuzione dell'OEI»; espressione, questa, che senza dubbio include le nostre regole di ammissibilità delle testimonianze fondate sul privilegio familiare e sui segreti *ex artt.* 199-202 c.p.p.³²⁹, deponendo in tal senso anche l'affermazione, contenuta nel *considerando* n. 20, secondo cui la suddetta causa di rigetto potrebbe ricomprendere, ad esempio, «la protezione che si applica alle professioni mediche e legali».

³²⁸ G. FIORELLI, *I motivi di rifiuto dell'ordine investigativo europeo, quando “fidarsi è bene, ma non fidarsi è meglio”*, cit., p. 98.

Si consideri, inoltre, che per queste tipologie di atti non è neppure prevista la possibilità di opporre il motivo di rifiuto previsto dagli artt. 11 § 1 lett. *g* direttiva e 10 comma 1 lett. *f* d.lgs. n. 108 del 2017, che si riferiscono all'assenza del requisito della doppia incriminazione, in tutti quei casi in cui non si proceda per una delle 32 fattispecie elencate nell'allegato *D* della direttiva e riprodotte dall'art. 11 d.lgs. n. 108 del 2017 e punibili, nello Stato di emissione, con una pena o una misura di sicurezza detentiva non inferiore nel massimo a tre anni; da questo angolo prospettico, M. CAIANIELLO, *La nuova direttiva UE sull'ordine europeo di indagine penale tra mutuo riconoscimento e ammissione reciproca delle prove*, cit., p. 5 parla di mutuo riconoscimento “puro”. Sulla clausola della doppia incriminazione, non solo con riferimento alla declinazione che essa riceve nell'ambito della normativa relativa all'OEI, ma anche dal punto di vista della sua evoluzione nel contesto della cooperazione giudiziaria in materia penale, v. F. MAZZACUVA, *La doppia incriminazione e la deroga per i reati di “lista positiva”*, in R.E. KOSTORIS-M. DANIELE (a cura di), *L'ordine europeo di indagine penale. Il nuovo volto della raccolta transnazionale delle prove nel d.lgs. n. 108 del 2017*, cit., p. 135 ss.

³²⁹ Cfr. M. DANIELE, *L'impatto dell'ordine europeo di indagine penale sulle regole probatorie nazionali*, cit., p. 6.

Per quanto auspicabile, tale lettura non sembra però essere stata fatta propria dalla normativa di recepimento che, in questo caso, si è avvalsa della facoltà – conferitagli dalla stessa direttiva³³⁰ – di non prevedere un motivo di rifiuto di tal guisa.

Peraltro, il fatto che per le audizioni mediante videoconferenza – attività che rientra tra quelle per cui la direttiva detta una disciplina *ad hoc* – sia previsto un apposito richiamo alle facoltà di astensione riconosciute in entrambi gli ordinamenti (artt. 24 § 3 lett. *b* direttiva e 18 comma 6 d.lgs. n. 108 del 2017) realizza l'effetto, persino paradossale, di rendere, nell'ambito dell'OEI, l'esame “fisico” meno garantito di quello a distanza.

Nondimeno, i profili di criticità non finiscono qui. Ci si chiede, nello specifico, quale sia il significato da attribuire alla mancata inclusione nell'art. 9 comma 5 lett. *d* degli atti che non incidono sulla libertà e segretezza delle comunicazioni. Nel trasporre la previsione contenuta nella medesima lettera dell'art. 10 § 2 della direttiva, che demanda ai singoli Stati membri l'individuazione degli atti da considerarsi “non coercitivi”, il nostro legislatore ha fatto esclusivo riferimento a quelli che non gravano sulla «libertà personale» e sul «diritto all'inviolabilità del domicilio». Si deve, dunque, ritenere, per converso, che le attività che incidono sul diritto di cui all'art. 15 Cost., in quanto non qualificabili come coercitive, dovrebbero essere sempre disponibili e, quindi, sottratte alle verifiche in ordine ai presupposti di ammissibilità previsti dalla legge italiana³³¹.

L'uso del condizionale è tutt'altro che casuale: si ritiene, infatti, che a scongiurare questo epilogo intervenga il motivo di rifiuto basato sulla possibile violazione da parte dello Stato di esecuzione dell'art. 6 TUE, ovvero dell'obbligo di tutelare i diritti fondamentali garantiti dalla CDFUE, dalla CEDU e dalle tradizioni costituzionali degli Stati membri. Posto che il diritto alla libertà e alla segretezza delle comunicazioni è annoverabile tra quelli tutelati dalle suddette Carte, e tenuto conto,

³³⁰ V., *amplius, supra*, § 1.

³³¹ V. C.E. GATTO, *Il principio di proporzionalità nell'ordine europeo di indagine penale*, in *Dir. pen. cont.*, 2019, f. 2, p. 78, il quale sottolinea che la delimitazione alle sole due libertà «potrebbe essere foriera, nella pratica, di una disparità di trattamento tra diritti tutelati in egual misura dalle Carte dei diritti e dalla Costituzione». Da questo presupposto sembra muovere M. TROGU, sub *Art. 9 d.lg. n. 108/2017*, in A. MARANDOLA (a cura di), *Cooperazione giudiziaria penale*, cit., p. 1034, ad avviso del quale si dovrebbe accedere a un'interpretazione di carattere sistematico per addivenire a ritenere che «si possa dare esecuzione all'ordine di indagine quando esso non contrasti con nessuna delle libertà di cui agli artt. 13, 14 e 15 Cost.».

altresì, che il contenuto minimo di tale diritto deve coincidere, *ex art. 52 § 3 CDFUE*, con lo *standard* di garanzie previsto dalla CEDU e dalla relativa giurisprudenza³³², qualunque sia la traduzione offerta sul piano interno dell'espressione "atti non coercitivi", in sede di esecuzione dell'OEI non si potrà prescindere da un vaglio diretto a verificare che sia soddisfatto il suddetto *standard*³³³, così come declinato, a livello nazionale, dalla *lex loci actus*.

5. I contorni del doppio vaglio di proporzionalità

Nell'analizzare le condizioni di emissione e i presupposti di esecuzione dell'OEI si è fatto cenno alla necessità di rispettare un principio, quello di proporzionalità, la cui introduzione nel corpo della direttiva si deve all'esperienza maturata nel contesto del MAE. Uno fra i maggiori profili di criticità di tale disciplina dal punto di vista «dei diritti fondamentali della persona ricercata» è stato individuato, infatti, nell'«uso eccessivo» dello strumento, ovvero nell'emissione di mandati anche per fattispecie di reato non connotate da particolare gravità; conseguenza, questa, da imputarsi, per l'appunto, alla mancata previsione di un vaglio improntato al suddetto canone³³⁴.

³³² Afferma, infatti, tale disposizione che «[l]addove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea di salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione. La presente disposizione non preclude che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa»; cfr. ancora M. DANIELE, *L'impatto dell'ordine europeo di indagine penale sulle regole probatorie nazionali*, p. 68.

Sul significato dell'art. 52 § 3 CDFUE v. per tutti ID., *La triangolazione delle garanzie processuali fra diritto dell'Unione Europea, CEDU e sistemi nazionali*, in *Dir. pen. cont.-Riv. trim.*, 2016, f. 4, p. 48 ss.

³³³ Da questo punto di vista, si pensi a quanto statuito da Corte EDU, 4 dicembre 2015, *Roman Zakharov c. Russia*, § 227 s. con riferimento alle intercettazioni di comunicazioni, per cui, oltre alla riserva di legge, è necessario l'autorizzazione o il controllo successivo di un giudice indipendente, la presenza di una base probatoria e la possibilità, in mancanza dell'anzidetto vaglio giurisdizionale, di contestazione successiva da parte della difesa.

³³⁴ Cfr. M. BARGIS, *Mandato di arresto europeo e diritti fondamentali: recenti itinerari "virtuosi" della Corte di giustizia tra compromessi e nodi irrisolti*, *icit.*, p. 180; L. ROMANO, *Principio di proporzionalità e mandato d'arresto europeo: verso un nuovo motivo di rifiuto?*, in *Dir. pen. cont.-Riv. trim.*, 2013, f. 1, p. 250 ss.; M. BÖSE, *Human Rights Violations and Mutual Trust: Recent Case Law on the European Arrest Warrant*, in S. RUGGERI (a cura di), *Human Rights in European Criminal Law. New Developments in European Legislation and Case Law after the Lisbon Treaty*, Springer, Cham, Heidelberg, New York, Dordrecht, London, 2015, p. 143 ss.

In ordine alla funzione di tutela dei diritti fondamentali connaturata al principio in parola v. quanto osservato da D. NEGRI, *Fumus commissi delicti. La prova per le fattispecie cautelari*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 12 nota n. 29 (cui si rinvia anche per la bibliografia citata), il quale

L'idea – figlia di quella logica che considerava la *confiance mutuelle* tra gli Stati membri un risultato (già) conseguito e che, su tale base, trascurava le ricadute negative dal punto di vista delle garanzie che la trasposizione *tout court* del mutuo riconoscimento nel settore della cooperazione giudiziaria avrebbe potuto determinare³³⁵ – era, del resto, che, come sottolineato in apertura di questo capitolo, il principio di proporzionalità, in quanto implicante un apprezzamento della richiesta, non fosse conciliabile con il canone del reciproco riconoscimento, il quale, viceversa, impone una sorta di automaticità nell'esecuzione della domanda di assistenza.

sottolinea come il «“concetto” di proporzionalità» sia nato «nella Germania del XIX secolo quale criterio», per l'appunto, «di limitazione dei poteri di polizia» e sia poi «assunto alla dignità di principio generale dell'ordinamento», trovando «diffusione presso altri settori del diritto pubblico sino a ricevere specifica attuazione anche rispetto alle misure restrittive delle libertà fondamentali che operano nel processo penale».

Occorre, tuttavia sottolineare che nonostante l'assenza di un riferimento espresso alla proporzionalità nella decisione quadro relativa al MAE, tale principio è comunque riuscito ad affermarsi, quantomeno nella dinamica applicativa. Basti considerare, come evidenzia P. SPAGNOLO, *I presupposti e i limiti dell'ordine di indagine europeo nella procedura passiva*, cit., p. 290, nota n. 78, che la Relazione della Commissione europea al Consiglio e al Parlamento «sull'attuazione dal 2007 della decisione quadro del Consiglio del 13 giugno 2002 relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra gli Stati membri» (COM (2011)0175 def.) dedica l'intero § 5 al suddetto canone, ricordando la modifica operata al manuale del MAE riguardante, per l'appunto, la proporzionalità, dove si definiscono i fattori da considerare nell'emissione dell'euromandato e le possibili alternative da valutare prima. Ancora, non può essere trascurata la Risoluzione del Parlamento europeo del 27 febbraio 2014 «recante raccomandazioni alla Commissione sul riesame del mandato d'arresto europeo» dove si chiede alla Commissione di presentare, entro un anno, «sulla base dell'articolo 82 del TFUE, alcune proposte legislative» che prevedano l'introduzione di «un motivo di non esecuzione obbligatoria quando vi sono importanti ragioni per ritiene che l'esecuzione della misura sarebbe incompatibile con l'obbligo dello Stato membro di esecuzione in conformità dell'articolo 6 del trattato sull'Unione europea e della Carta, in particolare l'articolo 52, paragrafo 1, che fa riferimento al principio di proporzionalità» (p.to n. 7); su tale aspetto cfr., ancora, M. BARGIS, *Mandato di arresto europeo e diritti fondamentali: recenti itinerari "virtuosi" della Corte di giustizia tra compromessi e nodi irrisolti*, cit., p. 177 ss.

Ecco che, come afferma ancora P. SPAGNOLO, *I presupposti e i limiti dell'ordine di indagine europeo nella procedura passiva*, cit., p. 290, il richiamo espresso nell'ambito dell'OEI al principio di proporzionalità fa entrare nella materia della cooperazione istruttoria – dopo il suo ingresso nel MAE – il «triplice vaglio sotteso alla proporzionalità». Il riferimento corre alle tre tappe che, come teorizzato dalla dottrina e dalla giurisprudenza costituzionale tedesche, compongono lo scrutinio di proporzionalità, ognuna delle quali presuppone risolto positivamente il giudizio della tappa precedente. In particolare, esse sono dirette, rispettivamente, a verificare l'idoneità astratta del mezzo a perseguire un determinato fine (c.d. “idoneità”); ad accertare la sua indispensabilità per raggiungere quel fine, cosicché in presenza di diversi strumenti deve essere preferito quello meno invasivo (c.d. “stretta necessità”); e, infine, ad operare un bilanciamento tra la restrizione imposta all'individuo nelle sue prerogative e il valore del fine perseguito dal pubblico potere nell'esercizio della sua specifica funzione, ciò affinché i diritti del singolo non siano compressi in modo intollerabile; cfr., *ex multis*, M. CAIANIELLO, *Il principio di proporzionalità nel procedimento penale*, in *Dir. pen. cont.-Riv. trim.*, 2014, f. 3-4, p. 151; R. ORLANDI, *La riforma del processo penale fra correzioni strutturali e tutela “progressiva” dei diritti fondamentali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, p. 1156 ss.; S. TSAKYRAKIS, *Proportionality: An Assault on Human Rights?* in *International Journal of Constitutional Law*, 2009, vol. 7(3), p. 473 s.; E. BELFIORE, *Giudice delle leggi e diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 280 ss.; R. ALEXIS, *Constitutional Rights, Balancing, and Rationality*, in *Ratio Juris*, vol. 16, 2003 (2), p. 135 s.

³³⁵ V., *supra*, cap. I, §§ 4.1. e 4.2.

Sennonché, non può essere tralasciato come, nel lasso di tempo intercorso tra l'adozione del congegno appena richiamato e l'approvazione della direttiva relativa all'OEI e, segnatamente, a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, il principio *de quo* sia entrato a far parte del sistema delle fonti del diritto eurounitario; afferma, infatti, l'art. 52 CDFUE, che le limitazioni dei diritti sanciti dalla Carta medesima sono legittime solo «se previste dalla legge» e nella misura in cui, «nel rispetto del “principio di proporzionalità”, [...] siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui»³³⁶.

Anche la Corte di Giustizia, dal canto suo, da diversi anni ormai fa uso del principio in esame per stabilire «quanto e come proteggere i diritti individuali»³³⁷, di

³³⁶ V. S. PEERS, *Article 52*, in S. PEERS-T. HERVEY-J. KENNER-A. WARD (a cura di), *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, Beck-Hart-Nomos, Portland, 2014, p. 1472 ss.; nonché, anche con riferimenti all'applicazione del principio nei diversi ambiti di incidenza del diritto dell'Unione europea, F. FERRARO, sub *Art. 52*, in R. MASTROIANNI-O. POLLICINO-S. ALLEGREZZA-F. PAPPALARDO-O. RAZZOLINI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, cit., p. 1065 s.

Occorre, inoltre, rilevare come la verifica di proporzionalità trovi riconoscimento esplicito anche nelle disposizioni della CEDU; si pensi, ad esempio, al riferimento, contenuto nell'art. 8, alla necessità che le eccezioni al divieto di interferenza da parte delle autorità nazionali nella vita privata siano «necess[arie] in una società democratica», attribuito sulla cui base, come afferma F. NICOLICCHIA, *Il principio di proporzionalità nell'era del controllo tecnologico e le sue implicazioni processuali rispetto ai nuovi mezzi di ricerca della prova*, in *Dir. pen. cont. (web)*, 18 gennaio 2018, p. 3, «i giudici di Strasburgo esercitano appunto lo scrutinio di proporzionalità». Sul punto v. inoltre, A. GAITO-S. FÜRFARO, *Le nuove intercettazioni “ambulanti”: tra diritto dei cittadini alla riservatezza ed esigenze di sicurezza per la collettività*, in *Arch., pen.*, 2016, p. 319 s.

Quanto all'ordinamento interno, il principio di proporzionalità riceve, a livello legislativo, riconoscimento espresso solo con riferimento alla materia cautelare e, segnatamente, nell'art. 275 c.p.p. che tra i criteri di scelta delle misure annovera, per l'appunto, il suddetto canone, da rapportarsi al fatto e all'entità della sanzione che potrà essere eventualmente irrogata all'esito del giudizio. Per un'approfondita analisi di questo profilo v. D. NEGRI, *Fumus commissi delicti. La prova per le fattispecie cautelari*, cit., p. 12 ss., nonché M. CHIAVARIO, sub *Art. 275*, in M. CHIAVARIO (coord. da), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, cit., p. 62 ss. Come rileva F. NICOLICCHIA, *Il principio di proporzionalità nell'era del controllo tecnologico e le sue implicazioni processuali rispetto ai nuovi mezzi di ricerca della prova*, cit., p. 8, nota n. 19, al canone in esame sembra inoltre riferirsi l'art. 224-bis comma 5 c.p.p. in tema di prelievi coattivi di materiale biologico, laddove impone al giudice di adottare, a parità di risultato, le tecniche meno invasive.

³³⁷ L'espressione è di M. CAIANIELLO, *L'OEI dalla direttiva al decreto n. 108 del 2017*, cit., p. 47. In particolare, si ricorda Corte Giust. UE, Grande Sezione, sent. 8 aprile 2014, *Digital Rights Ireland*, cause riunite C-293/12 e C-594/12, con cui il Giudice di Lussemburgo ha dichiarato l'illegittimità delle previsioni contenute nella c.d. “direttiva Fratтини” (direttiva 2006/24/CE), in ragione, anzitutto, dell'assenza di adeguate prescrizioni in grado di evitare un'archiviazione generalizzata e indiscriminata dei dati inerenti al traffico telefonico a scopo di indagine, di accertamento e di perseguimento di reati. Ancora, oggetto di critica è stata la mancanza di previsioni dirette a stabilire un quadro minimo di garanzie per l'autorizzazione all'accesso ai suddetti dati da parte dell'autorità, nonché volte a individuare un limite temporale massimo per la conservazione delle informazioni raccolte. «Tutto ciò si traduceva, appunto, in una sproporzione tra il sacrificio imposto alla riservatezza dei singoli e l'obiettivo della misura, determinando l'invalidità dell'atto normativo» (F. NICOLICCHIA, *Il principio di proporzionalità nell'era del controllo tecnologico e le sue implicazioni processuali rispetto ai nuovi mezzi di ricerca*

recente anche in tema di prova (c.d. “multidisciplinare”)³³⁸.

In questo senso, deve allora essere salutata con favore la previsione di cui all’art. 6 § 1 lett. a direttiva, giusta la quale l’autorità di emissione può adottare l’OEI se ha accertato che è «necessario» e «proporzionato» ai fini del procedimento in corso, «tenendo conto dei diritti della persona sottoposta ad indagini o imputata». Peraltro, tale verifica non è circoscritta al solo momento di emissione dell’OEI, ma si estende anche a quello deputato al controllo, nello Stato di esecuzione, dei presupposti per l’espletamento della misura richiesta: secondo il disposto dell’art. 10 § 3 direttiva, l’autorità di esecuzione può, infatti, previa consultazione con quella di emissione, ricorrere a un mezzo alternativo che assicuri lo stesso risultato con «mezzi meno intrusivi».

In definitiva, risulta evidente che per questa via si è inteso realizzare un «controllo frazionato e congiunto»³³⁹ diretto a verificare non solo la proporzionalità del ricorso all’ordine rispetto ai fini del procedimento (circostanza, questa, che, per riprendere quanto sottolineato in apertura a proposito del MAE, richiama la gravità della fattispecie per cui si procede), ma, stante il riferimento ai “diritti” dell’indagato o

della prova, cit., p. 4, cui si rimanda anche per le osservazioni relative alla più recente Corte Giust. UE, Grande Sezione, sent. 21 dicembre 2016, *Tele2 Sverige*, cause C-203/15 e C-698/15 che si è pronunciata sulla portata dell’art. 15 § 1 della direttiva 2002/58/CE relativa al trattamento dei dati personali a tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche).

³³⁸ Il riferimento è a Corte Giust. UE, sent. 17 dicembre 2015, *WebMinderLicense*, causa C-419/14 con la quale la Corte si è occupata della possibilità di trasferire prove – risultati di intercettazioni e sequestri – dalla sede penale a quella fiscale. In particolare, al § 80 della suddetta pronuncia si afferma che, «*in the light of Article 7 of the Charter, use by the tax authorities of evidence obtained, in the context of a criminal procedure that has not been concluded, by means of the interception of telecommunications and seizure of emails constitutes as such a limitation on the exercise of the right guaranteed by that article. It must therefore be examined whether that use also satisfies the requirements set out in Article 52(1) of the Charter*». Per un’approfondita analisi del significato di questo passaggio v. S. TESORIERO, *Processo penale e prova multidisciplinare europea proporzionalità in materia di illeciti finanziari*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, p. 1539 ss.

Operando un parallelismo con quanto rilevato a proposito della previsione normativa del canone di proporzionalità nel sistema della CEDU e nell’ordinamento nazionale, mette conto sottolineare, con riguardo, ora, all’impiego del principio in parola a livello giurisprudenziale, che, per un verso, la Corte di Strasburgo non ha esitato a utilizzare tale canone già a partire da Corte EDU, 7 dicembre 1976, *Handyside c. Regno Unito* in relazione appunto alla tutela dei beni indicati dall’art. 8 CEDU e, per l’altro, i giudici interni si sono mostrati e continuano a mostrarsi poco sensibili. A quest’ultimo proposito, con specifico riguardo al tema della tutela della riservatezza delle comunicazioni v. F. NICOLICCHIA, *Il principio di proporzionalità nell’era del controllo tecnologico e le sue implicazioni processuali rispetto ai nuovi mezzi di ricerca della prova*, cit., p. 7 ss.

³³⁹ Così R. DEL COCO, *Circolazione della prova e poteri sanzionatori del giudice*, cit., p. 174.

dell'imputato, anche la proporzionalità dell'intrusività dell'atto in relazione al suo risultato³⁴⁰.

Passando ad analizzare la “traduzione” offerta dal d.lgs. n. 108 del 2017 delle disposizioni richiamate poc'anzi, e muovendo dal considerare, anzitutto, il fronte della procedura attiva, ci si accorge che, alla stregua di quanto rilevato con riferimento alle condizioni dirette ad assicurare il principio di legalità processuale, tra i presupposti di emissione dell'ordine disciplinati dall'art. 27 non figura alcun riferimento al canone di proporzionalità.

Viceversa, sul versante della procedura passiva, si è provveduto, in primo luogo, a fornire una definizione della “proporzione”, specificando con maggiore precisione e, per quanto concerne i soggetti che vengono in considerazione, ampliando, i parametri rispetto ai quali valutare «la congruità della richiesta in relazione al “caso concreto”»³⁴¹. Da questo angolo prospettico, ai sensi dell'art. 7 – rubricato, appunto, «[p]rincipio di proporzione» – a venire in rilievo sono il reato per cui si procede, la pena prevista, le attuali esigenze investigative o probatorie, nonché i diritti e le libertà non solo della persona indagata o imputata, ma anche di eventuali altri soggetti coinvolti nel compimento delle attività richieste. Si è affermato, dunque, in via esemplificativa, che l'autorità italiana investita di un OEI avente ad oggetto una perquisizione deve verificare se sussistono i presupposti per ricorrere alla misura meno invasiva consistente

³⁴⁰ R. BELFIORE, *Su alcuni aspetti del decreto di attuazione dell'ordine europeo di indagine penale*, in *Cass. pen.*, 2018, p. 406.

Per riprendere quanto rilevato *supra*, *sub* nota n. 334 a proposito del triplice *test* di proporzionalità, rileva M. DANIELE, *I chiaroscuri dell'OEI e la bussola della proporzionalità*, in R.E. KOSTORIS-M. DANIELE (a cura di), *L'ordine europeo di indagine penale. Il nuovo volto della raccolta transnazionale delle prove nel d.lgs. n. 108 del 2017*, cit., p. 67 s. come nell'OEI, esso si articola nel seguente modo: il controllo di “idoneità” – che a mente dell'art. 52 § 1 CDFUE è di stretta competenza legislativa, prescrivendo, tale articolo, che le limitazioni ai diritti fondamentali «devono essere previste dalla legge» e, dunque, che siano le disposizioni dell'Unione a individuare le misure istruttorie adottabili attraverso prescrizioni sufficientemente chiare, accessibili e prevedibili – è svolto “a monte” dalla direttiva attraverso il rinvio alle misure nazionali previste dalla *lex fori* e dalla *lex loci* (artt. 6 § 1 lett. b prima parte e 10 § 1 lett. b); la valutazione di “stretta necessità” è, invece, rimessa tanto all'autorità di esecuzione, cui spetta verificare che l'OEI sia “necessario” e “proporzionato” (art. 6 § 1 lett. a), quanto all'autorità di esecuzione, alla quale spetta il potere di ricorrere ad un atto alternativo “quando esso assicuri lo stesso risultato con mezzi meno intrusivi” (art. 10 § 3); infine, il vaglio di “proporzionalità in senso stretto”, assume natura interamente legislativa in relazione ai requisiti di ammissibilità degli atti strutturali, i quali coincidono con quelli statuiti da entrambe le legislazioni degli Stati coinvolti (artt. 6 § 1 lett. b seconda parte e 10 § 1 lett. a).

³⁴¹ *Relazione illustrativa* cit., p. 5.

nell'ordine di esibizione, così innalzando il livello di protezione delle persone coinvolte, senza pregiudicare l'efficienza della cooperazione³⁴².

In secondo luogo, difformemente dall'atto eurounitario, che, impiegando il verbo “può”, configura in termini di facoltatività la possibilità per l'autorità di esecuzione di ricorrere ad un atto alternativo, l'art. 9 comma 2 d.lgs. n. 108 del 2017 afferma che, previo «accordo con l'autorità di emissione, “si dà luogo” all'esecuzione mediante il compimento di uno più atti diversi [...] anche quando l'ordine di indagine non appare proporzionato»; in altri termini, se è dato rinvenire «un atto di indagine “più proporzionato”»³⁴³, il procuratore distrettuale o il giudice devono farvi ricorso³⁴⁴. *Rebus sic stantibus*, con riguardo all'ipotesi in cui dell'esecuzione sia investita l'autorità italiana non trovano riscontro le preoccupazioni – più che legittime – di chi aveva criticato il carattere opzionale della disposizione contenuta nella direttiva, stante la sua idoneità a tutelare i diritti delle persone coinvolte nella procedura³⁴⁵.

Il quadro normativo così tratteggiato fa emergere un triplice ordine di questioni.

Anzitutto, occorre interrogarsi sul significato da attribuire alla mancata previsione, tra i presupposti di emissione, del controllo di proporzionalità. A differenza di quanto affermato in relazione alle condizioni di ammissibilità, in questo caso è da escludere che si sia trattato di un *lapsus*; come emerge, infatti, dalla più volte menzionata *Relazione illustrativa*, è evidente che la lacuna è conseguenza di una precisa opzione legislativa. In particolare, si afferma che non è stato necessario «positivizzare» il canone in parola «dal momento che l'ordinamento interno disciplina atti di indagine tipici per i quali rispetto al singolo scopo investigativo la proporzione è presunta per legge». A conferma di questa asserzione vengo richiamati, da un lato, l'art. 326 c.p.p., a mente del quale il pubblico ministero svolge le indagini “necessarie” per le determinazioni inerenti l'esercizio dell'azione penale e, dall'altro, le disposizioni generali in materia di prova, le quali rinviano ai concetti di irrilevanza e superfluità della

³⁴² V. G. FIORELLI, *I motivi di rifiuto dell'ordine investigativo europeo, quando “fidarsi è bene, ma non fidarsi è meglio”*, p. 99.

³⁴³ Cfr., A. MANGIARACINA, *Il procedimento di esecuzione dell'OEI e i margini nazionali di rifiuto*, cit., p. 121.

³⁴⁴ Cfr., *Relazione illustrativa*, cit., p. 5, dove si afferma che «[l']adozione di una via probatoria alternativa è sempre dovuta quando comporti una minore intrusività nella sfera dei diritti individuali».

³⁴⁵ V. I. ARMADA, *The European Investigation Order and the lack of european standards for gathering evidence*, in *New Journal of European Criminal Law*, vol. 6, 2015 (1), p. 16 s.

stessa³⁴⁶. In conclusione, ad avviso del legislatore delegato, il principio di proporzione deve ritenersi immanente al sistema interno relativo ai mezzi di prova e di ricerca della prova, con la conseguenza che, come si avrà modo di precisare più avanti, con riferimento a questa circostanza, tale canone non può essere invocato quale regola di esclusione della prova raccolta *ultra fines*³⁴⁷.

Quanto al secondo aspetto problematico, a destare perplessità è il generico riferimento ai “diritti e alle libertà” dell'imputato, della persona sottoposta ad indagini o di altre persone coinvolte che, come rimarcato, ai sensi dell'art. 7 d.lgs. n. 108 del 2017, rappresenta uno dei parametri che devono orientare il controllo di proporzionalità cui è chiamata l'autorità italiana nella procedura passiva. Nello specifico, si tratta di comprendere se vadano prese a riferimento le garanzie approntate dal nostro ordinamento o rilevino anche quelle predisposte dalla *lex fori*.

In proposito si è sostenuto che l'impiego dei termini “imputato” e “persona sottoposta alle indagini” richiama «figure che assumono uno specifico significato tecnico nel nostro ordinamento», pertanto il d.lgs. n. 108 del 2017 sembra dare rilievo esclusivamente alle garanzie nazionali (*id est* alla *lex loci actus*)³⁴⁸.

Tuttavia, questa affermazione non considera, per un verso, che i suddetti termini sono i medesimi che figurano nella traduzione italiana del testo della direttiva e, per l'altro, che, in ragione della formula “altre persone coinvolte”, potenzialmente possono rilevare le prerogative di qualsiasi soggetto interessato, indipendentemente dalla qualifica che gli viene attribuita nel nostro o in altro Stato.

Impostato il ragionamento in questi termini, e ammesso, dunque, che possa venire in considerazione anche la *lex fori*, non si riscontrano ragioni ostative all'applicazione del criterio della maggior tutela di cui all'art. 53 CDFUE; di talché si deve concludere che il referente per così dire “soggettivo” della verifica di proporzionalità debba individuarsi nelle garanzie di livello più alto tra quelle assicurate dalle legislazioni degli Stati coinvolti³⁴⁹, oltre che dalla CEDU e dalla relativa giurisprudenza³⁵⁰.

³⁴⁶ *Relazione illustrativa*, cit., p. 18.

³⁴⁷ V. *infra*, cap. III, sez. II, § 5.1.1.

³⁴⁸ R.E. KOSTORIS, *Processo penale e paradigmi europei*, cit., p. 145.

³⁴⁹ V. *supra*, cap. I, § 5.1.

³⁵⁰ V. *supra*, § 4.3.

Infine, è necessario considerare l'evenienza in cui il procuratore distrettuale o il giudice per le indagini preliminari rilevino che nel nostro ordinamento esiste un atto alternativo maggiormente proporzionato, ma l'autorità estera di emissione sia contraria al suo compimento.

Al riguardo, si rinvengono in dottrina due tesi di segno opposto. Una prima impostazione fa leva sugli artt. 10 § 5 direttiva e 9 comma 5 d.lgs. n. 108 del 2017, i quali non prevedono *per tabulas* una possibilità di rifiuto, facendo, viceversa, esclusivo riferimento alla circostanza in cui l'ordine non sia previsto dalla *lex loci* o non sia disponibile in un caso interno analogo³⁵¹. In altri termini, la ritenuta violazione del principio di proporzionalità, obbligando l'autorità di esecuzione esclusivamente a promuovere un'interlocuzione con quella di emissione, non è in grado di interrompere la procedura di collaborazione, con la conseguenza che il canone di proporzionalità, «così come formulato già nella stessa direttiva, rischia di tradire lo scopo per il quale è stato concepito»³⁵². Una seconda ricostruzione muove dalla facoltà riconosciuta all'autorità di emissione all'esito della consultazione di ritirare l'ordine, «in una sorta di autotutela», per giungere a sostenere che tale opzione non troverebbe giustificazione «se non si mantenesse la possibilità di un diniego da parte dell'autorità di esecuzione»³⁵³.

Ecco che, proprio quest'ultima lettura sembra essere stata fatta propria, seppur implicitamente, dalla Suprema Corte nella menzionata sentenza 7 febbraio 2019, Brega; al p.to 3 del considerato in diritto si afferma, invero, che la «comunicazione del decreto di riconoscimento dell'o.i.e. è finalizzata» «a consentire alla parte interessata la

³⁵¹ Così, M.R. MARCHETTI, *Ricerca e acquisizione probatoria all'estero: l'ordine europeo di indagine*, cit., p. 830.

Con riferimento alla (sola) disciplina contenuta nella direttiva cfr. A. MANGIARACINA, *A New and Controversial Scenario in the Gathering of Evidence at the European Level: The Proposal for a Directive on the European Investigation Order*, cit., p. 128, la quale preconizzava l'insorgere di questioni problematiche in sede di attuazione, tenuto conto che il riferimento alla proporzionalità, quale espresso motivo di rifiuto, era stato richiesto dalla Germania e dal Regno Unito, ma in mancanza di un consenso unanime, si è di fatto introdotto un «*hidden ground*» per il rifiuto.

³⁵² Ancora M.R. MARCHETTI, *Ricerca e acquisizione probatoria all'estero: l'ordine europeo di indagine*, cit., p. 831. Nello stesso senso Circolare del Ministero di Giustizia del 26 ottobre 2017, cit., p. 25 s.

³⁵³ M. CAIANIELLO, *L'OEI dalla direttiva al decreto n. 108 del 2017*, cit., p. 45 s.; nello stesso senso v. anche R.E. KOSTORIS, *Processo penale e paradigmi europei*, cit., p. 146; F. FALATO, *La proporzione innova il tradizionale approccio al tema della prova: luci ed ombre della nuova cultura probatoria promossa dall'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 20; A. MANGIARACINA, *L'acquisizione "europea" della prova cambia volto: l'Italia attua la Direttiva relativa all'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 165.

possibilità di tutelarsi eccependo [...] la presenza di eventuali motivi di rifiuto del riconoscimento o dell'esecuzione, “ovvero l'assenza di proporzionalità” dell'attività richiesta, ed ottenere di conseguenza» l'«annullamento del decreto» di riconoscimento. Ebbene, se come si è sottolineato in precedenza, tale annullamento è – seppur in ipotesi verosimilmente molto circoscritte³⁵⁴ – in grado di impedire l'esecuzione dell'ordine o la trasmissione dei relativi risultati, si deve ritenere, per converso, che il procuratore distrettuale che rilevi il difetto di proporzione sia obbligato a rifiutare la richiesta.

6. Specifiche disposizioni per determinati mezzi istruttori: tra massima attuazione del principio del *forum regit actum*, integrale applicazione del canone del *locus regit actum* e armonizzazione indotta

Passando a considerare la “parte speciale” della direttiva, ovvero quella dedicata ad alcuni atti istruttori che ricevono un'apposita regolamentazione, in apertura del presente capitolo si è anticipato che, se guardato con le lenti del rapporto tra *forum regit actum* e *locus regit actum*, è questo il terreno sul quale si assiste ad un'inversione del *trend* che, quantomeno fino all'approvazione della MAP, aveva caratterizzato, sotto questo specifico profilo, gli sviluppi dell'assistenza giudiziaria in materia penale.

Nondimeno, in via preliminare è opportuno precisare che quanto appena rilevato non vale per tutte le attività disciplinate nel Capo IV dell'atto eurounitario, rubricato, per l'appunto, «[d]isposizioni specifiche per determinati atti di indagine», ma, a ben vedere, solo per quelle che, fra di esse, si rivelano maggiormente afflittive nella prospettiva dei diritti fondamentali dei soggetti interessati dall'OEI. In questo senso, a venire in considerazione sono, nello specifico, le regole concernenti le operazioni di infiltrazione, le indagini bancarie e finanziarie e, infine, le intercettazioni di comunicazioni.

Diversi sono i casi della videoconferenza e della teleconferenza, congegni, questi, che – come rilevato in precedenza – consentono la più ampia attuazione del canone del *forum regit actum*, anche e soprattutto in ragione della possibilità offerta all'autorità dello Stato di emissione di provvedere direttamente all'esecuzione (*id est*

³⁵⁴ V. *supra*, § 4.1.

all'audizione) e, dunque, di applicare essa stessa la *lex fori*, evitando, così, l'intermediazione dell'autorità del Paese in cui l'atto deve essere (“materialmente”, ma non “virtualmente”) compiuto³⁵⁵.

Sempre a mo' di premessa, non sfugge come la scelta di operare una sostanziale omologazione delle procedure di assunzione degli atti istruttori contenuti nel suddetto Capo costituisca «un importante passo avanti verso il raggiungimento dell'auspicata armonizzazione»³⁵⁶; con riferimento al nostro sistema, la riprova è data dalla previsione che attua il c.d. “*real-time monitoring*” di operazioni bancarie, in relazione al quale, prima dell'approvazione del d.lgs. n. 108 del 2017, non era dato individuare un referente normativo.

Tuttavia, come è stato efficacemente affermato, siamo ancora ben lontani dall'assicurare la reciproca ammissione delle prove, soprattutto per la mancata previsione di «un sistema unitario e condiviso di sanzioni» processuali³⁵⁷; invero, è solo con riguardo ad una particolare categoria di intercettazioni di comunicazione che si prevede una specifica ipotesi sanzionatoria.

Iniziando dall'esaminare le regole in tema di *video-link* e di *call conference*, disciplinati, rispettivamente, dagli artt. 24 e 25 direttiva, non può essere trascurata la circostanza che tali disposizioni sono «l'espressione di un'operazione di “riciclo”» di quanto già prescritto dagli artt. 10 e 11 MAP³⁵⁸; di qui lo spunto per soffermarsi, oltre

³⁵⁵ V. *supra*, cap. I, § 3.2.

Una riflessione a parte merita anche l'istituto del trasferimento temporaneo di persona detenuta nello Stato di emissione o in quello di esecuzione per il compimento di un'attività istruttoria. Invero, questa sorta di «“estradizione processuale”» (B. GALGANI, *Assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea*, cit., p. 451), quando realizzata in favore del Paese nel quale si svolge il procedimento, fa sì che la formazione della prova non abbia luogo nell'ambito di una procedura transnazionale: ottenuta la presenza della persona detenuta nello Stato di emissione, l'espletamento dell'atto segue le regole di detto Stato, cosicché, per quanto concerne il momento assuntivo, la distinzione tra *lex fori* e *lex loci* perde di significato (rileva in proposito S. MARCOLINI, *La procedura attiva*, cit., p. 326, come, in questa circostanza, il procedimento probatorio non sia «spezzettato. Una volta ottenuta la presenza della persona la prova viene ammessa, assunta e valutata» nel territorio dello Stato di emissione, «con eliminazione in radice dei già denunciati, complessi problemi che talora insorgono nella formazione della prova transnazionale»).

³⁵⁶ R. DEL COCO, *Ordine europeo di indagine e poteri sanzionatori del giudice*, in *Dir. pen. cont. (web)*, 21 dicembre 2015, p. 8.

³⁵⁷ EAD., *ibidem*.

³⁵⁸ F. SIRACUSANO, *Tra semplificazione e ibridismo: insidie e aporie dell'Ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 687. Nello stesso senso, B. GALGANI, *Assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea*, cit., p. 452, la quale, al fine di rimarcare il differente contesto in cui le previsioni della MAP hanno visto la luce, muove dall'osservare che «quello all'alba degli anni Duemila era un mondo assai distante, sotto il profilo del progresso tecnologico, da quello in cui siamo oramai adusi a dipanare le nostre attività quotidiane; era, quello» – prosegue l'A. – «un mondo in cui da poco ci si era iniziati a confrontare con la *quaestio* delle menomazioni che l'impiego di strumentazioni

che sulle peculiarità che la disciplina dei meccanismi in parola presenta rispetto a quella contenuta nella “parte speciale” della direttiva, anche sugli elementi di divergenza tra le due normative.

In particolare, per quanto concerne l’audizione a distanza, dal punto di vista dei presupposti, a differenza di quanto stabilito dalla fonte convenzionale, non compare alcun riferimento alla “inopportunità” o “impossibilità” della comparizione del testimone o del perito sul territorio dello Stato richiedente (§ 1); si potrebbe, dunque, pensare che ciò apra ad un impiego potenzialmente illimitato dello strumento. Senonché, a scongiurare questo epilogo soccorre la disposizione di cui all’art. 6 § 1 lett. *b* direttiva, per cui si deve ritenere che, salvo sia diversamente disposto in sede di attuazione, le condizioni di emissione devono coincidere con i requisiti di ammissibilità previsti dalla *lex fori*³⁵⁹.

Lo stesso silenzio si riscontra con riferimento alla verifica dei presupposti di esecuzione e, questo, non deve stupire tenuto conto di quanto previsto dall’art. 10 § 2 direttiva; come evidenziato in precedenza, tale disposizione prevede, infatti che per gli atti non coercitivi e, segnatamente, per l’audizione di fonti dichiarative, comprese, dunque, quelle da effettuarsi mediante videoconferenza (ma il rilievo può essere esteso anche alla conferenza telefonica), nello Stato di esecuzione non deve essere svolto il controllo di legalità della misura³⁶⁰. Ciò non vale, tuttavia, quando si debba procedere ad ascoltare l’imputato, il quale deve prestare il proprio consenso all’audizione, pena il configurarsi di un apposito motivo di rifiuto. Questo è quanto stabilito opportunamente anche con riferimento alle dichiarazioni di un soggetto non contemplato dalla MAP, ovvero la persona sottoposta alle indagini (§ 2 lett. *a*); per entrambi i casi, non è più necessario, tuttavia, il consenso dell’autorità richiesta.

audiovisive nel processo penale avrebbe potuto comportare a carico di taluni diritti fondamentali tra cui, *in primis*, il diritto al contraddittorio e il diritto di difesa».

In questo senso, volgendo lo sguardo alla situazione attuale, è sufficiente richiamare, per quanto concerne l’ordinamento eurounitario, Raccomandazione del Consiglio del 31 luglio 2015, intitolata, per l’appunto, «Promuovere l’utilizzo e la condivisione delle migliori prassi in materia di videoconferenza transfrontaliera nel settore della giustizia negli Stati membri e a livello dell’UE», che pone l’attenzione esclusivamente sulla qualità dei mezzi tecnici impiegati al fine di considerare la presenza fisica della fonte dichiarativa fungibile con quella virtuale; e, per ciò che riguarda l’ordinamento nazionale, la recente proposta avanzata da ANM, di estendere lo spettro operativo dell’esame a distanza fino a ricomprendere qualsiasi situazione in cui vi sia da assumere una fonte di prova orale, il tutto «per assecondare le esigenze di economia processuale», oltre che «ridurre i costi di trasferta» (il testo della proposta è disponibile su associazionenazionalemagistrati.it, 10 novembre 2018).

³⁵⁹ V., *amplius, supra*, § 3.

³⁶⁰ V., *amplius, supra*, § 4.2.

Accanto al motivo fondato sulla mancanza del consenso, vi sono poi quello che poggia sulla contrarietà dell'esecuzione ai principi fondamentali della *lex loci* (§ 2 lett. b) e quello, "implicito", che considera il caso in cui l'autorità di esecuzione non disponga dei mezzi tecnici e quella di emissione non sia in grado di ovviare a tale carenza fornendo essa stessa gli strumenti necessari ai fini del collegamento (§ 4).

Quanto alla fase che precede l'espletamento dell'attività, la disciplina risulta sovrapponibile a quella della MAP: alla citazione provvede l'autorità di esecuzione secondo la propria legislazione (*lex loci*), assicurandosi, altresì, che la persona da ascoltare sia informata, in via preventiva, dei diritti che gli sono riconosciuti dalla legislazione dell'autorità di emissione (oltre che dall'ordinamento di esecuzione; § 3 lett. b).

Anche le regole che presidiano la fase propriamente esecutiva dell'attività sono assimilabili a quelle della fonte convenzionale. Si prevede, infatti, da un lato, che all'assunzione della dichiarazione proceda direttamente l'autorità di emissione secondo il proprio diritto interno (*lex fori*), spettando ad essa "condurre" ovvero "dirigere" l'audizione e, dall'altro, che l'autorità di esecuzione presenzi al compimento dell'attività, se del caso con l'assistenza di un interprete, al fine di controllare che nell'espletamento dell'attività siano rispettati i principi fondamentali della propria legislazione e, nel caso in cui ne ravvisi la violazione, di adottare i provvedimenti necessari affinché l'audizione prosegua nel rispetto dei suddetti principi (§ 5 lett., rispettivamente, c ed a). L'unico elemento di novità è rappresentato dall'estensione delle previsioni esaminate da ultimo anche al caso di audizione dell'imputato o della persona sottoposta alle indagini, cosicché le modalità di compimento di tale attività non sono più rimesse all'esclusivo accordo delle parti, cui conseguiva la possibilità, per l'autorità dello Stato richiesto, di pretendere finanche il rispetto di tutte le regole della *lex loci actus*.

Se, fino a qui, la disciplina risulta in linea con la disposizione generale di cui all'art. 9 § 2 direttiva, la quale, come sottolineato più volte, impone di osservare le formalità e le procedure della *lex fori*, salvo il contrasto con i valori fondamentali della *lex loci*, per quanto riguarda i «diritti procedurali [...], compreso quello di non testimoniare» della persona sottoposta alle indagini o dell'imputato e le facoltà di

astensione del testimone o del perito si assiste ad una “sommatoria” tra le tutele riconosciute da entrambi gli ordinamenti (§ 5 lett. e).

Per ciò che riguarda, infine, gli obblighi del soggetto da ascoltare, rilevano le disposizioni in tema di testimone renitente, falso o reticente fissate dalla *lex loci* (§ 7).

Passando a considerare la *call-conference*, la relativa disciplina rinvia alle previsioni dettate in materia di videoconferenza, fatta eccezione per gli aspetti concernenti i presupposti soggettivi e oggettivi³⁶¹. Dal primo punto di vista, coerentemente con la MAP, si stabilisce che per mezzo del meccanismo *de quo* non possono essere raccolte le dichiarazioni dell'imputato (o della persona sottoposta alle indagini). Dal secondo angolo prospettico, a differenza del testo convenzionale, è previsto il requisito dell'impossibilità o inopportunità per il testimone o il perito di comparire sul territorio dello Stato di emissione (§ 1), mentre scompare quello che richiede il consenso di tale fonte.

Esaminate le previsioni della direttiva nei tratti essenziali, è ora possibile porre l'attenzione sugli aspetti salienti del d.lgs. n. 108 del 2017, non senza, però, provvedere, in via preliminare, a sgomberare il terreno da un possibile fraintendimento: il riferimento operato da parte della direttiva all'audizione dell'imputato nulla ha a che vedere con l'istituto della c.d. “partecipazione a distanza” di cui agli artt. 146-*bis* e 205-*ter* commi da 1 a 4 disp. att. c.p.p., che si inserisce in un ambito del diritto processuale penale diverso da quello ricompreso dall'atto eurounitario, ovvero quello probatorio³⁶², riguardando, viceversa, il «campo, per certi versi limitrofo, della comparizione in udienza al fine di essere giudicati»³⁶³.

³⁶¹ Stabilisce, in particolare, l'art. 25 § 2 che «salvo diverso accordo l'art. 24, paragrafi 3, 5 e 6 e 7, si applica, *mutatis mutandis*, alle audizioni mediante teleconferenza».

³⁶² D. NEGRI, *La gigantesca espansione della videoconferenza come alternativa alla presenza fisica dell'imputato in giudizio*, cit., p. 571, il quale sottolinea come questa impostazione trovi conferma nel *considerando* n. 25, da quale emerge «la volontà di circoscrivere l'ambito di applicazione della direttiva alla raccolta di prove».

³⁶³ ID., *ibidem*, il quale, richiamando l'art. 1 della decisione quadro relativa al MAE, sottolinea come l'obiettivo di consentire la partecipazione a distanza dell'imputato rimanga «affidato al diverso strumento del mandato d'arresto europeo, appunto attivabile per ottenere la traduzione dall'estero dell'imputato in vista del processo cui è sottoposto». L'audizione mediante videoconferenza potrebbe servire «all'imputato che si trovi all'estero e accetti il giudizio *in absentia*» al solo fine di «fornire comunque un contributo dichiarativo, evitando l'emissione» del MAE, «se lo Stato di celebrazione del processo non reputasse al contempo necessaria la sua presenza fisica»; qui, per riprendere quanto si legge nel *considerando* n. 26, «l'audizione dislocata, grazie all'ordine di indagine, costituirebbe valida alternativa all'impiego di un mezzo sproporzionato come la traduzione coattiva da un Paese all'altro».

Questa impostazione sembra essere stata fatta propria anche dal d.lgs. n. 52 del 2017 di attuazione della MAP, che risulta perfettamente sovrapponibile alla disciplina di attuazione dell'OEI

Appuntando l'analisi, anzitutto, sulla videoconferenza, per quanto concerne il versante passivo della procedura (art. 18), a parte l'inserimento tra i soggetti che possono essere ascoltati a distanza del consulente tecnico (comma 1) e il riferimento, per ciò che attiene alla violazione degli obblighi testimoniali, agli artt. 366 ss. c.p. (comma 8), non si riscontrano sostanziali differenze con il tenore del testo eurounitario.

Maggiori specificazioni si rinvencono, invece, sul fronte della procedura attiva (art. 39). In questo senso, non possono essere trascurate, anzitutto, la previsione che attribuisce la competenza ad emettere l'ordine di audizione in *video conference* anche al pubblico ministero e quella che, tra le persone che possono essere ascoltate, contempla, oltre ai periti, ai consulenti tecnici e ai testimoni, anche quelle «informate dei fatti» (comma 1); ciò significa che, nell'ambito dell'OEI, la videoconferenza può essere utilizzata non solo in fase dibattimentale come accade a livello *purely domestic*, ma anche per il compimento di un atto di indagine³⁶⁴. Tale apertura deve essere accolta con favore se si considera l'ipotesi in cui non sia possibile ottenere la presenza del dichiarante sul territorio dello Stato e quella in cui la partecipazione dell'autorità italiana all'espletamento dell'attività sia contraria ai principi fondamentali del Paese di esecuzione; in queste evenienze, il ricorso alla videoconferenza consente, infatti, di evitare che l'atto sia posto in essere, seppur in ossequio alle forme ed alle modalità previste dalla nostra disciplina, da un'autorità – quella, appunto, dello Stato estero di esecuzione – diversa da quella che procede, abituata ad applicare le (differenti) regole del proprio ordinamento, nonché con una visione della strategia investigativa necessariamente limitata alle indicazioni fornite dall'autorità di emissione.

quanto ai casi in cui l'autorità italiana è legittimata ad emettere una richiesta di assistenza per l'assunzione di una fonte orale in videoconferenza (v., in particolare, l'art. 14 d.lgs. n. 52 del 2107 dove, come, già sottolineato, si fa riferimento all'art. 147-*bis* disp. att. c.p.p.). Non solo: nella *Relazione illustrativa* allo schema del suddetto decreto legislativo, il legislatore specifica che lo strumento *de quo* riguarda il compimento di «“atti istruttori”» (p. 8), di talché è possibile richiamare in questa sede i rilievi poc'anzi svolti a proposito dell'OEI

Per l'analisi delle disposizioni citate nel testo v. *supra*, cap. I, § 3.2.

³⁶⁴ Per questa sottolineatura v. (con riferimento, però, alla procedura passiva, dove l'estensione del ricorso alla videoconferenza in fase investigativa viene fatta discendere dalla circostanza che incaricato dell'esecuzione può essere anche il p.m.) M. BOLOGNARI, *Le videoconferenze*, in R.E. KOSTORIS-M. DANIELE (a cura di), *L'ordine europeo di indagine penale. Il nuovo volto della raccolta transnazionale delle prove nel d.lgs. n. 108 del 2017*, cit., p. 259.

In ordine alla possibilità di impiegare l'esame a distanza anche nel contesto dell'incidente probatorio sulla base della disciplina interna v. M. DANIELE, *La formazione digitale delle prove dichiarative. L'esame a distanza tra regole interne e diritto sovranazionale*, cit., p. 106 s.

Di estensione del perimetro operativo dello strumento rispetto a quanto stabilito dalle regole interne si è parlato anche in relazione alle condizioni di ammissibilità in senso stretto; a mente del comma 3 dell'art. 39, l'audizione a distanza transnazionale può essere richiesta non solo nei casi previsti dalla disposizione interna di riferimento, ovvero l'art. 147-*bis* disp. att. c.p.p. (lett. *c*)³⁶⁵, ma anche quando non sia opportuna la presenza del dichiarante sul territorio nazionale (lett. *a*) o nell'ipotesi in cui la persona da ascoltare sia detenuta all'estero (lett. *b*). Ebbene, a differenza di quanto osservato poc'anzi a proposito dell'ampliamento agli atti di indagine, siffatto allargamento lascia perplessi³⁶⁶, specie per l'elaborazione di un parametro indeterminato come quello che si riferisce all'inopportunità della presenza del dichiarante, essendo possibile, in questa sede, richiamare le critiche rivolte al criterio, altrettanto indefinito, legittimante il ricorso alla videoconferenza di cui all'ultima parte del comma 5 dell' art. 147-*bis* disp. att. c.p.p., quale quello che fa leva sulla "grave difficoltà di assicurare la comparizione" della fonte orale³⁶⁷. In tal senso, si è osservato, da una parte, che manca «un fondamento coerente con una prospettiva di eccezionalità» e, dall'altra, che i «contorni sfuggenti»

³⁶⁵ In particolare, il comma 2 di tale disposizione prevede che sentite le parti e verificata la disponibilità degli strumenti tecnici idonei, il giudice o il presidente, anche d'ufficio, "può", anzitutto, disporre l'esame a distanza per assumere la testimonianza dei collaboratori di giustizia ammessi a programmi di protezione e degli operatori sotto copertura. L'esame a distanza è, all'opposto, obbligatorio e diventa, quindi, la regola - salvo che il giudice ritenga assolutamente necessaria la presenza della persona da esaminare - allorché, *ex* comma 3, debbano essere sentite le persone ammesse al piano provvisorio di protezione o alle speciali misure di protezione previste dalla legge per i collaboratori e i testimoni di giustizia (lett. *a*), nonché nel caso in cui gli ufficiali o agenti di polizia giudiziaria siano chiamati a riferire in ordine alle attività svolte dagli stessi nel corso delle operazioni sotto copertura (lett. *c-bis*). Analogamente, "deve" essere disposto il collegamento a distanza sia quando nei confronti della persona da sentire è stato emesso il decreto di cambiamento delle generalità (lett. *b*), sia nell'ipotesi in cui, a prescindere da qualsiasi rapporto di collaborazione, si procede per uno dei delitti indicati negli artt. 51 comma 3-*bis* e 407 comma 2 lett. *a* n. 4 c.p.p. e l'esame riguarda le persone di cui all'art. 210 c.p.p., imputate, nel procedimento connesso, per un reato dello stesso reato (lett. *c*). Infine, a richiesta di parte, è "possibile" ricorrere all'esame a distanza per assumere la testimonianza delle persone di cui sia stata disposta la nuova assunzione nonostante le dichiarazioni da costoro rese in altre sedi siano già state acquisite; o quando vi siano gravi difficoltà ad assicurare la comparizione in udienza del dichiarante (comma 5).

Quanto alla più ristretta portata dal punto di vista soggettivo dell'art. 205-*ter* comma 5 disp. att. c.p.p., il quale consente di esaminare mediante collegamento audiovisivo (solo) i testimoni e i periti che si trovino all'estero v. M. BORDIERI, *L'impiego della videoconferenza nella cooperazione giudiziaria tra Stati*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 1132; G. PIZALI, *Le disposizioni sulla partecipazione al procedimento a distanza*, in G. DI CHIARA (a cura di), *Il processo penale tra politiche della sicurezza e nuovi garantismi*, Giappichelli, Torino, 2003, p. 85.

³⁶⁶ *Contra* M. BOLOGNARI, *Le videoconferenze*, cit., p. 270, il quale ritiene apprezzabile l'estensione, «dato che, nel caso di pericolo concreto per l'incolumità fisica o l'integrità psichica d[ei] soggetti» da ascoltare, «l'esame a distanza potrebbe divenire l'unico strumento a disposizione per acquisire la prova dichiarativa»; sennonché, è appena il caso di osservare come, queste situazioni paiano riconducibili alla clausola di cui alla seconda parte comma 5 dell'art. 147-*bis* disp. att. c.p.p.

³⁶⁷ V. *supra*, *sub* nota n. 365.

della clausola sono idonei ad innescare «dilatazioni esegetiche»³⁶⁸; il tutto con evidenti ricadute negative sui principi di oralità, di immediatezza e del contraddittorio. Del resto, quando si tratta di assumere una “prova” dichiarativa, l’interposizione elettronica del collegamento audiovisivo, impedendo il regolare svolgimento dell’esame incrociato secondo quanto stabilito dagli artt. 498 ss. c.p.p., si ripercuote inevitabilmente sui suddetti canoni che, in quanto diretta espressione di principi costituzionali, informano il dibattimento³⁶⁹.

Per tentare di restringere lo spettro operativo della disposizione, percorrendo un itinerario ermeneutico non proprio lineare, si potrebbero valorizzare i lavori preparatori della direttiva, laddove, in relazione alla clausola del medesimo tenore contenuta, però, nella regolamentazione della conferenza telefonica, si è fatto riferimento, a titolo esemplificativo, ad alcune situazione sintomatiche dell’inopportunità della comparizione, come la giovane o l’avanzata età del dichiarante o l’esistenza di seri problemi di salute³⁷⁰.

Venendo a considerare, ora, l’attuazione dello strumento della *call conference*, non stupisce che sia stato previsto solo nell’ambito della procedura passiva (art. 19): come sottolineato in dottrina, esso non preserva il nucleo minimo del contraddittorio perché la totale assenza di visibilità comprime in modo eccessivo tanto il diritto alla «confutazione contestuale delle dichiarazioni» quanto la facoltà del giudice di osservare il comportamento della fonte dichiarativa³⁷¹.

Tuttavia, appare evidente l’errore in cui è incorso il legislatore nazionale nell’attribuire all’autorità italiana (di esecuzione) il compito di verificare che non sia

³⁶⁸ G. FRIGO, *Videoconferenze giudiziarie: forti limiti all’oralità e al contraddittorio*, in AA. VV., *Le nuove leggi penali*, Cedam, Padova, 1998, p. 395.

³⁶⁹ D. CURTOTTI NAPPI, *I collegamenti audiovisivi nel processo penale*, cit., p. 305. A questo proposito merita rimarcare come nonostante siano stati sollevati da più parti dubbi di costituzionalità, la disposizione non è mai stata oggetto di valutazione da parte della Corte costituzionale. Ad occuparsi della questione è stata invece, in diverse occasioni, la giurisprudenza di merito, la quale, prima delle modifiche apportate all’art. 111 Cost. da parte della legge Cost. 23 novembre 1999, n. 2, ha escluso la violazione degli artt. 3 e 24 Cost. anche nel caso in cui «il collegamento audiovisivo con l’esaminando renda difficile vederne agevolmente il viso, cogliendo e valutando le espressioni del volto» (Trib. Palermo, ord. 29 maggio 1996, Andreotti, in *Cass. pen.*, 1997, p. 2889; Ass. Torino, ord. 22 luglio 1993, in *Dif. pen.*, 1994, f. 44, p. 102).

³⁷⁰ *Explanatory Memorandum* alla proposta di direttiva sull’OEI, 3 giugno 2019, p. 19. Per la lettura del criterio dell’inopportunità cui si è fatto riferimento v. M. BOLOGNARI, *Le videoconferenze*, cit., p. 266.

³⁷¹ In questi termini M. DANIELE, *La formazione digitale delle prove dichiarative. L’esame a distanza tra regole interne e diritto sovranazionale*, cit., p. 41 s.; v., inoltre, *supra*, cap. I, § 3.2.; *contra* M.R. MARCHETTI, *L’assistenza giudiziaria internazionale*, cit., p. 233 s.

possibile o opportuna la comparizione della persona da ascoltare nello Stato di emissione (comma 1). Come rimarcato in precedenza, l'audizione telefonica rappresenta, infatti, uno di quegli atti che devono essere "sempre disponibili" nel Paese di esecuzione, cosicché la valutazione in ordine alla sussistenza delle anzidette condizioni deve essere svolta esclusivamente dall'autorità dello Stato di emissione³⁷².

Appuntando l'analisi sugli altri congegni che ricevono una regolamentazione specifica, si è detto che è in relazione ad essi che le istanze della *lex loci actus* si fanno più pressanti; ed infatti, con riguardo a queste attività, tanto la direttiva, quanto il d.lgs. n. 108 del 2017 dispongono che si debba continuare ad applicare la legge del luogo ove l'atto probatorio viene portato a compimento.

Così, per quanto riguarda le «operazioni di infiltrazione» (art. 29 direttiva) o, per utilizzare la nostra nomenclatura, «sotto copertura»³⁷³, alle disposizioni dell'atto eurounitario che stabiliscono, per un verso, che la «decisione sul riconoscimento e sull'esecuzione di un OEI emesso ai sensi del presente articolo è adottata in ogni singolo caso dalle autorità competenti dello Stato di esecuzione nel rispetto del diritto e delle procedure nazionali» (§ 2) e, per l'altro, che le suddette operazioni «sono effettuate in conformità del diritto e delle procedure nazionali dello Stato membro nel cui territorio è effettuata l'operazione di infiltrazione» (§ 4); corrisponde, sul piano interno, l'art. 21 d.lgs. n. 108 del 2017, il quale, in relazione alla procedura passiva, rinvia, per quanto concerne tanto il riconoscimento, quanto l'esecuzione, all'art. 9 legge 16 marzo 2006, n. 146³⁷⁴. Tale disposizione delinea, come noto, una «sorta di statuto» delle indagini sotto copertura, indicando gli organi di polizia legittimati ad agire, le (tassative) fattispecie delittuose per cui sono attivabili, nonché le tipologie di investigazioni che possono essere compiute³⁷⁵.

³⁷² Peraltro, la traduzione offerta dalla disciplina di recepimento non chiarisce i parametri alla cui stregua deve essere valutata l'impossibilità o l'inopportunità di comparire dinanzi all'autorità di emissione; condizione, questa, cui è subordinata l'esecuzione dell'attività. Da questo punto di vista, nella nota che precede si è visto come, facendo ricorso all' *Explanatory Memorandum*, cit., si possano individuare degli spunti per ridurre il perimetro dell'inopportunità, e lo stesso vale per i contorni dell'impossibilità, da identificarsi, questa, con le situazioni cui la comparizione del dichiarante potrebbe esporlo a un grave pericolo (p. 19); sul punto v., ancora, M. BOLOGNARI, *Le videoconferenze*, cit., p. 266.

³⁷³ Cfr. *Relazione illustrativa*, cit., p. 12

³⁷⁴ Lo stesso vale per le cc. dd. "consegne controllate" previste dall'art. 28 § 2 direttiva, disposizione tradotta, sul piano interno, anch'essa attraverso il rinvio al suddetto art. 9 legge n. 146 del 2006, sia per quanto concerne la procedura passiva (art. 22 d.lgs. n. 108 del 2017), sia sul versante attivo (art. 42 d.lgs. n. 108 del 2017).

³⁷⁵ P.P. PAULESU, *Le operazioni sotto copertura*, in R.E. KOSTORIS-M. DANIELE (a cura di), *L'ordine europeo di indagine penale. Il nuovo volto della raccolta transnazionale delle prove nel d.lgs.*

Ecco che l'integrale rinvio alla normativa interna sembra riproporre, nel contesto della ricerca e acquisizione transnazionale degli elementi istruttori, tutte le criticità emerse nel dibattito nazionale a proposito del congegno investigativo *de quo*, rispetto al quale, come è stato efficacemente affermato, le tensioni tra le due anime del diritto processuale penale – repressione da un lato, rispetto dei diritti fondamentali degli individui dall'altro – si manifestano con maggior vigore³⁷⁶, non foss'altro per l'origine storica di questo strumento investigativo, la cui genesi è stata fortemente influenzata dalla figura – «intesa [...] come deriva deteriore del potere dello Stato nei confronti dei cittadini»³⁷⁷ – dell'agente provocatore, la cui funzione non è diretta all'osservazione e alla raccolta di elementi probatori in ordine all'avvenuta realizzazione di determinate condotte criminose, bensì all'esercizio di un'influenza causale sui soggetti con i quali entra in contatto, tanto da determinarli alla commissione di un reato che, altrimenti, essi non avrebbero commesso³⁷⁸.

In verità, vi è almeno un profilo in relazione al quale può dirsi compiuto un passo in avanti verso una maggiore salvaguardia delle prerogative dei soggetti che possono

n. 108 del 2017, cit., p. 348 s. Per l'analisi di questi aspetti e, più in generale, sulle caratteristiche dell'istituto, anche dal punto di vista delle ricadute sul piano del diritto penale sostanziale, v. V. FANCHIOTTI, voce *Agente sotto copertura*, in *Enc. dir.*, Annali, vol. VIII, Giuffrè, Milano, 2015, p. 13 ss., nonché, per quanto concerne le recenti modifiche alla disciplina introdotte dalla legge 9 gennaio 2009, n. 3 (c.d. "spazzacorrotti"), con varietà di angoli visuali, P. IELO, *L'agente sotto copertura per i reati di corruzione nel quadro delle tecniche speciali di investigazioni attive e passive*, in *Dir. pen. cont. (web)*, 5 marzo 2019; P. SCEVI, *Riflessioni sul ricorso all'agente sotto copertura quale strumento di accertamento dei reati di corruzione*, in *Arch. pen. (web)*, 16 gennaio 2019; T. PADOVANI, *La spazzacorrotti. Riforma delle illusioni e illusioni della riforma*, *ivi*, 30 novembre 2018; A. CAMON, *Disegno di legge spazzacorrotti e processo penale. Osservazioni a prima lettura*, *ivi*, 2 novembre 2018.

³⁷⁶ G. BARROCU, *Le operazioni di infiltrazione*, in M.R. MARCHETTI-E. SELVAGGI (a cura di), *Dalle modifiche al Codice di Procedura Penale all'Ordine europeo di indagine*, cit., p. 422.

Proprio «l'estrema delicatezza della materia trattata» sotto questo profilo «giustifica» – secondo la convinzione dei compilatori del d.lgs. n. 108 del 2017 – «una particolare attenzione nel richiamare le norme di diritto interno», che trovano, nel caso di specie, «esclusiva applicazione».

³⁷⁷ Ancora G. BARROCU, *Le operazioni di infiltrazione*, cit., p. 422.

³⁷⁸ In termini sostanzialmente analoghi, B. FRAGASSO, *L'estensione delle operazioni sotto copertura ai delitti contro la pubblica amministrazione: dalla giurisprudenza della Corte edu, e dalle Corti americane, un freno allo sdoganamento della provocazione poliziesca*, in *Dir. pen. cont. (web)*, 5 marzo 2019, § 3; in questo senso v., inoltre, N. VENTURA, *Le investigazioni under cover*, Cacucci, Bari, p. 17. Per le posizioni assunte dalla Corte di Lussemburgo e dalla giurisprudenza di legittimità – la prima impegnata nel delineare le coordinate entro le quali l'attività *undercover* può dirsi compatibile con il canone del giusto processo, la seconda investita del compito di individuare il perimetro delle attività contemplate dall'art. 9 legge n. 146 del 2006 – v., rispettivamente, Corte EDU, 4 novembre 2010, *Bannikova c. Russia*; Corte EDU, 21 febbraio 2008, *Pyrgiotakis c. Grecia*; Corte EDU, 21 marzo 2002, *Calabrò c. Italia e Germania*; Corte EDU, 9 giugno 1998, *Teixeira de Castro c. Portogallo*; e Cass. Pen., Sez. IV, 21 settembre 2016, C.S., in *Ced*, rv. 268998; Cass. Pen., Sez. VI, 2 aprile 2015, G. D., in *Cass. pen.*, 2016, p. 1894; Cass. Pen., Sez. III, 7 aprile 2011, Ediale, in *Dir. pen. cont. (web)*, 31 maggio 2011; Cass. Pen., Sez. II, 28 maggio 2008, Cuzzucoli, in *Ced*, rv. 241442.

essere coinvolti nella procedura. Il riferimento corre all'annosa questione circa la configurabilità dello strumento come attività ad iniziativa dei vertici della polizia, con (il solo) obbligo di successiva comunicazione al magistrato requirente³⁷⁹ o come attività che deve necessariamente collocarsi nell'ambito di un procedimento già avviato e, dunque, da condursi previa autorizzazione e sotto la direzione del pubblico ministero precedente³⁸⁰. Ebbene, tenuto conto che sulla base della disciplina generale il riconoscimento e l'esecuzione dell'ordine spettano al procuratore distrettuale (art. 4 commi 1 e 2 d.lgs. n. 108 del 2017) deve escludersi che le operazioni in esame possano essere svolte, anche solo per un lasso di tempo circoscritto, all'insaputa o a prescindere dall'intervento del pubblico ministero³⁸¹.

Peraltro, ad analoga conclusione deve pervenirsi in relazione alla procedura attiva; e, ciò, non in ragione della specifica disposizione di cui all'art. 40 d.lgs. n. 108 del 2017 che, per quanto concerne l'emissione, si risolve in un mero rinvio ai casi e alle modalità previste dal richiamato art. 9 legge n. 146 del 2006, quanto, piuttosto, facendo applicazione, anche in questo caso, delle disposizioni di "parte generale" della normativa. A rilevare è, nello specifico, la previsione di cui all'art. 27 d.lgs. n. 108 del 2017, giusta la quale l'ordine può essere emesso solo dal pubblico ministero o dal giudice, cosicché l'OEI per il compimento di operazioni sotto copertura non può mai essere inoltrato direttamente dalla polizia³⁸².

Quanto, poi, alle "investigazioni presso banche o istituti finanziari"³⁸³, si è accennato al fatto che è questo il terreno sul quale può dirsi realizzato, per l'ordinamento interno, un effetto di omologazione della disciplina nazionale, quantomeno dal punto di vista dell'individuazione di uno schema legale di riferimento che prima mancava³⁸⁴.

³⁷⁹ In questo senso G. AMATO, *Consentito l'utilizzo di documenti falsi*, in *Guida dir.*, 2006, f. 12, p. 122 e ID., *I traffici illeciti di sostanze stupefacenti*, II ed., Giuffrè, Milano, 1999, p. 448.

³⁸⁰ V., *ex multis*, L. FILIPPI, *Profili processuali della l. 438/01*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, p. 165; G. MELILLO, *Le recenti modifiche alla disciplina dei procedimenti relativi ai delitti con finalità di terrorismo o eversione*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 904.

³⁸¹ G. BARROCU, *Le operazioni di infiltrazione*, cit., p. 427 ad avviso del quale, laddove il procuratore distrettuale, ricevuto l'OEI, non ravvisi l'esistenza di un procedimento in corso, per dare seguito alla richiesta investigativa deve procedere alla previa iscrizione della notizia di reato.

³⁸² V. *supra*, § 3 e, per quanto riguarda nello specifico l'esclusione dal novero dei legittimati attivi della polizia giudiziaria, *sub nota* n. 261.

³⁸³ Occorre precisare sin da subito che, come chiarisce il *considerando* n. 28 della direttiva, la nozione di «istituti finanziari dovrebbe essere intes[a] secondo l'articolo 3 della direttiva 2005/60/CE», ovvero in senso ampio, sì da ricomprendere, ad esempio, anche le imprese di assicurazione.

³⁸⁴ A proposito della scelta di disciplinare in modo specifico questi atti di indagine anche a seguito della scomparsa del segreto bancario – istituto, questo, che aveva ispirato i precedenti interventi

Ciò non riguarda tanto la traduzione offerta dal decreto legislativo di recepimento dei meccanismi di acquisizione “statica” dei dati di cui agli artt. 26 e 27 direttiva – riguardanti la ricerca, rispettivamente, delle informazioni concernenti la titolarità di un conto corrente e delle informazioni sulle operazioni finanziarie compiute in riferimento ad un determinato conto corrente³⁸⁵ – i quali possono essere ricondotti alla disciplina dei sequestri; non a caso, l’art. 20 comma 1 d.lgs. n. 108 del 2017 stabilisce che all’esecuzione dell’ordine avente ad oggetto il compimento delle suddette attività l’autorità italiana procede secondo gli artt. 255 e 256 c.p.p. (art. 20 comma 1 d.lgs. n. 108 del 2017)³⁸⁶.

del legislatore eurounitario sul tema, primo fra tutti quello operato con il Protocollo addizionale alla MAP firmato il 16 ottobre 2001 a Lussemburgo e completamente “dimenticato” dal d.lgs. n. 52 del 2017 (su quest’ultimo aspetto v. le osservazioni di B. GALGANI, *Assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell’Unione europea*, cit., p. 466) – osserva M. PANZAVOLTA, *Le indagini bancarie*, in R.E. KOSTORIS-M. DANIELE (a cura di), *L’ordine europeo di indagine penale. Il nuovo volto della raccolta transnazionale delle prove nel d.lgs. n. 108 del 2017*, cit., p. 312, come essi mantengano tutt’ora «profili di delicatezza [...] sul piano dell’accesso a dati privati. I dati bancari sono dati attraverso cui è possibile entrare nella sfera privata della persona e che perciò sono soggetti alla protezione delle norme sulla privacy».

³⁸⁵ Cfr. S. MARCOLINI, *La procedura attiva*, cit., p. 328. Parla di «acquisizione di dati per il passato, ossia di dati già disponibili in possesso degli operatori bancari o finanziari» M. PANZAVOLTA, *Le indagini bancarie*, cit., p. 315.

³⁸⁶ V., in termini critici circa il rinvio all’art. 256 c.p.p., M. PANZAVOLTA, *Le indagini bancarie*, cit., p. 320 s., il quale sottolinea come la disposizione concerne la possibilità per coloro che sono titolari di segreto d’ufficio o professionale di opporre tale segreto, di talché potrebbe dare adito all’impressione che all’acquisizione di documenti bancari possano frapporsi ragioni di segretezza che, invece, non vengono in considerazione. «Si potrebbe [allora] pensare che il rinvio all’art. 256 sia fatto con il solo intento di specificare che il sequestro di documenti bancari dovrebbe essere in linea di massima preceduto da un ordine di esibizione documentale e che, solo in caso di inadempimento (parziale o totale) di quest’ultimo, l’autorità giudiziaria potrebbe procedere all’acquisizione coercitiva diretta tramite perquisizione e sequestro». Sennonché, come rileva l’A., la necessità di procedere in via preventiva con l’ordine di esibizione è «immanente nella logica del sistema processuale», nonché – si aggiunge noi – imposto, nel contesto dell’OEI, dalla necessità di osservare il canone di proporzionalità. Su tale aspetto v., inoltre, le osservazioni di R. BELFIORE, *Le indagini bancarie*, in M.R. MARCHETTI-E. SELVAGGI (a cura di), *Dalle modifiche al Codice di Procedura Penale all’Ordine europeo di indagine*, cit., p. 449 ss., secondo cui l’omesso riferimento all’art. 248 comma 2 c.p.p. sarebbe invece criticabile non solo perché si tratta di una disposizione rilevante «per le ricerche da effettuarsi proprio presso le banche, eventualmente mediante perquisizioni quando l’istituto di credito non asseconi le richieste di esibizione o consegna»; ma anche perché, «in seguito alla l. n. 48 del 2008 di ratifica della Convenzione del Consiglio d’Europa sulla criminalità informatica», tale disposizione «consente, sempre presso le banche, anche l’esame di dati, informazioni e programmi informatici» «particolarmente significativo là dove si debba procedere all’accesso a informazioni relative a operazioni bancarie effettuate in un dato periodo» (p. 450). Inoltre – prosegue l’A. – per «le stesse ragioni, altrettanto opportuno sarebbe stato fare riferimento alla disciplina delle ispezioni di cui all’art. 244 c.p.p. – sebbene non presentino alcuna specificità rispetto alla connotazione del luogo in cui avvengono –, a maggior ragione in seguito alla prevista possibilità di fare ricorso a operazioni tecniche che coinvolgono sistemi informatici e telematici, come si diceva molto importanti per risalire alle tracce di operazioni bancarie effettuate in un certo periodo»(p. 451).

Quanto alla procedura attiva, l’art. 40 d.lgs. n. 108 del 2017 si limita a fare obbligo all’autorità italiana di indicare anche i motivi della rilevanza dell’accertamento, nonché le informazioni utili all’individuazione delle banche o degli istituti finanziari interessati.

A venire in rilievo nella prospettiva poc' anzi delineata sono, piuttosto, le regole di attuazione del monitoraggio di operazioni bancarie e finanziarie "in tempo reale" previsto dall'art. 28 direttiva³⁸⁷, mancando nel sistema italiano una misura di indagine equivalente; circostanza, questa, che peraltro la fonte sovranazionale mostra di avere ben presente. Dispone, infatti, il § 2 del suddetto articolo che l'OEI concernente le operazioni in esame può essere rifiutato quando l'esecuzione dell'atto non è «autorizzata» in un caso interno analogo. Ecco che la scelta operata dal legislatore nazionale di dare attuazione alla disposizione eurounitaria attraverso il rinvio, per quanto riguarda il versante passivo della procedura, alle regole in materia di intercettazioni di comunicazioni di cui agli artt. 266 ss. c.p.p. (art. 20 comma 2 d.lgs. n. 108 del 2017) era una soluzione tutt'altro che obbligata, anche se, è opportuno precisarlo, un'opzione legislativa di segno contrario sarebbe stata «"miope"», in quanto, come è stato efficacemente affermato, l'impossibilità di rinvenire previsioni *ad hoc* per il compimento di questa attività non significa che essa sia preclusa, stante la possibilità di ricorrere ad atti investigativi atipici³⁸⁸.

Rebus sic stantibus, si deve ritenere che il d.lgs. n. 108 del 2017 abbia prodotto due ordini di effetti. Anzitutto, quello di rendere possibile, alle condizioni fissate dagli artt. 266 ss. c.p.p., il compimento del *real-time monitoring* dei dati finanziari nell'ambito della cooperazione giudiziaria a livello eurounitario. Inoltre, quello di sottoporre – sulla base di un'interpretazione costituzionalmente orientata – ad eguale disciplina il compimento della medesima attività a livello nazionale. Del resto, sostenere, viceversa, che le disposizioni relative alle captazioni di comunicazioni debbano essere rispettate solo per il monitoraggio di dati in tempo reale svolto in esecuzione di un OEI, mentre per quello effettuato a livello domestico valgono regole meno rigorose, significherebbe disattendere il principio di uguaglianza³⁸⁹. Peraltro, e si tratta di un aspetto che non può essere trascurato, questa lettura consentirebbe di fare chiarezza sulla disciplina applicabile al monitoraggio in tempo reale di flussi di dati tra

³⁸⁷ Si delinea, dunque, una disciplina che, alla stregua di quanto previsto nel menzionato Protocollo addizionale alla MAP, distingue le diverse attività in una logica di crescente invasività; cfr. S. ALLEGREZZA-F. NICOLICCHIA, *L'acquisizione della prova all'estero e i profili transnazionali*, in G. CANZIO-L.D. CERQUA-L. LUPÁRIA (a cura di), *Diritto penale delle società*, t. II, *Profili processuali*, Cedam, Padova, p. 1294.

³⁸⁸ M. PANZAVOLTA, *Le indagini bancarie*, cit., p. 324.

³⁸⁹ In termini sostanzialmente analoghi M. CAIANIELLO, *L'OEI dalla direttiva al decreto n. 108 del 2017*, cit., p. 30.

sistemi informatici, questione, questa, che la giurisprudenza di legittimità ha risolto talvolta rinviando alle regole in tema perquisizione se del caso effettuabile anche attraverso lo strumento del captatore informatico, talaltra richiamando la categoria della prova atipica di cui all'art. 189 c.p.p.³⁹⁰. Con ciò – sia ben inteso – non si vuole asserire che la soluzione prescelta dal legislatore sia necessariamente la più adeguata, anche e soprattutto tenuto conto che, se, per un verso, entrambe le misure incidono sulla sfera privata dell'individuo, per l'altro, è solo attraverso le intercettazioni che si limita il diritto alla segretezza delle comunicazioni³⁹¹; quanto, piuttosto, che essa può contribuire a fare ordine in un contesto caratterizzato, come detto, dall'assenza di un sicuro referente normativo e da ondivaghe prese di posizione della giurisprudenza di legittimità.

Nell'attesa di verificare quale posizione prevarrà nella prassi, mette conto rilevare come, in relazione alla procedura attiva – ambito, questo, nel quale, nonostante le maggiori esigenze di uniformità di trattamento, non si riscontra alcuna previsione diretta a regolare il *real-time monitoring* delle operazioni bancarie – la più volte menzionata *Relazione illustrativa* afferma che l'attività deve essere assimilata alle intercettazioni di comunicazioni informatiche o telematiche di cui all'art. 266-bis c.p.p., di talché la relativa richiesta dovrà conformarsi alle disposizioni con cui il d.lgs. n. 108

³⁹⁰ Cfr. Cass. Pen., Sez. V, 14 ottobre 2009, VIRRUSO, in *Ced*, rv. 246954; Cass. Pen., Sez. V, 30 maggio 2017, OCCHIONERO, in *Dir. pen. proc.*, 2018, p. 1063 con nota di S. ATERNO, *La Cassazione, alle prese con il captatore informatico, non convince sull'acquisizione mediante screen shot*.

³⁹¹ Rileva in proposito M. PANZAVOLTA, *Le indagini bancarie*, cit., p. che se dal punto di vista della tutela delle garanzie delle persone coinvolte la scelta di ricorrere alla disciplina delle intercettazioni proprio per le ragioni cui si è fatto riferimento appare corretta, altrettanto non può sostenersi analizzando questo profilo da un diverso angolo visuale. In particolare, posto che, come sottolineato, il monitoraggio in tempo reale dei conti non colpisce la segretezza delle comunicazioni «risulta [...] difficile giustificare il ricorso a regole di *discovery* e di deposito tanto rigide quanto quelle che valgono per le intercettazioni». *Contra* M. CAIANIELLO, *L'OEI dalla direttiva al decreto n. 108 del 2017*, cit., p. 31, ad avviso del quale la scelta operata dal legislatore nazionale deve ritenersi virtuosa, dal momento che si conforma all'orientamento che parrebbe trarsi dalla Corte di Lussemburgo, tesa a pretendere per attività assimilabili a quelle in discorso una regolamentazione da parte degli ordinamenti statuali in linea con quella prevista, nel nostro sistema, per la sola materia delle intercettazioni. Il riferimento corre ai menzionati *leading cases* Corte Giust. UE, Grande Sezione, sent. 8 aprile 2014, *Digital Rights Ireland*, cit. e Grande Sezione, sent. 21 dicembre 2016, *Tele2 Sverige*, cit. In particolare, in quest'ultima pronuncia la Corte ha statuito che l'art. 15 § 1 della direttiva 2002/58/CE relativa al trattamento dei dati personali a tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche così come modificata dalla direttiva 2009/136/UE, alla luce degli artt. 7, 8, 11 e 52 § 1 CDFUE osta ad una normativa nazionale che non limiti l'accesso delle autorità nazionali ai suddetti dati alle sole finalità di lotta contro la criminalità grave, che non sottoponga tale accesso al controllo preventivo di un giudice o di un'autorità amministrativa indipendente e che non esiga che i dati in parola siano conservati nel territorio dell'Unione europea; *conf.* R. BELFIORE, *Le indagini bancarie*, cit., p. 455, la quale sottolinea anche come la soluzione accolta dal d.lgs. n. 108 del 2017 sia perfettamente compatibile con quanto statuito dalla direttiva.

del 2017 ha recepito, sul versante attivo, le previsioni della direttiva relative all'ordine di intercettazione di comunicazioni³⁹².

Ponendo mente, da ultimo, proprio alla disciplina di tale strumento, si è detto come sia questo l'ambito dove si manifestano con maggiore evidenza le preoccupazioni del legislatore dell'Unione nei confronti del rispetto della *lex loci actus*, al punto che, seppur in relazione ad un'ipotesi circoscritta, si assiste all'introduzione di un'inedita previsione sanzionatoria. Non solo: quello delle captazioni di flussi comunicativi è anche il contesto nel quale il legislatore nazionale dimostra di non aver compreso appieno il senso del rinvio, da parte della direttiva, alle condizioni fissate dalla legislazione dello Stato di esecuzione.

Nello specifico, la regolamentazione approntata dall'atto eurounitario distingue la circostanza in cui ai fini dell'intercettazione di telecomunicazioni (*rectius* di "comunicazioni"³⁹³) sia indispensabile l'assistenza tecnica di un altro Stato membro (art. 30) da quella in cui, al contrario, tale ausilio non sia necessario (art. 31)³⁹⁴: nel primo caso, si considera l'ipotesi di un Paese membro che emette un OEI affinché un altro Stato membro proceda all'intercettazione, nel secondo, invece, lo svolgimento delle operazioni viene effettuato direttamente dallo Stato che ha interesse al compimento dell'atto, ma il fatto che il dispositivo oggetto di captazione sia in uso a persona che si trova (o che prevedibilmente si troverà) sul territorio di un altro Stato membro, impone che quest'ultimo sia notificato dell'intercettazione.

³⁹² *Relazione illustrativa*, cit., p. 21. Nello stesso senso v. Circolare del Ministero di Giustizia del 26 ottobre 2017, cit., p. 51.

³⁹³ Come rileva C. MARINELLI, *Le intercettazioni di comunicazioni*, in R.E. KOSTORIS-M. DANIELE (a cura di), *L'ordine europeo di indagine penale. Il nuovo volto della raccolta transnazionale delle prove nel d.lgs. n. 108 del 2017*, cit., p. 231, il termine impiegato dal legislatore eurounitario, se inteso letteralmente, lascerebbe infatti al di fuori della sfera di operatività le comunicazioni tra presenti.

Al medesimo A., si deve, inoltre, il rilievo critico per cui, stante la mancata enunciazione di una definizione di intercettazione, è possibile dubitare della legittimità del ricorso all'OEI, ad esempio, per l'esecuzione di operazioni suscettibili, già a livello nazionale, «di disparati inquadramenti, come nel caso delle video riprese».

³⁹⁴ Per completezza, si segnala che la direttiva nulla dispone a proposito dei dati esterni delle telecomunicazioni, mentre il legislatore nazionale si è preoccupato di disciplinarne l'acquisizione sia sul versante attivo della procedura (art. 25 d.lgs. n. 108 del 2017), sia su quello passivo (art. 45 d.lgs. n. 108 del 2017), limitandosi, per la verità, ad un mero rinvio alle forme e alle modalità previste dall'art. 256 c.p.p.; cfr. ancora C. MARINELLI, *Le intercettazioni di comunicazioni*, cit., p. 245 s. e 248 s., nonché M. CAIANIELLO, *L'OEI dalla direttiva al decreto n. 108 del 2017*, cit., p. 38, oltre a rilevare la «distonia formale» con la disciplina interna, il cui referente è l'art. 132 codice della *privacy*, sottolinea il rischio che il nostro Paese sconti un *deficit* strutturale di tutela – «di certo non cagionato (ma potenzialmente amplificato) dalla direttiva» – rispetto a quanto stabilito dalla giurisprudenza di Lussemburgo.

Inoltre, coerentemente con quanto già previsto in generale dall'art. 10 direttiva, la captazione deve essere "ammessa" alle stesse condizioni che nello Stato di esecuzione/notificato consentono di ricorrere al mezzo istruttorio in questione; il mancato rispetto dei presupposti previsti dalla *lex loci* può condurre, infatti, nell'ipotesi dell'art. 30, al rifiuto dell'esecuzione e, in quella dell'art. 31, ad un provvedimento dell'autorità dello Stato notificato con cui essa dispone che l'intercettazione non può essere effettuata o, se in corso, proseguita, e che gli eventuali risultati già ottenuti mentre la persona soggetta a intercettazione si trovava sul suo territorio non possono essere utilizzati o possono essere utilizzati solo a determinate condizioni.

Quanto, poi, alle modalità di svolgimento – aspetto, questo, che evidentemente rileva solo nel caso in cui per l'intercettazione sia indispensabile l'apporto dell'autorità dello Stato di esecuzione –, previa consultazione con l'autorità di emissione, è possibile procedere mediante la trasmissione immediata dei flussi comunicativi (c.d. "remotizzazione") o con la registrazione e la successiva trasmissione dei risultati.

A proposito del recepimento di queste previsioni da parte del legislatore italiano sul fronte passivo, per la circostanza in cui sia imprescindibile l'ausilio dell'autorità italiana non sorgono particolari difficoltà: *ex art. 23 d.lgs. n. 108 del 2017*, ricevuto l'ordine e verificate le condizioni di cui agli artt. 266 ss. c.p.p. nonché l'assenza di altri motivi di rifiuto, il procuratore distrettuale richiede l'autorizzazione a disporre le operazioni al giudice per le indagini preliminari, il quale, a sua volta, svolgerà i controlli imposti dall'art. 267 c.p.p., oltre che quello diretto ad accertare l'assenza di cause ostative al riconoscimento o all'esecuzione.

Diversamente, con riguardo al caso in cui le intercettazioni possono essere effettuate senza l'assistenza dell'autorità nazionale, non convince l'impostazione seguita nell'individuare le condizioni di ammissibilità previste dall'ordinamento interno. In particolare, l'art. 24 d.lgs. n. 108 del 2017 sembra circoscrivere il controllo dell'autorità italiana ai soli presupposti penalistici individuati dagli artt. 266 e 266-*bis* c.p.p. escludendo, viceversa, che possano rilevare gli altri requisiti di ammissibilità fissati dall'art. 267 c.p.p.: prevede, infatti, il comma 2 del suddetto articolo che «il giudice per le indagini preliminari ordina l'immediata cessazione delle operazioni se le intercettazioni sono state disposte in riferimento a un reato per il quale, secondo l'ordinamento interno, le intercettazioni non sono consentite». Questa lettura trova

conferma nel testo della *Relazione illustrativa* laddove si afferma che l'organo giurisdizionale «procede ad un vaglio “solo formale” di riscontro della ricorrenza di un titolo di reato che, nell'ordinamento interno, consente l'accesso al mezzo di ricerca della prova» in esame³⁹⁵. Del resto, stando, ancora, alle opinioni dei compilatori, «il sistema della direttiva non può che fondarsi [...] su un atto di reciproca fiducia da parte degli Stati, il che consente al giudice italiano di fondare il proprio giudizio su di un quadro “attestato” dall'autorità richiedente», non essendo pensabile che l'autorità italiana «possa e debba esaminare integralmente e direttamente gli elementi di fatto posti a fondamento delle richieste»³⁹⁶.

Senonché, siffatta ricostruzione contrasta con l'inequivocabile opzione coltivata dalla direttiva di ribadire, anche per lo strumento investigativo in esame, quanto previsto in generale dall'art. 10; se così non fosse, all'art. 31, il legislatore eurounitario avrebbe dovuto stabilire che “lo Stato di esecuzione individua le (diverse) condizioni in presenza delle quali la captazione deve essere interrotta o non eseguita” e non prevedere, come invece ha fatto, che l'intercettazione deve essere «ammessa in un caso interno analogo»³⁹⁷.

Senza contare, poi, che l'argomentazione dei *conditores* confonde due profili che devono essere tenuti distinti, dal momento che un conto è mettere in discussione quanto accertato dall'autorità estera, un altro è ricavare da quell'accertamento i presupposti di cui all'art. 267 c.p.p. Inoltre, imporre all'autorità italiana di astenersi dal valutare le ragioni fattuali che stanno alla base dell'ordine di intercettazione vale ad impedire a tale autorità di svolgere anche le verifiche relative al canone di proporzionalità, dal cui rispetto, in assenza di indicazioni di segno contrario, non è possibile prescindere in questa sede³⁹⁸.

³⁹⁵ *Relazione illustrativa*, cit., p. 15.

³⁹⁶ *Relazione illustrativa*, cit., p. 16.

³⁹⁷ Osserva M. DANIELE, *L'ordine europeo di indagine penale entra a regime. Prime riflessioni sul d.lgs. n. 108 del 2017*, cit., § 3.2., come quella di cui all'art. 31 direttiva sia una regola speciale cui attribuire un mero valore ricognitivo; il «suo unico effetto è quello di ribadire ciò che risulta già dalle regole generali». L'A. rileva, inoltre, come sposando l'impostazione che sembra essere stata fatta propria dal legislatore nazionale si consentirebbe di utilizzare sul territorio dello Stato mezzi istruttori estremamente invasivi per la *privacy* senza nessun indagine in merito all'esistenza dei presupposti storici volti a giustificarli. «Un esito del genere» – conclude l'A. – «risulterebbe incompatibile con l'obbligo di rispettare i diritti fondamentali, statuito a chiare lettere dall'art. 1 § 4 della direttiva e dall'art. 1 dello stesso decreto» di attuazione.

³⁹⁸ Cfr., A. NOCERA, *Il sindacato giurisdizionale interno in tema di ordine europeo di intercettazione*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, f. 1, p. 165, il quale, dopo aver chiarito che il principio di proporzionalità deve «ritenersi operante anche per il caso delle intercettazioni [...] ed alla sua

In definitiva, deve ritenersi che l'interprete sia obbligato a disapplicare l'art. 24 d.lgs. n. 108 del 2017 nella parte in cui, limitando lo spettro di operatività delle condizioni di ammissibilità della *lex loci actus*, si pone in contrasto con quanto previsto dagli articoli della direttiva poc'anzi richiamati.

Mutando angolo visuale e concentrando, dunque, l'attenzione sul versante attivo della procedura, si osserva come gli artt. 43 e 44 d.lgs. n. 108 del 2017 – i quali si occupano, rispettivamente, dell'evenienza in cui l'autorità italiana debba emettere un OEI di intercettazione da portare ad esecuzione con l'assistenza di un altro Stato membro e di quella in cui, viceversa, per procedere alla captazione di un dispositivo o di un sistema localizzato in un altro Paese membro la suddetta autorità non necessiti di alcun ausilio – non facciano altro che replicare le cadenze individuate dagli artt. 30 e 31 della direttiva, attribuendo al pubblico ministero o il compito di richiedere assistenza tecnica all'autorità dello Stato membro sul cui territorio deve compiersi l'intercettazione o, in difetto di supporto tecnico, quello di informare la medesima autorità straniera dell'inizio o dello svolgimento delle operazioni³⁹⁹. In entrambe le circostanze deve essere trasmessa copia del provvedimento che dispone l'intercettazione unitamente all'indicazione dell'autorità giudiziaria che lo ha emesso, del reato per il quale si procede, degli altri elementi in grado di consentire all'autorità notificata di valutare se l'intercettazione sarebbe ammessa in un caso interno analogo, delle informazioni utili all'identificazione del c.d. “bersaglio” e della durata dell'attività. Se, poi, la richiesta non soddisfa i requisiti previsti dalla *lex loci*, nel caso dell'art. 44, laddove l'intercettazione sia già in atto, l'organo della pubblica accusa è tenuto a disporre l'immediata cessazione e i relativi risultati saranno inutilizzabili totalmente o parzialmente, a seconda delle indicazioni fornite dall'autorità destinataria della comunicazione di avvio delle operazioni.

applicazione non osta la riconosciuta specificità delle norme che disciplinano il mezzo investigativo» *de quo*, afferma che «la verifica da parte dell'organo giudiziario dei caratteri di proporzionalità della misura investigativa presuppone una valutazione comparativa tra l'utilità dell'attività di indagine e l'interesse dei soggetti coinvolti nella captazione, i cui diritti e libertà personali non possono essere soggette a un sacrificio ingiustificato. Solo la sussistenza della indispensabilità della misura investigativa in relazione alle esigenze probatorie del caso concreto realizza le medesime condizioni legittimanti un atto di indagine analogo nell'ordinamento dello Stato richiesto».

³⁹⁹ Con riferimento alle ricadute sul c.d. “intradamento” dei flussi comunicativi, v. *infra*, cap. III, sez. II, § 5.1.2.

CAPITOLO III

L'INNESTO DEI RISULTATI DELL'ATTIVITÀ NEL PROCEDIMENTO NAZIONALE

Sezione prima

LE REGOLE PREVISTE DAL D.LGS. N. 108 DEL 2017

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L’inserimento nel fascicolo per il dibattimento degli atti compiuti all’estero a seguito di rogatoria e, ora, anche di ordine europeo di indagine: origine e *ratio* del trattamento differenziato rispetto agli atti di matrice interna. – 2.1. I verbali degli atti ripetibili “garantiti” tra risalenti criticità e nuovi profili problematici. – 2.2. I verbali degli atti non ripetibili: una questione solo apparentemente risolta? – 3. Acquisizione tramite lettura dei verbali di dichiarazioni raccolte all’estero oggettiva impossibilità dell’esame dibattimentale.

1. Premessa

Una volta analizzate le scelte circa l’*an* e il *quomodo* delle operazioni istruttorie non resta che concentrarsi su un aspetto – quello dell’utilizzabilità della provvista probatoria – che, come si è cercato di far emergere nel corso del primo capitolo, rappresenta il banco di prova di qualsiasi iniziativa volta ad agevolare la raccolta transnazionale delle prove.

Si tratta, in altre parole, di considerare le ricadute sul profilo che ha ispirato il progressivo abbandono del principio del *locus regit actum* in favore del canone del *forum regit actum*, ovvero quello della spendibilità del materiale istruttorio raccolto “altrove”.

Posta dunque l’attenzione sul piano dell’utilizzabilità, non si può fare a meno di rilevare come la direttiva sembri, quantomeno *prima facie* e fatta eccezione per le intercettazioni da compiersi senza l’assistenza tecnica dello Stato nel quale si trova il bersaglio⁴⁰⁰, non occuparsi di tale aspetto, rinviando, piuttosto, alle scelte dei singoli Paesi membri⁴⁰¹: l’art. 14 § 7 si limita, infatti, ad affermare che, ferme restando le norme

⁴⁰⁰ V. *supra*, cap. II, § 6.

⁴⁰¹ Cfr. M. DANIELE, *La sfera d’uso delle prove raccolte*, cit., p. 184.

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».

Iniziando dal considerare, dunque, le disposizioni con cui il d.lgs. n. 108 del 2017 ha inteso dare attuazione alla suddetta previsione, a rilevare è l'art. 36 rubricato, per l'appunto, «[d]isposizioni sulla utilizzabilità degli atti compiuti e delle prove assunte all'estero». In particolare, esso si compone di due commi che, di fatto, replicano la disciplina prevista dal codice di rito per le rogatorie: si prevede, infatti, per un verso, che confluiscono nel fascicolo per il dibattimento di cui all'art. 431 c.p.p. i documenti acquisiti all'estero mediante ordine europeo di indagine e i verbali degli atti irripetibili assunti con le stesse modalità (lett. *a*), nonché i verbali degli atti assunti all'estero, a seguito di ordine europeo di indagine, che non rientrano tra quelli irripetibili, ai quali i difensori sono stati posti in grado di assistere e di esercitare le facoltà loro consentite dalla legge italiana (lett. *b*); e, per l'altro, che, nei casi e con le modalità previsti dall'art. 512-*bis* c.p.p., deve essere data lettura delle dichiarazioni raccolte a mezzo dell'ordine nelle fasi precedenti al giudizio, a meno che non si tratti di dichiarazioni assunte in incidente probatorio che, in quanto tali, entrano automaticamente nel fascicolo per il dibattimento.

2. L'inserimento nel fascicolo per il dibattimento degli atti compiuti all'estero a seguito di rogatoria e, ora, anche di ordine europeo di indagine: origine e ratio del trattamento differenziato rispetto agli atti di matrice interna

Prima di appuntare l'attenzione sulle singole previsioni contenute nel comma 1 dell'art. 36 d.lgs. n. 108 del 2017, occorre soffermarsi sulle ragioni che hanno portato alla predisposizione del regime previsto per le rogatorie, il ché, tenuto conto della precisa opzione coltivata dal legislatore delegato di limitarsi a replicare tale impostazione per l'OEI, significa indagare la *ratio* su cui poggia anche la suddetta disposizione.

Da questo angolo prospettico, il punto di partenza era (*rectius* avrebbe dovuto essere) rappresentato dalla considerazione che la rogatoria, così come l'OEI, costituiva

un meccanismo di acquisizione probatoria impiegabile tanto nel corso delle indagini preliminari, quanto in dibattimento e, più in generale, nell'intero arco del procedimento⁴⁰². La «“genetica” possibilità di un ricorso alla rogatoria da parte del pubblico ministero» in fase investigativa poneva, dunque, un «problema di “gestione” del materiale raccolto» che, in ragione dell'applicazione del canone del *locus regit actum* cui era imperniato il sistema rogatorio, poteva assumere una natura «ambigua»⁴⁰³: per un verso, in quanto atto raccolto nel corso delle indagini preliminari, la sua naturale destinazione sarebbe stata, appunto, il fascicolo del pubblico ministero e non quello per il dibattimento; per l'altro, però, l'atto rogato poteva essere stato in concreto assunto con modalità sovrapponibili a quelle che, nel nostro ordinamento, connotano la formazione anticipata della prova mediante lo strumento dell'incidente probatorio. Detto altrimenti, l'atto sollecitato poteva «unire alla sua “natura originaria” di atto investigativo, date caratteristiche “acquisitive” che lo trasformano in prova *pleno iure*»⁴⁰⁴.

Rebus sic stantibus, non sorprende che il primo intervento – risalente al d.l. 8 giugno 1992, n. 306 – con cui il nostro legislatore ha messo mano all'art. 431 c.p.p. per farvi confluire “qualsiasi” atto rogato⁴⁰⁵ e, dunque, indipendentemente dalle modalità con cui esso fosse stato “formato”, abbia ricevuto aspre critiche da parte della dottrina, la quale ebbe a rimarcare come sarebbe stata necessaria una differenziazione di

⁴⁰² C. VALENTINI, *L'acquisizione della prova tra limiti territoriali e cooperazione con autorità straniere*, cit., p. 219.

A proposito della possibilità di avvalersi dell'ordine in tutte le fasi del procedimento penale v. *supra*, cap. II, § 3.

⁴⁰³ Ancora C. VALENTINI, *L'acquisizione della prova tra limiti territoriali e cooperazione con autorità straniere*, cit., p. 219.

⁴⁰⁴ EAD., *ivi*, p. 220, la quale sottolineava come le «ipotesi combinatorie» fossero molteplici; «per l'esattezza tante, quante le possibili forme procedurali previste da ordinamenti giuridici stranieri per l'acquisizione di atti chiesti mediante rogatoria internazionale». Una testimonianza, un confronto, una ricognizione – continua l'A. – sono suscettibili di essere eseguiti dalla polizia giudiziaria, dal pubblico ministero, da un giudice istruttore e, «anche in quest'ultimo caso, con o senza contraddittorio, ovvero sulla base di un contraddittorio meramente cartolare». «Se a tutto ciò si aggiungono le varie forme di “partecipazione” all'atto acquisitivo degli organi roganti, [...] è facile comprendere come l'atto istruttorio straniero possa finir con l'assomigliare al famoso “ircocervo” di crociana memoria».

⁴⁰⁵ Sul punto v. G. FRIGO, *La formazione della prova nel dibattimento: dal modello originario al modello deformato*, in *Giur. it.*, 1993, IV, p. 328 ss.; nonché, in ordine alla legge di conversione (7 agosto 1992, n. 356), C. ZAZA, *Lo schema accusatorio del nuovo codice di procedura penale dopo la l. n. 356 del 1992*, in *Cass. pen.*, 1993, p. 741 ss.

trattamento che tenesse conto delle formalità e delle procedure adottate dall'autorità straniera richiesta in fase esecutiva⁴⁰⁶.

Nello specifico, si è sostenuto che sarebbe stato indispensabile distinguere tra l'ipotesi in cui l'atto rogato fosse stato assunto con modalità equiparabili a quelle del nostro incidente probatorio e quella in cui, viceversa, l'attività richiesta fosse stata compiuta senza le garanzie che presidiano tale istituto: nel primo caso, nulla avrebbe ostato all'inserimento del materiale raccolto nel fascicolo per il dibattimento, nel secondo, invece, l'unica destinazione dell'atto avrebbe dovuto essere il fascicolo del pubblico ministero, con una possibilità di impiego limitata alle contestazioni⁴⁰⁷.

Ancora, fu sottolineata la natura "truffaldina" della motivazione che aveva ispirato l'interpolazione; motivazione che emergeva non tanto dai lavori preparatori, i quali non fornivano alcuna indicazione al riguardo⁴⁰⁸, bensì dall'accostamento, nell'ambito della lett. *d* del comma 1 dell'art. 431 c.p.p., degli atti formati nell'incidente probatorio a quelli assunti per rogatoria, in quanto entrambi evidentemente considerati irripetibili. Sennonché, era sufficiente rilevare come, a differenza dell'incidente probatorio, la rogatoria non fosse (e non sia tutt'ora) un meccanismo concepito per l'assunzione di atti irripetibili, bensì di atti rientranti sotto una sovranità diversa da quella dello Stato; né fosse congegnata in modo tale da assicurare che l'assunzione dell'attività richiesta garantisse sempre e comunque le modalità che caratterizzano l'istituto dell'incidente probatorio. Da qui la convinzione che la *ratio* della modifica dovesse essere individuata, piuttosto, nel canone di non dispersione dei mezzi di

⁴⁰⁶ Cfr. A. NAPPI, *Guida al nuovo codice di procedura penale*, Giuffrè, Milano, 1996, p. 89; G. ZURLI, *Rogatorie all'estero e fascicolo per il dibattimento: osservazioni critiche*, in *Cass. pen.*, 1996, p. 1197 s.; nonché C. VALENTINI, *L'acquisizione della prova tra limiti territoriali e cooperazione con autorità straniere*, cit., p. 221, la quale affermava che sarebbe stato opportuno predisporre una disciplina sulla falsariga dell'art. 78 disp. att. c.p.p., il quale stabilisce – oggi come allora – che «la documentazione di atti di un procedimento penale compiuti da autorità giudiziaria straniera può essere acquisita a norma dell'articolo 238 del codice» (comma 1); e 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. *infra*, sez. II, § 4.

⁴⁰⁷ Cfr. C. VALENTINI, *L'acquisizione della prova tra limiti territoriali e cooperazione con autorità straniere*, cit., p. 221.

⁴⁰⁸ Sottolinea in proposito S. RAMAJOLI, *Rogatorie all'estero e garanzie difensive*, in *Giust. pen.*, 1994, III, p. 341, che la relazione che accompagnava il disegno di legge poi tradottosi nella legge n. 356 del 1992 era del tutto laconico sul punto, limitandosi ad affermare che «si è previsto che le rogatorie all'estero vadano *ab origine* nel fascicolo per il dibattimento».

prova⁴⁰⁹, con la conseguenza che la logica sottesa al c.d. “doppio fascicolo” – istituto, questo, che, come è stato affermato, rappresentava, all’alba del nuovo codice di rito, la sua espressione più qualificante⁴¹⁰, riflettendo la netta separazione tra la fase delle indagini deputata alla verifica dei presupposti per l’esercizio dell’azione penale e caratterizzata da atti a valenza per lo più endofasica; e quella del giudizio imperniata sul dibattimento, «unica ed imprescindibile sede di formazione della prova», connotata da oralità e contraddittorio delle parti poste in condizioni di parità⁴¹¹ – risultava, di fatto, mortificata, non rinvenendosi la ragione per cui, gli atti dell’organo della pubblica accusa, «mai suscettibili di entrare fin dall’origine nel fascicolo per il dibattimento, salvo il caso di irripetibilità originaria, d[ovessero], invece, entrarvi solo perché compiuti per rogatoria»⁴¹².

A questo riguardo, prima di continuare, si impone una precisazione sul significato che assume – oggi come allora – l’inserimento di un atto nel fascicolo per il dibattimento.

Tale adempimento non produce, infatti, effetti di acquisizione probatoria e, dunque, non legittima l’impiego dell’atto a fini decisori. In altri termini, l’applicazione dell’art. 431 c.p.p. non pregiudica il procedimento di ammissione delle prove, con la conseguenza che il giudice del dibattimento deve, anzitutto, vagliarne l’ammissibilità e, successivamente, disporre la lettura ai sensi dell’art. 511 c.p.p.⁴¹³: è, infatti, solo a

⁴⁰⁹ C. VALENTINI, *L’acquisizione della prova tra limiti territoriali e cooperazione con autorità straniere*, cit., p. 222.

⁴¹⁰ G. FRIGO, sub *Art. 431*, in M. CHIAVARIO (coord. da), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, vol. IV, Utet, Torino, 1990, p. 713.

⁴¹¹ S. FIFI, voce *Fascicoli processuali*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. III, Utet, Torino, 2005, p. 505. Sulla funzione assegnata al sistema del doppio fascicolo dall’attuale codice di procedura penale v., altresì, P. CAPUTO, voce *Fascicolo*, *ivi*, vol. V, 1995, p. 135. Sulla funzione svolta dal fascicolo per il dibattimento v. anche la nota sentenza della Corte costituzionale 20 luglio 1999, n. 338 in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 1446 con nota di A. GIARDA, *I giudici della Consulta recuperano qualche carattere del sistema accusatorio*.

⁴¹² G. FRIGO, *La formazione della prova nel dibattimento: dal modello originario al modello deformato*, cit., p. 329.

⁴¹³ Cfr., *ex multis*, N. GALANTINI, *L’inutilizzabilità della prova nel processo penale*, cit., 1992, p. 36; A. NAPPI, *Sulla necessità di distinguere il procedimento di ammissione delle prove del procedimento di formazione del fascicolo per il dibattimento*, in *Cass. pen.*, 1991, p. 765 s. In giurisprudenza, con particolare riferimento proprio all’inclusione nel fascicolo di atti assunti mediante rogatoria internazionale, v. *Cass. Pen.*, Sez. VI, 14 gennaio 1999, Faiani, in *Cass. pen.*, 1999, p. 3538 e in *Arch. nuova proc. pen.*, 1999, p. 393, la quale ebbe ad affermare che «[g]li atti provenienti da autorità giudiziaria straniera, a seguito di apposita rogatoria, poss[on]o essere inseriti nel fascicolo per il dibattimento e utilizzati da giudice; va tuttavia precisato che la mera allegazione al fascicolo, di un atto o documento, ha funzione soltanto strumentale rispetto alla formazione della prova e non equivale, di per sé, ad “acquisizione” dei relativi contenuti; il momento al quale deve aversi riguardo, sia per verificare la correttezza dell’inserimento nel fascicolo sia per l’effettiva attuazione del principio della formazione

seguito di quest'ultimo adempimento che il suddetto «att[o] “per” il dibattimento diventa att[o] “del” dibattimento»⁴¹⁴. Ciò che risulta del tutto peculiare in queste ipotesi è, semmai, che, «trattandosi di atti già formati ovvero di documenti già prodotti, il vaglio sulla loro ammissibilità, di per sé logicamente prodromico al momento acquisitivo», «viene di fatto a coincidere con l'acquisizione mediante lettura» *ex art.* 511 c.p.p.⁴¹⁵; accade, cioè, «che l'ammissione [è] involuta nell'atto acquisitivo»⁴¹⁶.

Proprio con riferimento al controllo di ammissibilità degli atti rogati, si osserva come risalga al 1995 la nota sentenza n. 379 con cui la Corte costituzionale – chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale dell'art. 2 della legge di esecuzione della CEAG, nella parte in cui consente l'esperimento di rogatorie all'estero, disposte in fase dibattimentale, senza garantire la presenza del difensore –, stabilì che, «ai fini dell'utilizzabilità di un atto» assunto all'estero, «non basta che questo risulti compiuto secondo le regole vigenti nello Stato in cui è stato assunto» (*id est* conformemente alla *lex loci actus*), ma occorre anche che dette modalità non si pongano in contrasto con le leggi interne che [...], in qualsiasi modo, riguardino l'ordine pubblico, tra le quali, prime tra tutte, quelle» concernenti «l'esercizio inderogabile dei diritti della difesa», di talché, «in base al principio sancito nell'art. 24 della Costituzione, la presenza del difensore dell'imputato (o che questi sia stato posto in grado di assistere)» costituisce una «garanzia irrinunciabile» ai fini della possibilità di utilizzare un atto per la decisione di merito⁴¹⁷.

Questo, dunque, il terreno sul quale è germogliata la seconda modifica all'art. 431 c.p.p. introdotta con la legge 16 dicembre 1999, n. 476, cui si deve l'attuale

della prova al dibattimento nel contraddittorio delle parti, è invece – quello in cui il giudice manifesta la decisione di volersi avvalere di quell'atto o documento».

Quanto all'eccezione che riguarda il corpo del reato, il quale è sottratto al vaglio di ammissibilità in ragione, come noto, della sua intrinseca connessione con il processo, v. A. VELE, *sub Art. 234*, in G. TRANCHINA (a cura di), *Codice di procedura penale*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 1797.

⁴¹⁴ D. SIRACUSANO-F. SIRACUSANO, *Il giudizio*, in D. SIRACUSANO-A. GALATI-G. TRANCHINA-E. ZAPPALÀ, *Diritto processuale penale*, Giuffrè, Milano, 2018 – ed. a cura di G. DI CHIARA-V. PATANÈ-F. SIRACUSANO, p. 695.

⁴¹⁵ R. BELFIORE, *La prova penale “raccolta” all'estero*, cit., p. 64.

⁴¹⁶ F. CORDERO, *Tre studi sulle prove penali*, Giuffrè, Milano, 1963, p. 53. Nello stesso senso, v., altresì, N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, cit., p. 39, la quale, a proposito del provvedimento di ammissione della prova del giudice dibattimentale afferma che, con riferimento agli atti e ai documenti in discorso, tale provvedimento è, «da un punto di vista formale», «assorbito dall'atto di acquisizione con il quale il giudice del dibattimento [...] dispone la lettura degli atti contenuti nel fascicolo per il dibattimento» *ex art.* 511 c.p.p.

⁴¹⁷ V. *supra* cap. I, § 1, *sub nota* n. 47 cui si rinvia anche per la relativa bibliografia a commento.

disciplina dell'inserimento nel fascicolo per il dibattimento del materiale raccolto per rogatoria⁴¹⁸ e, ora, anche per mezzo dell'OEI: è infatti sufficiente procedere ad una rapida lettura delle lett. *d* ed *f* del comma 1 dell'art. 431 c.p.p. – le quali stabiliscono, rispettivamente, che i documenti e i verbali di atti non ripetibili confluiscono “di default” nel fascicolo per il dibattimento e che i verbali di atti ripetibili devono essere allegati al dossier processuale solo laddove «i difensori s[ia]no stati posti in grado di assistere» all'attività «e di esercitare le facoltà loro consentite dalla legge italiana» – per rendersi conto che, fatto salvo l'utilizzo del termine “rogatoria”, in luogo di “ordine di indagine”, si tratta delle stesse previsioni contenute nelle lett. *a* e *b* del comma 1 dell'art. 36 d.lgs. n. 108 del 2017.

Appuntando, dunque, l'attenzione su tali previsioni, quello che più interessa ai fini della presente trattazione è indagare se il cambiamento di paradigma operato dall'OEI nel senso di privilegiare il ricorso al canone del *forum regit actum* avrebbe altresì imposto un mutamento di prospettiva e, dunque, quali conseguenze discendono della scelta di replicare il regime pensato per atti formati sì oltre i confini nazionali, ma sulla base dell'opposto principio del *locus regit actum*.

Risulta evidente come la questione non possa riguardare i documenti di cui alla prima parte della lett. *a* dell'art. 36 d.lgs. n. 108 del 2017: essendo, questi, secondo l'impostazione tradizionale, rappresentazioni di contenuti probatori incorporati in una base la cui formazione è “esterna” al processo e “indipendente” da esso⁴¹⁹, è evidente come il passaggio da un regime improntato al canone del *locus regit actum* ad uno che accorda la preminenza a quello del *forum regit actum* nulla sposti, potendo tali principi trovare applicazione solo rispetto alle regole che presidiano la formazione di un dato

⁴¹⁸ Sulla c.d. “legge Carotti” e, in particolare, con riguardo ai profili che qui interessano, v. A. SCELLA, *L'inutilizzabilità delle prove raccolte all'estero mediante rogatoria*, cit., p. 350 ss.; F. CAPRIOLI, sub Artt. 25-26-*Il processo penale dopo la “legge Carotti” (II)*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, p. 295 s.

Quanto, poi, alla modifica apportata dalla legge Carotti al “meccanismo” di formazione del fascicolo per il dibattimento – in precedenza affidato alla cancelleria, seppur sotto la supervisione dell'organo giurisdizionale, e ora da svolgersi immediatamente dopo la lettura del decreto che dispone il giudizio nel contraddittorio tra le parti di fronte al giudice dell'udienza preliminare – v. A. SCELLA, *La formazione in contraddittorio del fascicolo per il dibattimento*, in F. PERONI (a cura di), *Il processo penale dopo la riforma del giudice unico*, Padova, Cedam, 2000, p. 422, nonché L. PISTORELLI, voce *Udienza preliminare*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. VIII, Roma, 2001, p. 13.

⁴¹⁹ Cfr., F. CORDERO, *Procedura penale*, IX ed., Giuffrè, Milano, 2012, p. 797 ss. Più in generale, sulla c.d. “prova documentale” v., *ex multis*, S. CARNEVALE, *Prova documentale (proc. pen.)*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, cit., p. 4689 ss.; I. CALAMANDREI, *La prova documentale*, Cedam, Padova, 1995, p. 5 ss.

elemento “nel” processo, di talché c’era da aspettarsi che sotto questo profilo niente sarebbe mutato⁴²⁰.

2.1. I verbali degli atti ripetibili “garantiti” tra risalenti criticità e nuovi profili problematici

Per quanto concerne gli atti ripetibili disciplinati dall’art. 36 comma 1 lett. *b* d.lgs. n. 108 del 2017, i quali, come detto, possono essere inseriti nell’incartamento processuale solo se rispetto ad essi «i difensori sono stati posti in grado di assistere e di esercitare le facoltà loro consentite dalla legge italiana», occorre, anzitutto, considerare

⁴²⁰ Ciò non significa certo che in sede di attuazione della direttiva 2014/41/UE, non si sarebbe potuto provvedere a correggere le storture che – come osservato dalla dottrina più attenta in tema di rogatorie (R. BELFIORE, *La prova penale “raccolta” all’estero*, cit., p. 71) – finiscono per introdurre una disparità di trattamento rispetto ai documenti reperiti a livello nazionale; disparità che si traduce in un evidente *favor* per l’utilizzabilità del materiale raccolto *ultra fines*. Ci si riferisce, più nello specifico, alla circostanza che, per quanto riguarda i documenti di matrice interna, l’art. 431 comma 1 lett. *g* ed *h* c.p.p. prevedono, rispettivamente, che siano immessi nel fascicolo per il dibattimento “solo” «il certificato generale del casellario giudiziario e gli altri documenti indicati nell’art. 236» c.p.p. e «il corpo del reato e le cose pertinenti al reato, qualora non debbano essere custoditi altrove». Gli altri documenti, possono, invece, essere allegati al fascicolo dibattimentale *ex art.* 515 c.p.p. dietro apposita richiesta delle parti ai sensi dell’art. 493 c.p.p. e, secondo quanto stabilito dal successivo art. 495 c.p.p., solo a seguito del provvedimento ammissivo del giudice, il quale provvede secondo gli artt. 190 comma 1 e 190-*bis* c.p.p., sentite le parti, dopo che queste hanno esercitato la facoltà di esaminare il materiale di cui è stata domandata l’ammissione. Risulta quindi evidente, l’intento di permettere alle parti di interloquire consapevolmente circa l’ammissione di ciò che viene chiesto, agevolandosi, così, anche l’esercizio del diritto alla controprova (A. VELE, *sub Art. 234*, cit., p. 1768). Diversamente, quando si tratta di documenti acquisiti per il tramite dell’OEI non si assiste ad alcuna distinzione, cosicché nel fascicolo per il dibattimento confluiscono, sin dal momento della sua formazione, “tutti” i documenti di provenienza straniera.

Orbene, si potrebbe pensare, come sostenuto all’indomani dell’approvazione della legge Carotti, che la circostanza che i documenti reperiti mediante l’ordine sono messi a disposizione del giudice sin dall’inizio della fase dibattimentale non è comunque d’ostacolo a che sulle prove in parola sia instaurato un contraddittorio analogo a quello tradizionalmente garantito dall’art. 495 c.p.p.; e, ciò, in ragione del metodo dialettico che caratterizza la predisposizione del fascicolo per il dibattimento a mente dell’art. 431 c.p.p. (A. SCCELLA, *La formazione in contraddittorio del fascicolo per il dibattimento*, cit., p. 436, il quale, tuttavia, sottolineava come la diversità di disciplina fosse difficilmente giustificabile).

Nondimeno, è stato opportunamente rilevato che mentre la dialettica che si instaura a seguito dell’emissione del decreto che dispone il giudizio «è posta a garanzia del controllo che il giudice» «effettua in merito a ciò che debba entrare e ciò che debba restare fuori» dal dibattimento, quella che ha luogo ai sensi dell’art. 495 c.p.p. verte sull’ammissibilità della prova documentale. Questo non significa certo che dei documenti acquisiti all’estero (oggi anche per mezzo dell’OEI) non debba essere verificata l’ammissibilità. Tuttavia, è innegabile che consentire l’ingresso nel fascicolo per il dibattimento, sin dal momento della sua formazione, di un documento di cui deve essere ancora accertata l’ammissibilità significa accettare il rischio che quel documento eserciti una qualche influenza sulle determinazioni del giudice del dibattimento, anche qualora questi ritenga di escluderlo dalla piattaforma cognitiva su cui fondare la pronuncia di merito (V. R. BELFIORE, *La prova penale “raccolta” all’estero*, cit., p. 70-72).

la questione sorta all'indomani dell'entrata in vigore della legge n. 479 del 1999 in ragione della laconicità di tale formula, che non chiarisce la portata delle prerogative difensive cui si riferisce.

Da questo punto di vista, una prima impostazione sosteneva che le “facoltà consentite al difensore dalla legge italiana” fossero quelle alle quali il nostro ordinamento subordina l'assunzione dibattimentale del mezzo di prova «corrispondente al tipo» di atto investigativo ripetibile che di volta in volta viene in considerazione⁴²¹. Ciò, al fine di offrire un'interpretazione della disposizione il più rispettosa possibile dell'allora “nuovo” quarto comma dell'art. 111 Cost., nonché di scongiurare che si realizzasse un'ingiustificata disparità di trattamento rispetto agli atti analoghi di matrice interna, i quali, come noto, possono essere inclusi nella piattaforma probatoria dibattimentale solo se, «per fatti o circostanze imprevedibili, ne sia divenuta impossibile la ripetizione» (art. 512 c.p.p.), ovvero su accordo delle parti (art. 431 comma 2 c.p.p.).

Così, esemplificando, si è affermato che laddove fosse stata richiesta l'assunzione di informazioni testimoniali nel corso della fase investigativa, queste avrebbero potuto essere introdotte nel fascicolo per il dibattimento solo se, in applicazioni della *lex loci actus*, tale attività fosse stata espletata secondo le modalità previste per la testimonianza⁴²².

Una seconda lettura, invece, pur sottolineando l'incompatibilità della previsione con il principio della formazione della prova nel contraddittorio fra le parti, riteneva che, tenuto conto del dato letterale, ai fini dell'inserimento nel fascicolo per il dibattimento *ex art. 431 c.p.p.* degli atti rogati ripetibili fosse sufficiente la presenza, pure «soltanto potenziale»⁴²³, del difensore «anche se non prevista dalla disciplina processuale italiana, ma senza che gli sia consentito interloquire», dal momento che, «in conformità alla fisiologica natura “unilaterale” degli atti predibattimentali degli organi inquirenti», raramente il codice di rito attribuisce “facoltà” laddove l'atto investigativo da compiersi sia suscettibile di ripetizione⁴²⁴.

⁴²¹ F. CAPRIOLI, sub *Artt. 25-26-Il processo penale dopo la “legge Carotti” (II)*, cit., p. 295.

⁴²² ID., *ibidem*.

⁴²³ F.M. GRIFANTINI, *Attività preparatorie del contraddittorio dibattimentale*, II ed., Giappichelli, Torino, 2009, p. 46.

⁴²⁴ C. CESARI, “*Giusto processo*”, *contraddittorio ed irripetibilità degli atti di indagine*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 67 s., nota n. 23, secondo la quale «la clausola si riferisce alla generica assistenza della difesa al compimento dell'atto e all'esercizio delle facoltà previste dalla legge italiana» non trova giustificazione se non nei casi in cui vi sia stato il contraddittorio. E, però, continua l'A., «il

Per riprendere l'esempio delle sommarie informazioni testimoniali, sarebbe bastato che il difensore fosse stato preventivamente avvisato dell'espletamento dell'atto⁴²⁵.

La giurisprudenza di legittimità, dal canto suo, ha mostrato di condividere solo apparentemente la prima ricostruzione, laddove, nel sottolineare la differenza tra l'attuale formulazione dell'art. 431 comma 1 lett. *f* c.p.p. e la disposizione introdotta con il d.l. n. 303 del 1992, ha affermato che quest'ultima «prevedeva l'allegazione al fascicolo per il dibattimento dei verbali degli atti assunti all'estero a seguito di rogatoria, ancorché si fosse trattato di atti ripetibili e l'ordinamento dello Stato estero» «“non richiedesse per l'assunzione le garanzie del contraddittorio”»; basti considerare, infatti, che a fronte di questa premessa, la Suprema corte ha statuito l'utilizzabilità delle dichiarazioni raccolte all'estero tramite rogatoria nel caso in cui si sia proceduto in assenza del difensore, qualora quest'ultimo sia stato tempestivamente avvisato del compimento dell'atto⁴²⁶.

Non solo. Nella medesima pronuncia, è stata ritenuta manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale sollevata con riferimento all'art. 431 comma 1 lett. *f* nella parte in cui, per l'appunto, consente l'inserimento nel fascicolo dibattimentale di atti assunti all'estero senza la presenza del difensore. In particolare, i giudici di legittimità hanno, anzitutto, escluso che la disposizione, se posta a confronto con la disciplina dell'incidente probatorio, configuri una violazione dell'art. 3 Cost., essendo previsto solo per quest'ultimo che, ai sensi dell'art. 401 comma 2 c.p.p., in caso di mancata comparizione del difensore della persona sottoposta alle indagini, il giudice designa un altro difensore *ex art.* 97 comma 4 c.p.p. Quanto, poi, all'invocato contrasto con i principi di cui agli artt. 24 e 111 Cost., è stato richiamato il *leitmotiv* secondo cui l'esercizio del diritto di difesa può essere variamente modulato e adattato dal legislatore ordinario in sintonia con le peculiari caratteristiche dei singoli istituti, sempreché esso

disposto è suscettibile di un'esegesi molto più elastica». Nello stesso senso v. F.M. GRIFANTINI, *Attività preparatorie del contraddittorio dibattimentale*, cit., p. 45 s.; N. GALANTINI, *Limiti e deroghe al contraddittorio nella formazione della prova*, in AA. VV., *Il contraddittorio tra Costituzione e legge ordinaria*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 92. Solo parzialmente in linea con questa ricostruzione è A. SCILLA, *La formazione in contraddittorio del fascicolo per il dibattimento*, cit., p. 433, secondo il quale «il riferimento alla possibilità dell'esercizio delle facoltà riconosciute dalla legge italiana sta a significare che ai difensori deve essere stato possibile contribuire attivamente all'espletamento della rogatoria».

⁴²⁵ C. CESARI, "Giusto processo", *contraddittorio ed irripetibilità degli atti di indagine*, cit., p. 68, nota n. 23

⁴²⁶ Cass. Pen., Sez. I, 8 novembre 2007, Sommer, in *Cass. pen.*, 2008, p. 4040.

non risulti vanificato e la differenza delle discipline sia rispondente a esigenze ragionevoli. Nondimeno, è perfino superfluo rilevare come nel caso dell'art. 431 comma 1 lett. *f* c.p.p., per riprendere le parole della Cassazione, ad essere “adattato” e “modulato” è il contraddittorio nella formazione della prova; un canone che non risulta “bilanciabile”, quanto, piuttosto “derogabile”, ma solo nei casi riconducibili alle ipotesi contemplate dal comma 5 dell'art. 111 Cost., tra le quali evidentemente non rientra quella che poggia sulla provenienza estera dell'atto.

Trasposta sul piano dell'OEI, la questione deve essere affrontata tenendo a mente che l'autorità italiana di emissione – in questo caso il pubblico ministero – non è più costretta a rassegnarsi a che l'atto sia compiuto in ossequio alla *lex loci actus* e ad attendere i risultati per comprendere se esso possa essere incluso o meno nel *dossier* del dibattimento. Invero, la preminenza accordata al canone del *forum regit actum* fa sì che, per un verso, spetti all'autorità di emissione individuare le regole (della *lex fori*) che devono essere seguite nell'espletamento dell'attività e, per l'altro, che l'autorità di esecuzione possa sottrarsi solo laddove ritenga che le suddette regole si pongano in contrasto con i principi fondamentali dell'ordinamento del proprio Stato e per procedere al compimento dell'atto sia, dunque, necessario applicare anche le regole della legge processuale di tale Paese che presidiano i principi in parola.

Da qui, la convinzione che un regime differenziato di allegazione al fascicolo per il dibattimento trovi giustificazione in relazione alla sola evenienza da ultimo considerata, mentre nel caso in cui difettino ragioni ostative all'esecuzione dell'atto in ossequio alla legge processuale italiana, risulta difficile comprendere il motivo per cui gli atti ripetibili assunti per mezzo dell'OEI possano entrare nella piattaforma probatoria dibattimentale al di fuori dei casi già ricordati di cui agli artt. 431 comma 2 e 512 c.p.p.

Tuttavia, come emerge dalla lettura dell'art. 36 comma 1 lett. *b* d.lgs. n. 108 del 2017, non è stata operata alcuna distinzione; ecco che tale disposizione non solo ripropone, sul terreno dell'OEI, le criticità connesse alla formulazione della clausola che fa riferimento alla circostanza che “il difensore sia stato posto in grado di assistere e di esercitare le facoltà riconosciutegli dalla legislazione nazionale” cui si è fatto riferimento poc'anzi, ma finisce anche per delineare ulteriori profili problematici.

In particolare, laddove trovasse spazio la tesi secondo cui l'atto di indagine, per confluire nell'incartamento processuale, deve rispettare le garanzie previste per il

compimento del corrispondente mezzo di prova, verrebbe a configurarsi un meccanismo di anticipazione dell'istruzione dibattimentale che, a differenza dell'incidente probatorio, non solo non è collegato a ragioni di non rinviabilità dell'attività – requisito, questo, che, come noto, ha vieppiù perso di centralità nella disciplina dell'istituto *de quo*⁴²⁷ –, ma prescinde anche dalla tassativa catalogazione dei mezzi di prova suscettibili di preventiva assunzione e dalla vincolante predeterminazione delle situazioni di fatto legittimanti l'instaurazione della procedura acquisitiva anticipata⁴²⁸: tutto sarebbe, infatti, rimesso alla discrezionalità del pubblico ministero cui in ogni caso spetta decidere – per riprendere l'esempio – se richiedere che l'audizione della fonte dichiarativa avvenga di fronte a un giudice in contraddittorio e, pertanto, il relativo verbale sia inserito nel fascicolo per il dibattimento, oppure con le forme di cui all'art. 362 c.p.p., con la conseguenza che, in siffatta ipotesi, il contributo dichiarativo raccolto potrà essere utilizzato solo a livello endofascico.

Nell'ipotesi – assai più verosimile tenuto conto di quanto affermato dalla giurisprudenza di legittimità in tema di rogatorie – in cui, invece, fosse accolta l'interpretazione che si accontenta della mera assistenza potenziale del difensore, le conseguenze sarebbero ancor più disfunzionali, in quanto alla valutazione del tutto arbitraria del pubblico ministero verrebbe rimessa non l'anticipazione del dibattimento, bensì lo svilimento delle garanzie che l'art. 111 comma 4 Cost. impone di seguire in tale fase.

Messi a fuoco gli scenari che potranno figurarsi, risulta ancor più evidente che se il d.lgs. n. 108 del 2017 avesse circoscritto l'operatività della clausola di cui all'art. 36 comma 1 lett. *b* ai soli atti ripetibili assunti per il tramite dell'OEI al cui compimento non è stato possibile procedere con l'esclusiva osservanza delle disposizioni del codice di rito, l'organo della pubblica accusa sarebbe stato obbligato, in prima battuta, a indicare all'autorità di emissione le sole formalità e procedure previste per

⁴²⁷ Per questo aspetto si rinvia a G. DI CHIARA, *Incidente probatorio*, in *Enc. dir.*, Agg. VI, Giuffrè, Milano, 2002, p. 550.

⁴²⁸ In termini sostanzialmente analoghi L. SURACI, *L'incidente probatorio. Tra tutela della prova e protezione della persona*, Pacini, Pisa, 2017, p. 23. In ordine alla tassatività che caratterizza l'elencazione dei "casi" di cui all'art. 392 c.p.p. v., fra gli altri, G. BIONDI, *L'incidente probatorio nel processo penale*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 7, nonché C. MORSELLI, *L'incidente probatorio*, Utet, Torino, 2000, p. 51. Per il rilievo secondo cui le ipotesi previste dal suddetto articolo non sarebbero invece le uniche nelle quali è possibile accedere all'istituto, purché – si badi bene – sussista comunque una situazione in cui è prevedibile l'irripetibilità del compimento dell'attività in dibattimento v. N.E. LA ROCCA, voce *Incidente probatorio*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. VI, Utet, Torino, 2010, p. 290.

l'espletamento di quell'attività "investigativa" a livello nazionale, dal momento l'utilizzabilità del relativo verbale sarebbe stata limitata alla sola fase delle indagini preliminari.

Da ultimo, pare opportuno operare un raffronto con la disciplina prevista per un congegno, quello delle squadre investigative comuni (d'ora in poi: SIC), anch'esso concepito per il compimento di attività (esclusivamente) investigative oltre i confini nazionali⁴²⁹, ma che dal punto di vista delle regole da osservarsi in sede esecutiva si colloca agli antipodi dell'OEI, in quanto, come sottolineato nelle note della trattazione, fin dalla sua prima "apparizione" in un atto normativo comunitario, è risultato incentrato sul principio del *locus regit actum*⁴³⁰.

Ecco che, nella relativa disciplina di trasposizione di cui al d.lgs. n. 34 del 2016, ci si aspetterebbe di rinvenire le stesse previsioni contenute nell'art. 431 comma 1 lett. *d ed f*: come osservato in precedenza, la predisposizione di una "corsia preferenziale" di ingresso nel fascicolo per il dibattimento di atti normalmente destinati all'incartamento del pubblico ministero rinviene (*rectius*, dovrebbe rinvenire) una propria giustificazione laddove, in ragione delle modalità acquisitive previste dalla *lex loci*, tali atti – che avrebbero dovuto avere natura investigativa – presentino le caratteristiche di prova *pleno iure* ai sensi della *lex fori*.

Tuttavia, è solo con riferimento agli atti irripetibili che si stabilisce, alla stregua di quanto previsto per le rogatorie (e ora anche per l'OEI), che «il requisito dell'irripetibilità rappresenta il sigillo che» ne «consente l'automatica trasmigrazione nel carteggio decisorio»⁴³¹.

⁴²⁹ Sulla scelta di non inglobare, nell'ambito della direttiva 2014/41/UE, la decisione quadro 2002/465/GAI che, sostituendo l'art. 13 MAP, rappresenta la disciplina eurolunitaria di riferimento per quanto concerne le SIC v. le osservazioni critiche *supra* cap. II, § 1, *sub* nota n. 226.

Quanto alla "funzione" che la costituzione di una SIC è diretta ad assolvere V. R. BELFIORE, *Le squadre investigative comuni nel d.lgs. n. 34/2016*, in *Cass. pen.*, 2016, p. 3886, la quale, richiamando il *considerando* n. 6 della suddetta decisione quadro, evidenzia come le *joint investigation team* siano state pensate per «facilitare indagini congiunte al di fuori del tradizionale perimetro segnato dalle procedure rogatorie, in particolare, ma non solo, in materia di traffico di stupefacenti, tratta di esseri umani e terrorismo».

⁴³⁰ Con riferimento alla circostanza che quella degli atti da compiersi nell'ambito della squadra investigativa comune rappresentava una delle tre deroghe al principio sancito dall'art. 4 § 1 MAP v. *supra*, cap. I, § 3, *sub* nota n. 70.

Quanto all'attuale disposizione nella quale è cristallizzato il principio secondo cui la SIC opera conformemente alla *lex loci actus*, a venire in rilievo è l'art. 3 lett. *b* decisione quadro 2002/465/GAI secondo cui «la squadra opera in conformità del diritto dello Stato membro in cui interviene».

⁴³¹ R. DEL COCO, *Circolazione della prova e poteri sanzionatori del giudice*, cit., p. 188.

Viceversa, per quanto concerne gli atti ripetibili, l'art. 6 comma 3 afferma «che gli atti compiuti all'estero dalla squadra investigativa comune hanno la stessa efficacia degli atti corrispondenti compiuti secondo le disposizioni del codice di procedura penale e sono utilizzabili secondo la legge italiana». In altri termini, l'attività di indagine compiuta dalla SIC oltre i confini nazionali, laddove consista in atti ripetibili, sottostà agli stessi limiti di utilizzabilità cui sono soggetti normalmente gli atti di indagine compiuti sul territorio dello Stato, i quali – come si è già avuto modo di rimarcare – possono essere utilizzati soltanto a livello endofasico⁴³².

Ebbene, il fatto che il legislatore italiano si sia limitato a equiparare gli atti compiuti nell'ambito di una SIC a quelli di matrice nazionale, per un verso, disvela «una particolare sensibilità» nei confronti del «processo di tendenziale omologazione dello *standard* di tutela delle garanzie che presiedono all'utilizzabilità degli atti assunti all'estero con quelli formati sul territorio dello Stato»⁴³³. Per l'altro, conferma, una volta di più, l'irragionevolezza dell'art. 36 comma 1 lett. *b* d.lgs. n. 108 del 2017 laddove prevede un regime differenziato sotto il profilo dell'utilizzabilità perfino per gli atti suscettibili di essere assunti con l'esclusiva osservanza del canone del *forum regit actum* e, dunque, sulla base delle stesse regole previste per gli atti interni.

2.2. I verbali degli atti non ripetibili: una questione solo apparentemente risolta?

Appuntando l'attenzione sulla lett. *a* dell'art. 36 comma 1 d.lgs. n. 108 del 2017 e, in particolare, sui verbali degli atti non ripetibili, occorre fare i conti con quella dottrina che, riguardo alla corrispondente previsione contenuta nella lett. *d* del comma

A proposito di questa disposizione sono state avanzate le stesse perplessità che, come si avrà modo di sottolineare *infra* § 2.2., riguardano l'OEI; nello specifico, è stato osservato che gli atti compiuti all'estero dalla SIC potrebbero essere stati compiuti anche senza che la difesa abbia avuto la possibilità di intervenire; e, questo, nonostante tale possibilità sia invece prevista dal nostro codice di rito (cfr. R. BELFIORE, *Le squadre investigative comuni nel d.lgs. n. 34/2016*, p. 3842)

⁴³² Questo non significa, come si premura di specificare la *Relazione illustrativa* allo schema di d.lgs. n. 34 del 2016, p. 5, però, che i verbali degli atti in parola «siano direttamente ed automaticamente utilizzabili nel processo penale dinanzi all'autorità giudiziaria italiana», quanto, piuttosto, che «sono suscettibili di essere valutati, alla stregua degli ordinari parametri probatori, ai fini dell'utilizzabilità processuale»; per questa sottolineatura cfr. 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: atti, diritti, soggetti e decisioni*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 32 s.

⁴³³ R. DEL COCO, *Circolazione della prova e poteri sanzionatori del giudice*, cit., p. 188.

1 dell'art. 431 c.p.p. dettata per gli atti rogati, ha evidenziato che l'aver considerato rilevante la distinzione tra atti garantiti e non garantiti con riferimento esclusivo agli atti ripetibili, «come se il problema di assicurare le garanzie difensive minime» «non si ponesse per gli atti insuscettibili di ripetizione a dibattimento», fa sì che «il rispetto dei diritti difensivi» si ponga «quale condizione per l'inserimento nel fascicolo dei soli atti» ripetibili⁴³⁴. In altri termini, gli atti non ripetibili assunti *ultra fines* risultano legittimamente inseribili nel *dossier* processuale anche se, in applicazione della *lex loci actus*, sono stati compiuti in spregio delle garanzie difensive previste dalla *lex fori*.

Si pensi ad un mezzo di ricerca della prova “a sorpresa” e, dunque, intrinsecamente irripetibile qual è la perquisizione che venga effettuata senza la presenza del difensore.

Nondimeno, è stato affermato che dalla sistematica del d.lgs. n. 108 del 2017 si ricava un'indicazione che consente di scongiurare questo rischio. Il riferimento corre al più volte richiamato art. 33 che prescrive all'autorità italiana di indicare a quella di esecuzione le modalità di compimento dell'attività richiesta, «specificamente indicando i diritti e le facoltà riconosciuti dalla legge [italiana] alle parti e ai loro difensori»: una formulazione, quest'ultima, che «presuppone il dovere di osservare in modo integrale le garanzie difensive assicurate dal nostro sistema», con la conseguenza che il rispetto

⁴³⁴ F. CAPRIOLI, sub *Artt. 25-26-Il processo penale dopo la “legge Carotti” (II)*, cit., p. 295. Nello stesso senso v. A. CIAMPI, *L'assunzione di prove all'estero in materia penale*, cit., p. 594, la quale sembra muovere da questa premessa laddove, ponendo l'attenzione sull'altra questione emersa a seguito della modifica introdotta con la legge Carotti (e che, stante l'identità di disciplina sotto il profilo in esame, finisce per riproporsi oggi con in relazione all'OEI) concernente la nozione di “irripetibilità” degli atti rogati, che essa debba riferirsi ai soli atti non ripetibili «divenuti tali per fatti o circostanze imprevedibili al momento in cui sono stati compiuti», con esclusione tanto degli atti di cui era ragionevolmente prevedibile l'irripetibilità, quanto di quelli *ab origine* irripetibili.

Nondimeno, si è opportunamente rilevato come «la disciplina dell'inserimento nel fascicolo del dibattimento degli atti irripetibili “interni” di p.g. o del p.m.» (art. 431 comma 1, rispettivamente, lett. *b* e *c* c.p.p.) «include esclusivamente giusto gli atti c.d. *ab origine* irripetibili, essendo subordinata l'acquisibilità degli altri alla regola di cui all'art. 512 c.p.p., ossia ad una valutazione di prevedibilità o meno dell'evento che ha reso l'atto *ex post* non reiterabile da compiersi nel contraddittorio delle parti dinanzi al giudice del dibattimento, non già e non certo con la più semplificata procedura di formazione del» «fascicolo in udienza preliminare di cui all'art. 431» comma 1 c.p.p. (C. VALENTINI, voce *Rogatorie internazionali (dir. proc. pen.)*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 5382 s.). Ancora, si è rimarcato che ogni esegesi diversa da quella che considera l'irripetibilità quale «caratteristica congenita all'atto», oltre a svuotare di significato la previsione di un'apposita «fattispecie di lettura degli atti appartenenti al fascicolo del pubblico ministero divenuti irripetibili (art. 512 c.p.p.)», renderebbe altresì priva di senso la previsione secondo cui «i verbali degli atti assunti all'estero per rogatoria “diversi” da quelli non ripetibili possono entrare nel fascicolo per il dibattimento unicamente se “i difensori sono stati posti in grado di assister[vi] e di esercitare le facoltà loro consentite dalla legge italiana” (art. 431 comma lett. *f* c.p.p.)» (A. SCCELLA, *La formazione in contraddittorio del fascicolo per il dibattimento*, cit., p. 435).

di tali garanzie è «necessario ai fini dell'inserimento nel fascicolo per il dibattimento non solo degli atti ripetibili, ma anche di quelli non ripetibili»⁴³⁵.

Messa in questi termini, però, la ricostruzione non tiene conto della circostanza che – come osservato nel capitolo precedente – la cogenza e l'ampiezza del contenuto dell'onere di cui all'art. 33 sono strettamente connesse al regime di utilizzabilità previsto per l'atto che viene di volta in volta in considerazione⁴³⁶; regime che, per quanto concerne gli atti non ripetibili assunti mediante OEI, stando alla lettera dell'art. 36 comma 1 lett. *a*, consta di un unico presupposto rappresentato dalla non ripetibilità di tale atto.

Ciò non significa, tuttavia, che l'autorità italiana che emette un ordine non sia tenuta ad indicare e – in virtù del canone del *forum regit actum* su cui è imperniato l'OEI – a pretendere il rispetto delle garanzie difensive stabilite dalla legge italiana, quanto, piuttosto, che ciò deriva, semmai, dalle altre regole di esclusione di cui si darà conto nella seconda sezione di questo capitolo, di talché, ai fini dell'inserimento nel fascicolo per il dibattimento, tutto dipende dal significato che si ritiene di dover attribuire all'opera di selezione del materiale da immettere nel *dossier* processuale affidata al giudice dell'udienza preliminare dall'art. 431 c.p.p.; la circostanza che quest'ultimo aspetto non sia trattato espressamente dalle disposizioni del codice ha dato vita, infatti, a due impostazioni di segno opposto.

La dottrina maggioritaria afferma che il giudice dell'udienza preliminare non deve allegare al fascicolo atti in concreto inidonei all'impiego decisorio, sul presupposto che gli atti appartenenti alle tipologie dell'art. 431 c.p.p. possono essere conosciuti dal giudice del dibattimento «in quanto strumenti utilizzabili per la decisione di merito, la loro ammissibilità probatoria finisce con l'essere un presupposto per il loro inserimento nel fascicolo»⁴³⁷.

⁴³⁵ M. DANIELE, *La sfera d'uso delle prove raccolte*, cit., p. 192. Nello stesso senso v. F. RUGGIERI, *Le nuove frontiere dell'assistenza penale internazionale: l'ordine europeo di indagine penale*, p. 139.

⁴³⁶ V. *supra*, cap. II, § 2.2.

⁴³⁷ R. ORLANDI, *Atti e informazioni delle autorità amministrative nel processo penale. Contributo allo studio delle prove extracostituite*, cit., p. 149. Nello stesso senso v. M. NOBILI, sub *Art. 511*, in M. CHIAVARIO (coord. da), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, Utet, Torino, 1991, p. 428; N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, cit., p. 39; E. ANDOLINA, *Gli atti anteriori all'apertura del dibattimento*, in G. UBERTIS-G.P. VOENA (diretto da), *Trattato di procedura penale*, vol. XXII, Utet, Torino, 2008, p. 207.

Una diversa lettura fa leva, invece, sulla circostanza che l'art. 431 c.p.p. «non accenna a valutazioni riguardanti la “conformità a legge” del modo in cui gli atti sono stati compiuti», per sostenere che il giudice dell'udienza preliminare debba limitarsi ad una verifica di corrispondenza degli atti presenti nel fascicolo del pubblico ministero a quelli indicati dall'art. 431 c.p.p., dovendo includere nell'incartamento processuale tali atti «anche ove» essi «risultino affetti da invalidità che ne compromett[ono] l'impiego probatorio»⁴³⁸. Impostazione, questa, che peraltro trova conferma – ancora secondo questa ricostruzione – nel fatto che «gli unici accenni alla legalità degli atti, e dunque i soli spazi di sindacato del g.u.p. sono nella previsione [...] (non a caso interpolata)» relativa agli atti ripetibili assunti per mezzo di rogatoria⁴³⁹: invero, «mentre rappresenta un'evenienza *patologica* che attraverso l'inserimento nel fascicolo penetrino nel giudizio penale attività investigative compiute senza il rispetto delle norme del codice di rito, ciò potrebbe avvenire *fisiologicamente* per qualsiasi atto compiuto all'estero» in base alla *lex loci*. Ecco che «questo deve aver indotto il legislatore ad anticipare all'udienza preliminare il controllo circa il rispetto di basilari garanzie partecipative»⁴⁴⁰.

In definitiva, emerge che, laddove si addivenisse a condividere la prima impostazione, il rispetto delle prerogative difensive previste dalla legge italiana, anche se non contemplato dall'art. 36 comma 2 lett. *b*, verrebbe ad integrare un presupposto per l'inclusione nel fascicolo per il dibattimento dell'atto non ripetibile compiuto in esecuzione di un OEI, in quanto imposto, come si vedrà, da altre regole di esclusione.

Viceversa, aderendo alla seconda ricostruzione, si dovrebbe concludere che tale atto debba essere incluso nel *dossier* di cui all'art. 431 c.p.p., anche quando eseguito senza le garanzie stabilite dall'ordinamento interno, con l'inevitabile rischio che il giudice del dibattimento ne sia in qualche modo influenzato: infatti, se, per un verso,

⁴³⁸ P. BRONZO, *Il fascicolo per il dibattimento. Poteri delle parti e ruolo del giudice*, Cedam, Milano, 2017, p. 35. Favorevole a questa tesi pare anche C. VALENTINI, *L'acquisizione della prova tra limiti territoriali e cooperazione con autorità straniere*, cit., p. 223, laddove, proprio in tema di rogatorie e, nello specifico, nel criticare la modifica introdotta con il d.l. n. 306 del 1992, afferma che non v'è dubbio che «l'immissione della prova nello spazio dibattimentale presuppone sempre e comunque che il giudice» del dibattimento «rilevanza ed ammissibilità della prova»; senonché, «resta il fatto che [...] l'atto rogato è immediatamente conoscibile dal giudice e lo resta fintantoché non sia espunto dal fascicolo del dibattimento ai sensi dell'art. 491, 2° comma, c.p.p., a seguito della discussione sulle questioni preliminari». Cfr., inoltre, A. SCILLA, voce *Questioni preliminari*, in *Dig. disc. pen.*, vol. X, Utet, Torino, 1995, p. 609,

⁴³⁹ ... «e nella disposizione attuativa sull'analisi di campioni»; ancora P. BRONZO, *Il fascicolo per il dibattimento. Poteri delle parti e ruolo del giudice*, p. 34 nota n. 25.

⁴⁴⁰ ID., *ivi*, p. 39.

non v'è dubbio che «nell'universo separato del processo, *quod non est in actis non est in mundo*», per l'altro, risulta difficilmente eliminabile il rischio «che la prova “spuria”» permanga «come fatto mnemonico, incancellabile dalla psiche dell'organo giudicante»⁴⁴¹.

3. Acquisizione tramite lettura dei verbali di dichiarazioni raccolte all'estero e oggettiva impossibilità dell'esame dibattimentale

Quanto, infine, alla previsione di cui all'art. 36 comma 2 d.lgs. n. 108 del 2017, la quale estende anche agli atti assunti per mezzo dell'OEI la disciplina prevista dall'art. 512-*bis* c.p.p., si osserva, anzitutto, come tale previsione – anch'essa introdotta con il d.l. n. 306 del 1992 e successivamente novellata dalla legge n. 479 del 1999 – consenta, in deroga al principio del contraddittorio nella formazione della prova, «a richiesta di parte» e «tenuto conto degli altri elementi di prova acquisiti», la lettura dei verbali delle dichiarazioni rese nel corso delle indagini rese all'estero, quando la fonte dichiarativa, «essendo stata citata, non è comparsa» e l'esame dibattimentale «non ne sia assolutamente possibile».

Questi, dunque, i presupposti in presenza dei quali può aver luogo il “recupero” dei verbali delle dichiarazioni raccolte tramite l'OEI nelle fasi anteriori al giudizio; requisiti che, tuttavia, come si premura di precisare lo stesso art. 36 comma 2 d.lgs. n. 108 del 2017, non operano in rapporto ai verbali delle dichiarazioni assunte mediante un ordine di incidente probatorio che, in quanto formate in contraddittorio, entrano “di diritto” nel *dossier* dibattimentale e sono naturalmente destinate ad essere lette *ex art.* 511 c.p.p. Se questo è vero, è altrettanto evidente che quanto appena rilevato vale anche per i verbali delle dichiarazioni assunte in sede di indagine tramite OEI rispetto alle quali i difensori sono stati posti in grado di assistere e di esercitare le facoltà loro consentite dalla legge italiana di cui ci si è occupati nelle pagine che precedono, i quali, però, non sono menzionati dall'articolo in esame. Che si è trattato di un aspetto a tutti

⁴⁴¹ C. VALENTINI, *L'acquisizione della prova tra limiti territoriali e cooperazione con autorità straniere*, cit., p. 223. Sulla questione dei possibili condizionamenti che il giudice può subire da parte delle attività istruttorie compiute nella fase delle indagini v., per tutti, G. ILLUMINATI, *Il nuovo dibattimento: l'assunzione diretta delle prove*, in A. GAITO (a cura di), *Le nuove disposizioni sul processo penale*, Cedam, Padova, 1989, p. 77 ss.

gli effetti trascurato da parte del legislatore italiano emerge, del resto, anche dalla *Relazione illustrativa* relativa allo schema di d.lgs. n. 108 del 2017, laddove si afferma che «quanto alla prova dichiarativa raccolta mediante ordine di indagine nella fase delle indagini essa è sottoposta al medesimo regime di lettura stabilito dall'art. 512 bis c.p.p. per la prova raccolta mediante rogatoria. Il riferimento agli atti non indicati ciati dall'art. 431 c.p.p. è volto a chiarire che il regime di cui all'art. 512-bis c.p.p. riguarda le informazioni raccolte dal pubblico ministero in corso di indagine o dal Giudice dell'udienza preliminare ai sensi dell'art. 422c.p.p., non anche ovviamente gli atti assunti in incidente probatorio che sono in contrario raccolti nel fascicolo del dibattimento anche quando assunti mediante ordine di indagine»⁴⁴².

Al di là di quella che, in definitiva, risulta a tutti gli effetti una “svista” del legislatore italiano, per quello che più interessa ai fini della presente trattazione, mette conto rilevare come, nel tentativo di rimediare all'ambiguità della formula che si riferisce alla circostanza che l'esame “non sia assolutamente possibile”, la quale, non risulta perfettamente in linea con quella dell'«accertata impossibilità di natura oggettiva» di cui all'art. 111 comma 5 Cost.⁴⁴³, tanto la dottrina, quanto la giurisprudenza di legittimità hanno sottolineato che se, per un verso, il giudice non dispone di alcun potere coercitivo nei confronti del teste residente all'estero, per l'altro l'istituto della rogatoria esiste esattamente allo scopo di far fronte (anche) a questa situazione⁴⁴⁴, cosicché, pur in assenza di un riferimento normativo espresso, l'esame dibattimentale del teste può dirsi realmente impossibile solo quando si sia rivelata tale anche la rogatoria concelebrata ai sensi dell'art. 4 CEAG⁴⁴⁵.

⁴⁴² *Relazione illustrativa* cit., p. 20.

⁴⁴³ Su tale clausola, che – come rilevato da B. GALGANI, sub *Art. 43 legge 16 dicembre 1999, n. 479*, in *Legisl. pen.*, 2000, p. 515 – non figurando nella versione della disposizione precedente alla legge Carotti rendeva l'art. 512-bis c.p.p. in contrasto con «la lettera del[l'allora] nuovo art. 111» comma 5 Cost. – C. CESARI, “*Giusto processo*”, *contraddittorio ed irripetibilità degli atti di indagine*, cit., p. 78 s.

⁴⁴⁴ In questi termini C. VALENTINI, *Impossibilità dell'esame dibattimentale del teste: divieto di acquisizione o semplice divieto di valutazione contra reum delle precedenti dichiarazioni*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, p. 1124.

⁴⁴⁵ V., in dottrina, oltre all'A. citata nella nota precedente, F. CAPRIOLI, sub *Artt. 25-26-II processo penale dopo la “legge Carotti” (II)*, cit., p. 295, nonché, in precedenza, G. FRIGO, *La formazione della prova nel dibattimento: dal modello originario al modello deformato*, cit., p. 329; e, nella giurisprudenza di legittimità, *ex multis*, Cass., Pen., Sez. III, 22 novembre 2005, A.M., in *Arch. nuova proc. pen.*, 2006, p. 514; Cass. Pen., Sez. III, 8 marzo 2006, Boscaneanu, in *Ced. rv. 234637*, Cass. Pen., Sez. II, 17 dicembre 2009, Gentile, *ivi*, rv. 246277.

Ebbene, la circostanza che tale articolo non determinasse alcun dovere per il Paese richiesto di acconsentire alla partecipazione dell'autorità richiedente⁴⁴⁶, ha indotto le Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione⁴⁴⁷ a ritenere che la situazione di assoluta impossibilità cui può conseguire il recupero delle dichiarazioni rese al di fuori della sede naturale di formazione della prova risulta integrata anche a fronte del solo rifiuto immotivato dell'autorità straniera⁴⁴⁸.

Da qui, le critiche al comma 2 dell'art. 29 d.lgs. n. 108 del 2017 laddove, ai fini della concelebrazione dell'OEI, prevede che il giudice italiano debba raggiungere un "accordo" con l'autorità di esecuzione, la quale, venendo a disporre di un vero e proprio diritto di "veto", potrebbe rifiutare anche senza addurre alcuna giustificazione⁴⁴⁹.

Senonché, si è già osservato come questa disposizione sia suscettibile di un'altra lettura che individua nell'accordo lo strumento per evitare che l'autorità di esecuzione, senza preventivamente consultare quella di emissione, rifiuti la concelebrazione invocando il contrasto con i propri principi fondamentali o ragioni legate alla tutela della sicurezza interna; uniche evenienze, queste ultime, in cui l'autorità di esecuzione può rifiutarsi, ravvisandosi, viceversa, in tutti gli altri casi, un vero e proprio obbligo, posto che, come pure si è avuto modo di rimarcare, è la direttiva stessa che, al § 4 dell'art. 9, prescrive all'autorità di esecuzione di "soddisfare" la richiesta di compartecipare al compimento dell'atto avanzata dall'autorità di emissione.

In definitiva, deve ritenersi che, da questo specifico angolo prospettico, l'OEI abbia fatto compiere un passo in avanti, contribuendo a rendere l'impossibilità dell'esame dibattimentale cui allude l'art. 512-*bis* c.p.p. ancor più circoscritta e, dunque, a salvaguardare più efficacemente le garanzie sottese al principio della formazione della prova nel contraddittorio delle parti.

⁴⁴⁶ V. *supra*, cap. I, §§ 1 e 2.

⁴⁴⁷ Il riferimento è alla nota sentenza Cass. Pen., Sez. un., 25 novembre 2010, De Francesco, in *Cass. pen.*, 2011, p. 4493 con nota di A. BALSAMO, "Processo equo" e utilizzazione probatoria delle dichiarazioni dei testimoni assenti: le divergenti tendenze interpretative della Corte di cassazione italiana e della Suprema Corte del Regno Unito e, *ivi*, 2012, p. 858 con nota di P. SILVESTRI, *L'acquisizione mediante lettura e la utilizzazione probatoria delle dichiarazioni rese senza contraddittorio da persone residenti all'estero*.

⁴⁴⁸ Per questo rilievo cfr. M. DANIELE, *L'ordine europeo di indagine penale entra a regime. Prime riflessioni sul d.lgs. n. 108 del 2017*, cit., § 4; nello stesso senso v. A. MANGIARACINA, *L'acquisizione "europea" della prova cambia volto: l'Italia attua la Direttiva relativa all'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 173.

⁴⁴⁹ V. *supra* cap. II, § 2.2.

Sezione seconda

LE ALTRE REGOLE DI ESCLUSIONE

SOMMARIO: 1. Le ragioni a sostegno dell'applicabilità dell'art. 729 comma 2 c.p.p.– 2. L'utilizzabilità degli atti compiuti in ossequio alla *lex loci actus*. – 3. L'utilizzabilità delle investigazioni difensive all'estero: aperture (solo) minime. – 4. Ordine europeo di indagine e art. 78 comma 1 disp. att. c.p.p.: *nihil sub sole novum*. – 5. Le regole di esclusione promananti dalla direttiva. – 5.1. I divieti "impliciti": premessa. – 5.1.1. L'inosservanza dei presupposti previsti per il compimento di un atto in un caso interno analogo. – 5.1.2. Instradamento dei flussi comunicativi: una questione definitivamente chiusa. – 5.2. Il mancato rispetto delle condizioni di ammissibilità stabilite dalla *lex loci* per l'esecuzione delle intercettazioni di comunicazioni condotte senza l'assistenza di altro Stato membro.

1. Le ragioni a sostegno dell'applicabilità dell'art. 729 comma 2 c.p.p.

Come emerge già dalla rubrica dell'art. 729 c.p.p. («[u]tilizzabilità degli atti assunti per rogatoria»), quelle di cui all'art. 431 e 512-*bis* c.p.p. non sono le uniche disposizioni che sovrintendono alla spendibilità delle attività rogate. Da qui la necessità di interrogarsi in ordine alla possibilità di estendere l'operatività della suddetta previsione anche alle prove raccolte per mezzo dell'OEI.

In questo senso, a venire in rilievo è, in particolare, il disposto del comma 2 dell'articolo che, come è stato efficacemente affermato, «calza “a pennello”»⁴⁵⁰ per l'ipotesi in cui l'autorità di esecuzione, contravvenendo all'obbligo che promana dall'art. 9 § 2 direttiva, disattenda le prescrizioni impartite dall'autorità italiana concernenti il «*quomodo* acquisitivo»⁴⁵¹: tale disposizione, operante nel caso individuato dall'art. 727 comma 9 c.p.p., in cui, «a norma di accordi internazionali, la richiesta di assistenza giudiziaria [emessa dall'autorità italiana] può essere eseguita secondo quanto previsto dal [nostro] ordinamento giuridico» (*id est* in ossequio alla *lex fori*), stabilisce, infatti, che se «lo Stato estero dà esecuzione alla richiesta di assistenza

⁴⁵⁰ R. DEL COCO, *Circolazione della prova e poteri sanzionatori del giudice*, cit., p. 189, anche se con riferimento alla precedente formulazione della disposizione, sulla quale ci si soffermerà nel corso di questo paragrafo.

⁴⁵¹ L'espressione è di F.R. DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale. Struttura e funzioni del vizio*, cit., p. 152.

con modalità diverse da quelle indicate dall'autorità giudiziaria», «gli atti compiuti sono inutilizzabili solo nei casi in cui l'inutilizzabilità è prevista dalla legge».

Nondimeno, questa ricostruzione deve fare i conti con un triplice ordine di obiezioni.

Anzitutto, si potrebbe sostenere che con riferimento all'OEI non operi il presupposto individuato attraverso il rinvio all'art. 727 comma 9 c.p.p., dal momento che non viene in considerazione un "accordo internazionale", quanto, piuttosto, una "direttiva"⁴⁵².

Senonché, è agevole rilevare come quest'ultima e, più in generale, tutti gli atti di diritto derivato siano emessi sulla base dei Trattati dell'Unione, i quali altro non sono che «accordi multilaterali volti a disciplinare rapporti giuridici intercorrenti fra più Stati»⁴⁵³.

Ancora, non può essere trascurato quanto asserito dalla giurisprudenza di legittimità, secondo cui deve ritenersi preclusa una lettura estensiva delle previsioni contenute nell'art. 729 c.p.p., stante il carattere di specialità che caratterizza questa forma di inutilizzabilità e che la rende, pertanto, insuscettibile di «applicazione analogica al di fuori dello specifico ambito nel quale è prevista, cioè quello delle rogatorie "all'estero"»⁴⁵⁴.

Al riguardo, prima dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 149 del 2017 di riforma del Libro XI⁴⁵⁵, si è sostenuto che se, per un verso, l'inutilizzabilità prevista dall'art. 729, riferendosi «alle prove [...] acquisite "a seguito di rogatoria"», «formalmente parlando» non potrebbe operare con riguardo alla disciplina dell'OEI, per l'altro, però, non può essere trascurato come le prescrizioni della direttiva abbiano lo scopo di sostituire, nei rapporti con i Paesi membri, «le corrispondenti previsioni degli atti normativi in tema

⁴⁵² L'obiezione prende spunto da quanto osservato da M. DANIELE, *La metamorfosi del diritto delle prove nella direttiva sull'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 98 a proposito della possibilità di estendere l'operatività dell'inutilizzabilità prevista dall'art. 729 comma 1 c.p.p. nella versione precedente alla riforma operata dal d.lgs. n. 149 del 2017.

⁴⁵³ Id., *ibidem*.

⁴⁵⁴ Il riferimento corre a Cass. Pen., Sez. VI, 27 gennaio 2005, n. 9960, in *Cass. pen.*, 2006, p. 2230. In applicazione di tale principio Cass. Pen., Sez. I, 20 febbraio 2014, n. 37250 in *Dir. giust.*, 9 settembre 2014 e Cass. Pen., Sez. II, 12 novembre 2008, n. 44673, in *Cass. pen.*, 2010, p. 1084 hanno ritenuto estranee all'area di operatività dell'art. 729 le informazioni emerse all'interno di un procedimento penale estero, che spontaneamente ed autonomamente l'autorità giudiziaria straniera offre a quella italiana; per questo specifico rilievo v. R. DEL COCO, *Circolazione della prova e poteri sanzionatori del giudice*, cit., p. 189.

⁴⁵⁵ V. *supra* cap. II, § 1.

di raccolta transnazionale delle prove», prime fra tutte quelle concernenti il più tradizionale dei meccanismi di collaborazione istruttoria, ovvero la rogatoria⁴⁵⁶, di talché la previsione in esame può senz'altro rappresentare un punto di riferimento importante per orientare l'esercizio del potere sanzionatorio dell'organo giurisdizionale italiano dinanzi all'ingresso del nuovo strumento probatorio eurounitario⁴⁵⁷.

A quest'ultimo rilievo deve aggiungersi, oggi, un ulteriore argomento di natura letterale: a seguito della riscrittura della parte del codice di rito dedicata ai rapporti giurisdizionali con autorità straniere, il termine "rogatoria" figura solo nella rubrica dell'art. 729, mentre nella parte propriamente normativa di tale disposizione compare l'espressione "richiesta di assistenza giudiziaria" (e lo stesso vale per le altre previsioni di cui agli artt. 723 ss.⁴⁵⁸), la quale, in talune occasioni, è impiegata dal d.lgs. n. 108 del 2017 come sinonimo di "ordine di indagine"⁴⁵⁹.

Infine, potrebbe sostenersi che, se il legislatore italiano, in sede di attuazione della direttiva, avesse voluto estendere lo spettro operativo dell'art. 729 comma 2 c.p.p. anche agli atti raccolti per mezzo dell'OEI analogamente a quanto previsto con riferimento alle disposizioni contenute negli artt. 431 comma 1 lett. *d* ed *f* e 512-*bis* c.p.p., avrebbe potuto includere nel d.lgs. n. 108 del 2017 la norma *de qua* od operarvi un riferimento espresso.

Tuttavia, anche questa affermazione può essere superata richiamando, nello specifico, la previsione di apertura del Libro XI del codice di procedura penale, ovvero l'art. 696, la quale, come rimarcato all'inizio del precedente capitolo⁴⁶⁰, fissa il principio secondo cui le disposizioni contenute in tale Libro sono destinate a trovare applicazione in via sussidiaria e, dunque, senza che sia necessario un esplicito rinvio, qualora le norme del diritto dell'Unione europea (o quelle delle convenzioni internazionali e del diritto internazionale generale) manchino o non dispongano diversamente⁴⁶¹.

⁴⁵⁶ M. DANIELE, *La metamorfosi del diritto delle prove nella direttiva sull'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 98.

⁴⁵⁷ In questi termini ancora R. DEL COCO, *Circolazione della prova e poteri sanzionatori del giudice*, cit., p. 189.

⁴⁵⁸ In tal senso si vedano, in particolare, gli artt. 723, 724, 725, 726-*ter*, 727, e 728 c.p.p.

⁴⁵⁹ Da questo punto di vista a venire in considerazione è il disposto degli artt. 4 comma 5, 6 comma 3, 12 comma 1, 14 comma 2 e 19 comma 2 d.lgs. n. 108 del 2017.

⁴⁶⁰ V. *supra*, cap. II, § 1.

⁴⁶¹ Per l'analisi di tale principio, definito, secondo un diverso angolo prospettico, anche di "prevalenza delle fonti esterne", nonché sulla riformulazione dell'art. 696 c.p.p. operata dalla più recente novella che ha riguardato il Libro XI, si rinvia, fra gli altri, ai recenti contributi di G. DE AMICIS, sub *Art. 696 c.p.p.*, in A. MARANDOLA (a cura di), *Cooperazione giudiziaria penale*, Giuffrè, 2018, p. 4 ss. e di

Al di là dei profili legati al dato letterale della previsione vi è, poi, una ragione per così dire “logica” che impone di estendere l’operatività dell’art. 729 comma 2 c.p.p. anche agli atti assunti per il tramite dell’OEI. Il fatto che tale disposizione risulta “cucita su misura” della disciplina dell’ordine si deve, infatti, alla circostanza che essa⁴⁶², a differenza di quanto rilevato a proposito delle previsioni concernenti l’inserimento nel fascicolo dibattimentale degli atti rogati, le quali muovono dal presupposto di una assistenza giudiziaria istruttoria imperniata sul principio del *locus regit actum*, è stata pensata proprio per quelle ipotesi in cui gli accordi internazionali prevedono la possibilità di procedere secondo l’opposto canone del *forum regit actum*. Non è un caso, del resto, che, come già osservato anche se solo incidentalmente nelle note del primo capitolo, la norma in esame sia stata introdotta con la legge n. 367 del 2001 di attuazione dell’Accordo aggiuntivo alla CEAG concluso tra Italia e Svizzera, il cui art. V obbliga lo Stato richiesto a fare «tutto il possibile per rispettare, ai fini dell’esecuzione delle richieste di assistenza giudiziaria, ogni modalità espressamente indicata dallo Stato richiedente»⁴⁶³.

Ecco che, laddove si addivenisse a sostenere che le attività oggetto di un OEI devono essere escluse dallo spettro operativo dell’art. 729 comma 2 c.p.p., si realizzerebbe la situazione, persino paradossale, per cui, rispetto ad uno strumento concepito per operare sulla base della *lex fori* come l’OEI, troverebbero applicazione, per esplicita presa di posizione del d.lgs. n. 108 del 2017, (esclusivamente) le disposizioni pensate per un contesto collaborativo incentrato sulla *lex loci*, quali quelle di cui alle lett. *d* ed *f* del comma 1 dell’art. 431 c.p.p., con tutte le conseguenze disfunzionali messe a fuoco nella sezione che precede; e non anche una previsione, come quella in esame, congegnata, viceversa, per regolare gli effetti dell’attività compiuta *ultra fines* in conformità alla legge processuale interna.

Riconosciuta, in definitiva, l’operatività dell’art. 729 comma 2 anche rispetto al materiale raccolto per mezzo di OEI⁴⁶⁴, occorre interrogarsi sulle sorti dell’altra

M.R. MARCHETTI, *Le variazioni in tema di gerarchia delle fonti. I principi generali*, in M.R. MARCHETTI-E. SELVAGGI (a cura di), *Dalle modifiche al Codice di Procedura Penale all’Ordine europeo di indagine*, cit., p. 17 ss.

⁴⁶² ... e lo stesso vale per l’art. 727 comma 5-*bis* c.p.p., sul quale ci si soffermerà a breve.

⁴⁶³ V. *supra*, cap. I, § 3.1., *sub* nota n. 73, cui si rinvia anche per l’individuazione dei contributi a commento della normativa.

⁴⁶⁴ Quanto osservato a proposito dell’art. 729 comma 2 c.p.p. vale anche per la previsione di cui al successivo comma 3, giusta la quale «[n]on possono in ogni caso essere utilizzate le dichiarazioni, da

invalidità suscettibile di colpire gli atti probatori interni, ovvero la nullità. A questo riguardo, è necessario concentrarsi su un aspetto fin qui volutamente tralasciato. Ci si riferisce, nello specifico, al significato che l'espressione «gli atti compiuti sono inutilizzabili “solo” nei casi in cui l'inutilizzabilità è prevista dalla legge» assume nel contesto della disposizione in esame. Prima dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 149 del 2017, la disciplina era infatti così congegnata: da un lato, il comma 5-*bis* dell'art. 727 c.p.p., oggi sostituito dal richiamato comma 9, prevedeva che «quando, a norma di accordi internazionali, la domanda di assistenza giudiziaria può essere eseguita secondo modalità previste dall'ordinamento dello Stato, l'autorità giudiziaria, nel formulare la domanda di assistenza, ne specifica le modalità indicando gli elementi necessari per l'utilizzazione processuale degli atti richiesti» e, dall'altro, il comma 1-*bis* dell'art. 729 c.p.p., oggi sostituito, per l'appunto, dal comma 2, stabiliva che «se lo Stato estero dà esecuzione alla rogatoria con modalità diverse da quelle indicate dall'autorità giudiziaria ai sensi dell'art. 727, comma 5-*bis*, gli atti compiuti dall'autorità straniera sono inutilizzabili».

Orbene, posto che tra le “condizioni di utilizzabilità” menzionate dalla prima disposizione dovevano annoverarsi inevitabilmente anche quei requisiti la cui assenza è causa di nullità dell'atto, e considerato, altresì, che l'inutilizzabilità prevista dalla seconda disposizione richiamata era suscettibile di colpire “ogni” deviazione dalle prescrizioni impartite dall'autorità di emissione⁴⁶⁵, il quadro che era venuto a tratteggiarsi faceva sì che risultassero «eleva[t]e a cause d'inutilizzabilità anche quelle violazioni che per la nostra legge processuale rilev[ano] esclusivamente sotto il profilo della nullità»⁴⁶⁶, «con la conseguenza di sottrarle ad ogni sanatoria e di attribuire alla

chiunque rese, aventi ad oggetto il contenuto di atti inutilizzabili». Come si può facilmente comprendere, la *ratio* è quella di evitare l'aggiramento della sanzione di inutilizzabilità prevista dai commi 1 e 2 dell'art. 729 c.p.p.; così, recentemente, G. DI PAOLO, *La riforma della disciplina codicistica delle rogatorie internazionali*, in *Cass. pen.*, 2018, p. 3449 e, in precedenza, A. SCELLA, *L'inutilizzabilità delle prove raccolte all'estero mediante rogatoria*, cit., p. 368 s., il quale osserva, altresì, in modo del tutto condivisibile, che la formulazione della norma è così ampia che basta che un atto o un documento sia stato escluso dal materiale valutabile per il giudizio a causa di una violazione rilevante ai sensi dei primi due commi dell'art. 729 c.p.p. e subito diviene inammissibile ogni dichiarazione sulle circostanze ivi contenute. Da qui, l'esigenza di un'interpretazione correttiva – da ritenersi opportuna, oggi, anche in relazione all'OEI – che circoscriva l'operatività della disposizione ai soli «enunciati narrativi che vertono direttamente sul contenuto degli atti inutilizzabili; ferma restando, quindi, di dichiarazioni relative ai temi esplorati nel corso della precedente attività probatoria».

⁴⁶⁵ Cfr. F. CORDERO, *Precetti costituzionali e rogatorie ovvero: l'arte della mannaia. L'aberrante divieto testimoniale è da monarchia assoluta*, cit., p. 8.

⁴⁶⁶ A. SCELLA, *L'inutilizzabilità delle prove raccolte all'estero mediante rogatoria*, cit., p. 365

parte il potere di eccepirle in ogni stato e grado del procedimento»⁴⁶⁷. In definitiva, era venuto a configurarsi un regime sanzionatorio persino più severo di quello previsto per gli atti di matrice interna⁴⁶⁸.

È evidente, dunque, che con la recente introduzione dell'avverbio “solo” nella formulazione del comma 2 dell'art. 729 c.p.p., il legislatore ha voluto scongiurare il persistere di questa situazione disfunzionale, accogliendo la proposta di quella dottrina che, per evitare la conversione in inutilizzabilità di inosservanze che la nostra legge sanziona con la “semplice” nullità, proponeva di ritenere rilevanti, ai fini dell'allora comma 1-*bis* dell'art. 729 c.p.p., soltanto le modalità il cui rispetto è prescritto a pena d'inutilizzabilità dalla disciplina interna⁴⁶⁹. In questo senso, proprio perché la *ratio* dell'attuale formulazione della previsione si rinviene in tale circostanza, non è da escludere che, quando sia possibile procedere secondo il canone del *forum regit actum*, vengano in considerazione le nullità che colpiscono gli atti di matrice interna; e se questo è vero per le rogatorie, deve ritenersi altrettanto valido per gli atti assunti per mezzo dell'OEI, per i quali la giurisprudenza di legittimità ha già avuto modo di chiarire, come rimarcato, che si applicano le previsioni interne in tema di nullità⁴⁷⁰.

Messo a fuoco anche quest'ultimo aspetto, è necessario riprendere le osservazioni svolte in precedenza a proposito dell'art. 33 d.lgs. n. 108 del 2017. Al riguardo si è osservato come il contenuto dell'“onere”, gravante sull'autorità italiana, di indicare, in sede di emissione, quali formalità e procedure l'autorità di esecuzione deve osservare nel compimento dell'attività richiesta, dipenda inevitabilmente dal regime di utilizzabilità previsto a livello interno. Pertanto, se come rilevato poc'anzi,

⁴⁶⁷ P. FERRUA, *Rogatorie: una legge che smentisce la riforma del giusto processo. Per la prova “estera” regime più severo rispetto a quello interno*, cit., p. 36. Sul tema si vedano, oltre ai contributi degli autori citati nelle due note che precedono, anche A. DIDI, *Il novum della recente disciplina delle rogatorie*, cit., p. 588 s.; M.R. MARCHETTI, *Ratificato l'Accordo Italia-Svizzera per una migliore assistenza giudiziaria in materia penale (II)*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, p. 113.

⁴⁶⁸ In questo senso v. M. CHIAVARIO, *Una legge discussa, una questione stimolante e la ricerca di alternative*, in R. BIN-G. BRUNELLI-A. PUGIOTTO-P. VERONESI (a cura di), *Rogatorie internazionali e dintorni*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 16.

⁴⁶⁹ Cfr. A. CIAMPI, *Novità reali e apparenti della legge in tema di utilizzabilità degli atti acquisiti al processo penale e a seguito di rogatoria*, in *Riv. dir. int.*, 2001, p. 1050; P. FERRUA, *Rogatorie: una legge che smentisce la riforma del giusto processo. Per la prova “estera” regime più severo rispetto a quello interno*, cit., p. 36; A. PRESUTTI, *Legge sulle rogatorie internazionali e inutilizzabilità della prova*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, p. 1179.

⁴⁷⁰ Il riferimento è alle sentenze considerate *supra*, cap. II, § 4.1. Cass. Pen., Sez. VI, 31 gennaio 2019, p.m. in proc. Creo e Cass. Pen., Sez. VI, 7 febbraio 2019, Brega. Sul punto, v. M. TROGU, sub *Art. 33 d.lg. n. 108/2017*, in A. MARANDOLA (a cura di), *Cooperazione giudiziaria penale*, cit., p. 1085.

tale regime include tanto le disposizioni sanzionate con l'inutilizzabilità, quanto quelle previste a pena di nullità, deve concludersi che, quando non vi siano ragioni ostative al compimento dell'atto secondo la *lex fori*, qualsiasi sia l'atto sollecitato con l'ordine, siano queste le norme che vanno a riempire di significato il suddetto art. 33 d.lgs. n. 108 del 2017⁴⁷¹. Fermo restando la discrezionalità che, come già rilevato nella precedente sezione di questo capitolo, residua in capo al pubblico ministero di richiedere, con riferimento agli atti di indagine ripetibili, che vengano seguite anche le modalità che, *ex art. 36 comma 1 lett. b* d.lgs. n. 108 del 2017, permettono a tali atti di confluire nel carteggio processuale⁴⁷².

2. L'utilizzabilità degli atti compiuti in ossequio alla *lex loci actus*

Quanto osservato da ultimo e, più in generale, nel paragrafo precedente, non può valere quando l'applicazione della legge processuale italiana si ponga in contrasto con i principi fondamentali dell'ordinamento dello Stato di esecuzione: invero, come rilevato in più occasioni nel corso della trattazione, in questo caso l'obbligo di cui all'art. 9 § 2 direttiva non opera, con la conseguenza che viene meno il presupposto dell'art. 729 comma 2 c.p.p. che poggia sulla circostanza che "la richiesta di assistenza giudiziaria possa essere eseguita secondo quanto previsto dall'ordinamento giuridico italiano".

Che fare, dunque, di fronte all'evenienza in cui l'autorità di esecuzione, ai fini del compimento dell'atto, ritenga indispensabile applicare anche (o solo) quelle regole previste della *lex loci actus* che preservano suddetti principi? Al ricorrere di quali circostanze l'autorità italiana deve ritirare l'ordine ed in quali situazioni deve, viceversa, accordarsi con quella di esecuzione affinché si proceda comunque all'espletamento dell'attività richiesta, seppur con regole (anche solo parzialmente) difformi da quelle previste a pena di inutilizzabilità o di nullità dalla *lex fori*?

La risposta a questi interrogativi non può che dipendere, ancora una volta, dalle condizioni di utilizzabilità previste dall'ordinamento interno.

⁴⁷¹ V. *supra*, cap. II, § 2.2.

⁴⁷² V. *supra*, in questo capitolo, sez. I, § 2.1.

Nondimeno, il fatto che il d.lgs. n. 108 del 2017 nulla disponga in proposito espone al rischio che, non appena interverrà la giurisprudenza di legittimità, venga replicato l'atteggiamento invalso con riferimento al sistema rogatorio, dove pure non figurava – e, anche dopo la novella che ha inciso sul Libro XI, continua a non figurare – alcuna previsione diretta a regolare simile evenienza.

Così, in tale contesto si è fatta strada l'idea, condivisa persino dalle Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione, che quando debba procedersi in ossequio al canone del *locus regit actum*, «una questione di inutilizzabilità nel processo condotto dall'autorità giudiziaria italiana si pone nella misura in cui sia possibile ravvisare [...] l'eventuale contrasto» delle modalità seguite nell'«assunzione della prova con norme inderogabili di ordine pubblico e buon costume», le quali, però, «non si identificano necessariamente con il complesso delle regole dettate dal codice di rito e, in particolare, con quelle relative all'esercizio dei diritti della difesa»⁴⁷³, con un evidente affievolimento – si è detto – delle «garanzie epistemiche e difensive previste dal nostro ordinamento per i casi nazionali analoghi»⁴⁷⁴. Si consideri, invero, che sulla base di tale impostazione si è addivenuti a ritenere, ad esempio, utilizzabile ai fini della decisione di merito la testimonianza assunta dall'autorità giudiziaria straniera in assenza del difensore⁴⁷⁵.

Tutto ciò come se l'art. 73 della legge 31 maggio 1995, n. 218 non avesse determinato l'abrogazione dell'art. 31 delle preleggi, nel quale compariva la clausola che, per l'appunto, fa riferimento «ai limiti derivanti dall'ordine pubblico e dal buon costume»⁴⁷⁶.

⁴⁷³ Il riferimento è a Cass. Pen., Sez. Un., 25 febbraio 2010, *Mills*, in *Ced*, rv. 246587. Nello stesso senso Cass. Pen. Sez. I, 22 gennaio 2009, *Pizzata*, in *Ced*, n. 249736; Cass. Pen., Sez. V, 21 settembre 2007, *Basco*, *ivi*, n. 238207; Sez. VI, 22 settembre 2004, *Cuomo*, *ivi*, n. 230593

⁴⁷⁴ M. DANIELE, *L'ordine europeo di indagine penale entra a regime. Prime riflessioni sul d.lgs. n. 108 del 2017*, cit., § 4.

⁴⁷⁵ ... qualora quest'ultimo sia stato tempestivamente avvisato del compimento dell'atto: Cass. Pen., Sez. I, 8 novembre 2007, *Sommer*, cit. In precedenza, Cass. Pen., Sez. I, 3 marzo 2003, P.G. in proc. *Acri*, in *Ced*, rv. 226069, ha dichiarato utilizzabili le dichiarazioni *contra alios* effettuate in sede di rogatoria da un coindagato in assenza del difensore.

⁴⁷⁶ G. UBERTIS, *La prova acquisita all'estero e la sua utilizzabilità in Italia*, in *Cass. pen.*, 2014, p. 697. Prima che intervenisse la legge 218 del 1995, il menzionato art. 31 prevedeva che «in nessun caso le leggi e gli atti di uno Stato estero [...] possono avere effetto nel territorio dello Stato, quando siano contrari all'ordine pubblico». A seguito dell'abrogazione, tale previsione è stata solo parzialmente sostituita dall'art. 16 della suddetta legge, ai sensi del quale «la legge straniera non è applicata se i suoi effetti sono contrari all'ordine pubblico» (comma 1); in «tal caso si applica la legge richiamata mediante altri criteri di collegamento eventualmente previsti per la medesima ipotesi normativa» e, ancora, «in

Ebbene, muovendo proprio da quest'ultimo rilievo, una parte della dottrina ha osservato come, venuta meno la clausola *de qua*, ciò a cui occorre guardare è che siano rispettati i principi fondamentali dell'ordinamento, di talché, compete al giudice nazionale valutare, caso per caso, se le eventuali minori garanzie riconosciute dalla *lex loci* per il compimento dell'attività, ponendosi in contrasto con «specifiche disposizioni del codice di rito che costituiscono diretta emanazione dei principi previsti dalla Costituzione», prime fra tutte quelle che garantiscono la partecipazione del difensore al compimento dell'attività istruttoria in sede dibattimentale, determinano l'inutilizzabilità dell'atto compiuto *ultra fines*⁴⁷⁷.

Trasposta la questione sul piano dell'OEI, l'impostazione appena illustrata rinviene una ragione in più per essere sostenuta.

In questo senso, occorre recuperare quanto osservato nel capitolo precedente a proposito dei limiti che, sul versante passivo della procedura, ostano all'esecuzione dell'ordine di indagine con l'esclusiva osservanza della *lex fori*. In quella sede si è infatti sostenuto come dall'art. 1 d.lgs. n. 108 del 2017 emerga la chiara opzione di mantenere fermi i nostri principi costituzionali anche nell'ambito della cooperazione giudiziaria di carattere istruttorio con Paesi facenti parte dell'Unione europea⁴⁷⁸. Ebbene, se ciò vale per le richieste per così dire "in entrata", lo stesso non può non valere anche con riferimento a quelle "in uscita"; anche e soprattutto tenuto conto che è in quest'ultimo caso che l'abbassamento del livello di garanzia dei suddetti principi produce i propri effetti nel nostro ordinamento, essendo in tale contesto che si svolge il procedimento nel quale l'atto probatorio viene impiegato.

Resta, infine, da considerare l'ipotesi – per la verità completamente trascurata dalla dottrina in tema di OEI – in cui l'autorità giudiziaria straniera, nel dare esecuzione

mancanza si applica la legge italiana» (comma 2). Ecco che, venuto meno il riferimento agli "atti" di uno Stato straniero, la clausola di ordine pubblico non viene più in considerazione per le rogatorie.

Sulle problematiche connesse all'abbassamento dello *standard* di protezione delle prerogative difensive emerse con riferimento all'interpretazione del concetto di ordine pubblico (anche) prima della sua abrogazione v. C. VALENTINI, *L'acquisizione della prova tra limiti territoriali e cooperazione con autorità straniere*, cit., p. 196 ss.;

⁴⁷⁷ Ancora C. VALENTINI, *I principi di diritto interno*, in G. LA GRECA-M.R. MARCHETTI (a cura di), *Rogatorie penali e cooperazione giudiziaria internazionale*, p. 159; EAD., *L'acquisizione della prova tra limiti territoriali e cooperazione con autorità straniere*, cit., p. 209. Nello stesso senso v. S. BUZZELLI, *Diritto di difesa e rogatorie attive prima e dopo l'abrogazione dell'art. 31 delle preleggi*, in *Dir. pen. proc.*, 1996, p. 313; nonché, più di recente, G. UBERTIS, *La prova acquisita all'estero e la sua utilizzabilità in Italia*, in *Cass. pen.*, 2014, p. 696 ss. e R. DEL COCO, *Circolazione della prova e poteri sanzionatori del giudice*, cit., p. 189.

⁴⁷⁸ V. *supra*, cap. I, § 2.1.

all'ordine secondo quelle prescrizioni della *lex loci* poste a tutela dei propri principi fondamentali, incorra in un'infrazione di tali prescrizioni.

Da questo punto di vista, a far propendere per l'idea che la violazione della legge straniera in relazione al momento assuntivo della prova, anche se irrilevante o disciplinata diversamente nel diritto interno, non può considerarsi un fatto «neutro ai fini della valutazione delle modalità acquisitive e valutative del dato conoscitivo»⁴⁷⁹ e che, dunque, il giudice non possa disinteressarsene, soccorrono due impostazioni elaborate sì con riferimento al sistema rogatorio, ma che possono applicarsi anche agli atti assunti per mezzo dell'OEI, entrambe basate sulla considerazione per cui «presupposto generale del[l']impiego delle prove acquisite all'estero», qualunque sia la decisione che sulla base di tali prove deve essere assunta, è che «esse non siano colpite da quella specie di invalidità denominata inutilizzabilità»⁴⁸⁰, concernente «le prove acquisite in violazione di divieti stabiliti dalla legge» e «rilevabile anche di ufficio in ogni stato e grado del procedimento» (art. 190, rispettivamente, commi 1 e 2 c.p.p.).

In questo senso, secondo la prima ricostruzione, laddove si venisse a considerare utilizzabile ciò che per l'ordinamento straniero sia «“prova invalida” [...] a causa della violazione di suoi divieti normativi», si contravverrebbe al divieto di ledere la sovranità altrui, da intendersi, nel caso di specie, come esercizio della giurisdizione, annoverabile tra le «norme del diritto internazionale generalmente riconosciute» di cui all'art. 10 Cost. automaticamente applicabili in Italia e, per quello che qui più interessa, valevoli anche rispetto alle disposizioni di attuazione di atti di diritto derivato dell'Unione che, come la direttiva, non dispongano diversamente; divieto che, dunque, deve senza dubbio ricondursi alla fattispecie prevista dall'art. 191 c.p.p.⁴⁸¹

Quanto alla seconda ricostruzione, è il principio del *locus regit actum* – operante “in generale” con riferimento alle rogatorie e “nel caso di specie” per quanto concerne l'OEI – a determinare la «recezione», nell'ordinamento interno, delle previsioni estere rilevanti nel procedimento di formazione dell'atto istruttorio, di talché «il disposto

⁴⁷⁹ F.R. DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale. Struttura e funzioni del vizio*, cit., p. 161.

⁴⁸⁰ G. UBERTIS, *La prova acquisita all'estero e la sua utilizzabilità in Italia*, in *Cass. pen.*, 2014, p. 700.

⁴⁸¹ ID., *ivi*, p. 701, il quale sottolinea anche come questa impostazione preserverebbe al meglio anche il principio di legalità processuale sancito, come noto, dall'art. 111 comma 1 Cost., «in forza del quale è vietata l'effettuazione di atti “non regolat[i] dalla legge” [...] che presieda al loro compimento».

dell'art. 191 c.p.p. si estende sino a ricomprendere anche i “divieti” legislativi espressi dalla norma straniera, rendendone indispensabile il sanzionamento mediante l'onnicomprendiva qualificazione negativa costituita dall'inutilizzabilità»⁴⁸².

3. L'utilizzabilità delle investigazioni difensive all'estero: aperture (solo) minime

Nel considerare la questione delle condizioni richieste in caso di OEI emesso su istanza della difesa, si è rilevato come il combinato disposto degli artt. 1§ 3 direttiva e 31 d.lgs. n. 108 del 2017 imponga la mediazione dell'autorità giudiziaria, con tutti i profili problematici legati alla parità delle armi⁴⁸³.

Chiarito, dunque, che il difensore non può spiccare autonomamente un OEI così rivolgendosi direttamente all'autorità di esecuzione, è necessario domandarsi se questi possa svolgere attività investigativa all'estero per individuare eventuali fonti di prova o per acquisire elementi utilizzabili nel procedimento interno.

Detto altrimenti, nel silenzio serbato sul punto tanto dalla direttiva, quanto dal d.lgs. n. 108 del 2017, occorre verificare se, anche con riferimento al più recente congegno di acquisizione transnazionale delle prove di matrice eurounitaria, resti valido l'orientamento espresso dalla giurisprudenza di legittimità in materia di rogatorie internazionali nella nota sentenza *Kaneva*⁴⁸⁴, secondo cui gli atti raccolti dal difensore attraverso lo svolgimento di indagini *ultra fines* sono affetti da inutilizzabilità ai sensi dell'art. 729 c.p.p., in quanto la legge non attribuisce al legale un autonomo potere di compiere tale attività in territorio straniero. Del resto – osservava a suo tempo la Corte di Cassazione – consentendo al difensore di investigare oltre i confini dello Stato si

⁴⁸² C. VALENTINI, *L'acquisizione della prova tra limiti territoriali e cooperazione con autorità straniere*, cit., p. 196. Nello stesso senso F.R. DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale. Struttura e funzioni del vizio*, cit., p. 162.

⁴⁸³ V. *supra*, cap. II, § 3.2.

⁴⁸⁴ Cass. Pen., Sez. I, 29 maggio 2007, *Kaneva*, cit., sulla quale, oltre ai riferimenti bibliografici di cui *supra*, cap. II, § 3.2, sub nota n. 284, v. M. BORDIERI, *Brevi note sull'inutilizzabilità di atti investigativi svolti all'estero dal difensore dell'imputato senza passare attraverso una rogatoria internazionale*, in Cass. pen., 2009, p. 2035 ss.; D. CURTOTTI-NAPPI, *I nuovi orizzonti investigativi del difensore: le informazioni assunte all'estero*, in *Giur. it.*, 2008, p. 986 ss.; A. FABBRI, *I limiti territoriali nello svolgimento delle indagini difensive*, in L. FILIPPI-P. GUALTIERI-P. MOSCARINI-A. SCALFATI (a cura di), *La circolazione investigativa nello spazio giuridico europeo: strumenti, soggetti, risultati*, Cedam, Padova, 2010,

finirebbe per attribuirgli un vantaggio rispetto al pubblico ministero che, invece, è sempre costretto alle condizioni e ai limiti della disciplina in tema di collaborazione giudiziaria, ovvero a schemi predeterminati vincolati all'intervento dell'autorità giudiziaria estera.

La conseguenza di una tale mancanza di legittimazione – ma è perfino superfluo evidenziarlo – è il venir meno della possibilità per la difesa di selezionare il materiale raccolto, ovvero di decidere se “ostendere” o meno quanto ottenuto attraverso le proprie indagini: avanzare una richiesta di emissione di una rogatoria e, ora, di un'OEI significa, per il difensore, accettare il rischio che nella piattaforma probatoria valutabile dal giudice entri anche materiale pregiudizievole per il proprio assistito.

Ed è proprio a partire da questo rilievo che si è efficacemente affermato che «l'equivalenza prospettata» dalla Suprema Corte – secondo cui sia il pubblico ministero sia la difesa devono rivolgersi all'autorità straniera – «non riequilibra posizioni diverse: il p.m. presenta ogni elemento raccolto, la difesa solo gli elementi favorevoli»⁴⁸⁵.

Da qui, lo spunto per una lettura che, viceversa, riconosce alla difesa un margine di manovra, anche in ragione di un ulteriore argomento che muove dalla natura per così dire “privata” dell'attività investigativa del difensore: questi, non esercitando una potestà pubblica, né compiendo atti di esercizio della giurisdizione, non può essere infatti equiparato all'autorità giudiziaria che, esplicando una funzione pubblica, incontra vari limiti quando compie attività sul territorio di uno Stato estero» «legati al rispetto della sovranità di quel Paese»⁴⁸⁶.

A ciò si aggiunga che dal richiamato art. 729 c.p.p. non è dato ricavarsi, neppure in maniera implicita, un «divieto di ricerca difensiva di prove *pro reo* al di fuori della rogatoria»⁴⁸⁷.

Il difensore sarebbe, pertanto, legittimato a compiere tutte le attività di cui agli artt. 391-*bis* ss. c.p.p. e, laddove decidesse di depositarne i risultati, sì da renderli atti del procedimento, la loro utilizzabilità sarebbe subordinata al rispetto delle condizioni previste da tali disposizioni. Il tutto, va da sé, con il limite delle attività per cui è

⁴⁸⁵ P. SPAGNOLO, *Il procedimento di emissione dell'OEI*, cit., p. 94.

⁴⁸⁶ In termini sostanzialmente analoghi ancora P. SPAGNOLO, *ibidem*. Nello stesso senso v. anche M.R. MARCHETTI, *L'assistenza giudiziaria internazionale*, cit., p. 128.

⁴⁸⁷ F.M. GRIFANTINI, *Ordine europeo di indagine penale e investigazioni difensive*, cit., p. 4.

indispensabile l'intervento dell'autorità giudiziaria⁴⁸⁸ (sia essa il pubblico ministero o il giudice) in relazione alle quali dovrà necessariamente farsi ricorso alla canalizzazione⁴⁸⁹.

Quanto alle regole previste dalla *lex loci actus* che può disciplinare diversamente o finanche non ammettere le indagini difensive, valgono, *mutatis mutandis*, i medesimi rilievi svolti in conclusione del precedente paragrafo a proposito dell'evenienza in cui l'autorità giudiziaria straniera, nell'eseguire l'OEI in ossequio alla propria legge processuale, incorra in una sua violazione⁴⁹⁰.

Lungi dall'aspettarsi un *revirement* da parte della giurisprudenza di legittimità, a cui – è opportuno precisarlo – la sistematica dell'OEI non parrebbe comunque essere di ostacolo, considerato che *Relazione illustrativa* allo schema di d.lgs. n. 108 del 2017 afferma che le indagini difensive non sono state regolamentate in quanto «materia esulante dalla disciplina di cui alla direttiva» e, dunque, non perché “precluse”⁴⁹¹; si può comunque confidare in un'apertura che consenta un pur minimo spazio operativo “autonomo” alla difesa. Invero, nella *Relazione illustrativa* appena menzionata si legge, proprio di seguito al passo citato, che «si ritiene» comunque «che i difensori, gli investigatori privati ed i consulenti tecnici possano recarsi all'estero per conferire con persone residenti o dimoranti in altro Stato e in grado di riferire circostanze utili ai fini dell'attività investigativa, per ivi svolgere con le stesse colloqui non documentati (*ex art. 391-bis* comma 1 c.p.p.) senza dover richiedere l'emissione di un OEI. Per le medesime ragioni, si è ritenuto non necessario disciplinare la richiesta di emissione di

⁴⁸⁸ ... e, pertanto, sempre destinata all'inserimento nel fascicolo delle indagini o in quello dibattimentale «senza alcuna differenza tra ciò che è acquisito all'interno del territorio nazionale e ciò che è acquisito all'estero» (P. SPAGNOLO, *Il procedimento di emissione dell'OEI*, cit., p. 94).

⁴⁸⁹ Cfr. M. BORDIERI, *Brevi note sull'inutilizzabilità di atti investigativi svolti all'estero dal difensore dell'imputato senza passare attraverso una rogatoria internazionale*, cit., p. 2038; C. ANGELONI, *L'inammissibilità di investigazioni difensive all'estero: una ricostruzione plausibile?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 1391.

⁴⁹⁰ Per un accenno in questo senso, si vedano i contributi di F.M. GRIFANTINI, *Ordine europeo di indagine penale e investigazioni difensive*, cit., p. 5, secondo cui la questione andrebbe «risolta volta per volta secondo la *lex loci*»; e di M.R. MARCHETTI, *L'assistenza giudiziaria internazionale*, cit., p. 128, la quale, anche al fine di evitare eventuali ricadute sotto il profilo dell'utilizzabilità, individua una soluzione nella nomina di un difensore nello Stato straniero per compiere l'attività investigativa. Si tratterebbe – prosegue l'A. – «di un meccanismo rapportabile alle rogatorie che, però, a differenza di quello, non ha il crisma della legalità in quanto non previsto dalla nostra normativa».

⁴⁹¹ *Relazione illustrativa* cit., p. 19. Sul punto cfr. E. LORENZETTO, *I diritti della difesa nelle dinamiche applicative dell'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 370 ad avviso della quale «istituire un legame tra investigazioni difensive e ordine europeo di indagine finirebbe per alimentare l'equivoco per cui il difensore, per svolgere attività investigativa in territorio straniero, necessita sempre degli strumenti di cooperazione giudiziaria».

un OEI per autorizzare la difesa dell'indagato ad invitare le persone in grado di riferire circostanze utili ai fini dell'attività investigativa residenti o dimoranti all'estero, a venire nel territorio dello Stato italiano per rendere informazioni da documentare secondo le modalità previste dall'art. 391-ter c.p.p. o a trasmettere una dichiarazione scritta, con firma autenticata da un pubblico ufficiale dello Stato estero»⁴⁹².

In effetti, la possibilità di ricorrere, prima della richiesta di emissione di un OEI, a quell'attività che è ontologicamente destinata a non essere utilizzata nel processo qual è il c.d. "colloquio esplorativo" consentirebbe alla difesa quantomeno di informarsi *a priori* sul contenuto delle dichiarazioni da raccogliere e, dunque, di non operare alla cieca. Ove così non fosse, la difesa sarebbe costretta, in alternativa, a rinunciare all'attività istruttoria per evitare il rischio che questa si riveli sfavorevole o ad attivarsi correndo il rischio che da tale scelta conseguano effetti negativi per il proprio assistito⁴⁹³.

Che ciò, poi, possa determinare un indebito vantaggio a favore della difesa appare difficilmente sostenibile. In questo senso, è sufficiente richiamare la pratica – invalsa da tempo nel contesto europeo – delle c.d. "indagini parallele", per cui al magistrato della pubblica accusa è consentito avere un monitoraggio costante sulle operazioni effettuate da un proprio collega in altro Stato, potendo pertanto ricorrere alla richiesta di cooperazione giudiziaria solo con riguardo agli elementi che ritiene rilevanti ai fini delle proprie indagini⁴⁹⁴.

4. Ordine europeo di indagine e art. 78 comma 1 disp. att. c.p.p.: nihil sub sole novum

Tra le disposizioni che concorrono a delineare il regime di utilizzabilità degli atti assunti per mezzo dell'OEI deve annoverarsi anche l'art. 78 comma 1 disp. att. c.p.p., la cui operatività prescinde dalla modalità attraverso cui «la documentazione di atti di un procedimento penale compiuti dall'autorità giudiziaria straniera» giunga in possesso di quella italiana, potendo venire in considerazione non solo le procedure

⁴⁹² *Relazione illustrativa cit., ibidem.*

⁴⁹³ Cfr. M. CAIANIELLO, *L'OEI dalla direttiva al decreto n. 108 del 2017*, cit., p. 36.

⁴⁹⁴ V. ancora di M. CAIANIELLO, *ibidem*. In ordine alle indagini parallele, v., *amplius*, M. SIMONATO, *The "Spontaneous Exchange of Information" between European Judicial Authorities from the Italian Perspective*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2011, p. 220 ss.

“formalizzate” come le rogatorie o, per l'appunto, l'OEI, ma finanche il meccanismo della c.d. “trasmissione informale”⁴⁹⁵.

Trattandosi, come risulta evidente, di prove (già) assunte *motu proprio* dall'autorità giudiziaria di un altro Stato membro e, pertanto, conformi alla *lex loci*, ci si limita ad osservare come il fatto che tale documentazione sia stata acquisita attraverso l'ordine di indagine non possa in alcun modo incidere sul momento di formazione dell'attività istruttoria e, dunque, su quello successivo della sua spendibilità interna.

In definitiva, la circostanza che la disposizione in esame si applica anche nell'ambito dell'OEI, non fa altro che riproporre, in questo contesto, le criticità già emerse tanto con riferimento al meccanismo delle rogatorie, quanto a quello della menzionata trasmissione informale, che, peraltro, si sommano a quelle scaturenti dalla trasnazione di atti istruttori tra procedimenti a livello interno. Come noto, le garanzie poste dall'art. 238 c.p.p. che disciplina l'acquisizione di verbali di prove di altri procedimenti (nazionali)⁴⁹⁶, cui la disposizione per l'appunto rinvia, non sono in grado di rimediare all'evenienza che nel processo *a quo* l'attività istruttoria compiuta riguardi un *thema decidendum* per forza di cose differente da quello del processo *ad quem*⁴⁹⁷. A

⁴⁹⁵ V. *supra*, cap. II, § 1.

⁴⁹⁶ Tale articolo prevede, in particolare, che «1. ammessa l'acquisizione di verbali di prove di altro procedimento penale se si tratta di prove assunte nell'incidente probatorio o nel dibattimento. 2. È ammessa l'acquisizione di verbali di prove assunte in un giudizio civile definito con sentenza che abbia acquistato autorità di cosa giudicata. 2-bis. Nei casi previsti dal comma 1, le dichiarazioni rese dalle persone indicate nell'articolo 210 sono utilizzabili soltanto nei confronti degli imputati i cui difensori hanno partecipato alla loro assunzione. 3. È comunque ammessa l'acquisizione della documentazione di atti che anche per cause sopravvenute non sono ripetibili. 4. Al di fuori dei casi previsti dai commi 1, 2, 2-bis e 3, i verbali di dichiarazioni possono essere utilizzati nel dibattimento solo nei confronti dell'imputato che vi consenta; in mancanza di consenso, detti verbali possono essere utilizzati a norma degli articoli 500 e 503».

Orbene, oltre a quanto si sottolineerà a breve, mette conto segnalare, anzitutto, come quando si tratti di acquisizione transnazionale, i riferimenti all'“incidente probatorio” e al “dibattimento”, non potendosi pretendere che gli Stati esteri adottino i medesimi istituti che trovano applicazione a livello interno, devono essere intesi come indicativi di modalità di assunzione garantite dal rispetto del metodo dialettico (cfr. N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, cit., p. 425).

Inoltre, la possibilità prevista dal comma 2 di acquisire anche verbali di prove assunte in un giudizio civile deve essere esclusa nel caso di prove assunte all'estero, dal momento che l'art. 78 comma 1 disp. att. c.p.p. fa espresso esplicito riferimento agli atti dei soli procedimenti “penali” stranieri (C. VALENTINI, *L'acquisizione della prova tra limiti territoriali e cooperazione con autorità straniere*, cit., p. 217)

Infine, nel contesto transfrontaliero risulta difficilmente realizzabile il requisito di cui al comma 2-bis ai fini dell'utilizzabilità *contra reum* dei verbali delle dichiarazioni, con la conseguenza che è destinato ad operare il solo comma 4 (cfr., con specifico riferimento all'OEI, M. DANIELE, *La sfera d'uso delle prove raccolte*, cit., p. 197).

⁴⁹⁷ In questo senso v. A. BERNASCONI, *Ideologie e prassi in tema di circolazione di verbali “alieni”*, in G. DI CHIARA, (a cura di), *Eccezioni al contraddittorio e giusto processo. Un itinerario attraverso la giurisprudenza*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 323 s.; P. FERRUA, *Il contraddittorio tra*

ciò si aggiunga che quando la prova sia – come è stato efficacemente asserito – «“doppiamente allogena[a]”»⁴⁹⁸, in quanto assunta in un procedimento diverso e, per di più, straniero, l’estraneità della prova rispetto al procedimento nella quale è chiamata a confluire è data anche dalla circostanza che essa è stata formata secondo le regole vigenti in un altro ordinamento.

5. Le regole di esclusione promananti dalla direttiva

Esaurita l’analisi delle regole di matrice “interna”, è possibile rivolgere l’attenzione a quelle che promanano dalla fonte sovranazionale. In questo senso, il riferimento corre non solo all’ipotesi prevista espressamente dalla direttiva relativa alle intercettazioni da svolgersi senza l’assistenza dell’autorità giudiziaria dello Stato membro in cui si trovino il dispositivo o il sistema, ma anche alla circostanza che, dalla sistematica dell’OEI, sembrano potersi ricavare, seppur “implicitamente”⁴⁹⁹, almeno altre due regole di esclusione.

5.1. I divieti “impliciti”: premessa

Iniziando dal considerare proprio quest’ultimo aspetto, non deve stupire che, come si osserverà breve, il legislatore dell’Unione non abbia previsto un divieto espresso, né tantomeno la sanzione da ricondurre alla sua violazione, lasciando, piuttosto, intendere che, operando diversamente da quanto prescritto dalla direttiva per così dire “in positivo”, se ne realizzerebbe una violazione. Del resto, sono note le difficoltà che questi incontra nell’introdurre conseguenze sanzionatorie ricollegabili all’inosservanza delle nuove previsioni che di volta in volta si accinge ad approvare⁵⁰⁰.

declino della legge e tirannia del diritto vivente, in D. NEGRI-R. ORLANDI (a cura di), *Le erosioni silenziose del contraddittorio*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 4 s.

⁴⁹⁸ R. BELFIORE, *La prova penale “raccolta” all’estero*, cit., p. 118.

⁴⁹⁹ L’espressione, ripresa anche nel titolo del successivo paragrafo, è stata utilizzata per la prima volta con riferimento all’OEI da M. DANIELE, *L’impatto dell’ordine europeo di indagine penale sulle regole probatorie nazionali*, cit., p. 71.

⁵⁰⁰ Cfr. R. DEL COCO, *Circolazione della prova e poteri sanzionatori del giudice*, cit., p. 176.

In questo senso, come è stato affermato in uno studio emblematicamente intitolato “*To sanction (or not to sanction) Procedural Flaws at EU Level?*”, a rilevare sono essenzialmente due ordini di limiti⁵⁰¹.

Anzitutto, non può essere tralasciata la circostanza che le sanzioni processuali rappresentano il risultato di ogni singola tradizione giuridica nazionale⁵⁰²: non v'è dubbio, infatti, che «la scelta della tipologia sanzionatoria applicabile nei singoli casi» sia inscindibilmente connessa alle «direttrici epistemologiche ed etiche sulle quali si fonda l'opzione cognitiva accolta» dai diversi ordinamenti⁵⁰³. Ecco che la disomogeneità che tutt'ora caratterizza i vari sistemi processuali dell'Unione europea rappresenta il primo ostacolo all'introduzione di un complesso sanzionatorio unitario.

C'è poi la questione del rispetto del principio di sussidiarietà: da un lato, l'elaborazione di sanzioni processuali comuni è percepita come un attentato alla sovranità nazionale⁵⁰⁴ e, dall'altro, si sostiene – quale diretta conseguenza delle divergenze cui si è fatto riferimento poc'anzi – che siano i Paesi membri, e non il legislatore sovranazionale, a trovarsi nella posizione migliore per operare le valutazioni necessarie al fine di predisporre le sanzioni da ricollegare alla violazione di una determinata previsione eurounitaria così come tradotta sul piano interno.

L'aspetto problematico dal punto di vista interno è che, trattandosi in tutti e due i casi (su cui ci si soffermerà a breve) di regole concernenti l'*an* delle operazioni

⁵⁰¹ Il riferimento è a M. CAIANIELLO, *To sanction (or not to sanction) procedural Flaws at EU level? A step forward in the creation of an EU criminal process*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2014, p. 317 ss.

⁵⁰² Osserva a questo proposito ID., *ivi*, p. 322, che «*For example, it would be completely useless to transplant the system of the nullité del acts, derived from the French tradition, in a common law system, where a completely different set of reactions takes place in case of procedural violations. The same is true for the opposite: It has been very complicated to transplant in the Italian civil law system, which has no jury and where the final decisions are adopted with motivated judgements as opposed to unmotivated verdicts, the set of rules of exclusion in the field of evidence (and the outcome cannot really be compared to the original source)*».

⁵⁰³ R. DEL COCO, *Circolazione della prova e poteri sanzionatori del giudice*, cit., p. 176, la quale riprende le considerazioni di C. CONTI, voce *Inutilizzabilità*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. VII, Roma, 2004, p. 1.

⁵⁰⁴ Con riguardo a questo specifico aspetto v., altresì, R. DEL COCO, *Circolazione della prova e poteri sanzionatori del giudice*, cit., p. 176; T. RAFARACI, *General Considerations on the European Investigation Order*, cit., p. 37 s.; A. SCELLA, *Verso le squadre investigative comuni: lo scenario italiano*, cit., p. 229.

istruttorie transnazionali⁵⁰⁵, a venire in considerazione è l'istituto dell'inutilizzabilità di cui all'art. 191 c.p.p.⁵⁰⁶

Ebbene, proprio a quest'ultimo proposito è stato osservato che tale ricostruzione dovrebbe fare i conti con l'impostazione secondo cui i divieti probatori cui si riferisce il suddetto articolo devono essere previsti da formule normative espresse tali da individuare chiaramente l'assenza di un potere istruttorio, ma l'obiezione sarebbe superabile in quanto siffatto approccio ermeneutico è «sostenibile in rapporto alle regole di esclusione nazionali, nel contesto di un sistema chiuso contraddistinto dall'esigenza di tassatività delle invalidità». Più arduo richiamarlo «in relazione a norme sovranazionali come quelle della direttiva» che, come si è avuto modo di rimarcare, non si può pretendere che presentino «lo stesso livello di precisione delle norme nazionali». In definitiva, «l'essenziale è che i divieti non derivino da preferenze dell'interprete, ma siano ricollegabili ad inequivocabili scelte del legislatore eurounitario»⁵⁰⁷.

Non solo. Occorre infatti considerare come quella richiamata in apertura non sia la sola tesi elaborata al fine di individuare il criterio di demarcazione dei divieti probatori a livello interno. In questo senso, a rilevare è l'impostazione secondo cui l'esistenza di uno dei suddetti divieti deve essere ravvisata non soltanto quando compaia una formula legislativa tale da non dar adito ad alcun dubbio, ma anche ogni qualvolta l'attività probatoria risulti subordinata a uno o più presupposti tassativamente individuati dalla legge, ovvero consentita in un novero altrettanto limitato e tassativo di ipotesi: «permettere un atto “soltanto se” (e il soltanto se lo si può ricavare anche in via

⁵⁰⁵ Cfr. M. DANIELE, *L'impatto dell'ordine europeo di indagine penale sulle regole probatorie nazionali*, cit., p. 66.

⁵⁰⁶ Sulla distinzione tra divieti relativi all'*an* e divieti relativi al *quomodo* della prova v. C. CONTI, *L'inutilizzabilità*, in A. MARANDOLA (a cura di), *Le invalidità processuali. Profili statici e dinamici*, Utet, Torino, 2015, la quale afferma che «in assenza di una previsione legale volta a sancire espressamente quale vizio colpisca la prova, esist[e] un vero e propeio “divieto” solo allorché una norma precluda in radice l'ingresso di una determinata prova. Viceversa, la violazione di una semplice modalità di assunzione non comporta inutilizzabilità; essa può determinare nullità, se ricorre una delle ipotesi generali previste dall'art. 178 c.p.p.». Su tale aspetto v., altresì, G. PIERRO, voce *Inutilizzabilità (proc. pen.)*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, cit., p. 3250 s.; N. GALANTINI, voce *Inutilizzabilità (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, agg. I, Giuffrè, Milano, 1997, p. 693; F.M. GRIFANTINI, voce *Inutilizzabilità*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VII, Utet, Torino, 1993, p. 247.

⁵⁰⁷ Entrambe le citazioni riportate in testo sono di M. DANIELE, *La sfera d'uso delle prove raccolte*, cit., p. 182, il quale, per l'obiezione alla possibilità di estendere l'applicazione dell'art. 191 c.p.p. anche ai divieti impliciti promananti dalla direttiva, muove dalla nota tesi di F. CORDERO, *Procedura penale*, Giuffrè, Milano, IX ed., cit., p. 612 s.

interpretativa) equivale a stabilire che, al di fuori di quell'ipotesi, sussiste il divieto». Da qui l'idea che, accanto ai divieti probatori “espliciti”, trovano spazio anche quelli “impliciti” formulati in maniera indiretta o espressi nella forma della permissione, non sussistendo alcuna differenza, sul piano logico, tra il vietare che un determinato atto sia compiuto in mancanza dei presupposti di legge e il subordinare l'espletamento di quella stessa attività al riscontro dei medesimi presupposti⁵⁰⁸.

Con queste premesse è, dunque, possibile porre mente alle due regole di esclusione che promanano direttamente dall'atto normativo eurounitario.

5.1.1. L'inosservanza dei presupposti previsti per il compimento di un atto in un caso interno analogo

Il riferimento corre, in primo luogo, all'inosservanza della prescrizione diretta preservare il principio di legalità processuale nello Stato di emissione di cui all'art. 6 § 1 lett. *b* direttiva, la quale, anche se non espressamente recepita dal d.lgs. n. 108 del 2017, è comunque idonea ad imporre, in sede di emissione dell'OEI, il rispetto di tutte le condizioni di ammissibilità previste dal codice di rito per il compimento della medesima attività a livello interno⁵⁰⁹.

Ne deriva che sono da ritenere inutilizzabili ai sensi dell'art. 191 c.p.p. – e, dunque, non solo ai fini della decisione di merito, ma anche dell'applicazione di una misura cautelare o nell'ambito dei riti alternativi – le risultanze raccolte all'estero che si rivelino carenti rispetto alle condizioni concernenti l'*an* delle operazioni istruttorie individuate dalla *lex fori*: se esse venissero, al contrario, impiegate in un procedimento instaurato nel nostro Paese, «si determinerebbe», infatti, «una sicura violazione della direttiva»⁵¹⁰.

⁵⁰⁸ Si tratta dell'altrettanto nota tesi di M. NOBILI, sub *Art. 190 c.p.p.*, in M. CHIAVARIO (coord. da), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, vol. II, Utet, Torino, 1990, p. 408 s. da cui sono riprese anche le citazioni testuali. Sul punto, seppur in senso critico, v. A. SCILLA, voce *Inutilizzabilità della prova (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, Annali II, Giuffrè, Milano, 2008, p. 484 ss.

⁵⁰⁹ Per questo aspetto v. *supra*, cap. II, § 3.

⁵¹⁰ M. DANIELE, *La sfera d'uso delle prove raccolte*, cit., p. 184. In senso analogo v. P. SPAGNOLO, *Il procedimento di emissione dell'OEI*, cit., p. 85, nonché E. LORENZETTO, *I diritti della difesa nelle dinamiche applicative dell'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 379.

Quanto all'altra condizione individuata dal summenzionato art. 6 § 1 direttiva che impone il rispetto del principio di proporzionalità (lett. *a*), si è già avuto modo di chiarire come il legislatore italiano si sia astenuto dal recepirlo, considerandolo immanente alle regole processuali interne, il che fa ritenere che la sua violazione possa determinare l'invalidità dell'atto assunto per mezzo dell'OEI, solo quando – per riprendere l'espressione opportunamente impiegata dalla più volte menzionata *Circolare ministeriale* – rappresenti il «sostrato sostanziale di una formalizzata condizione di ammissibilità dell'atto investigativo o probatorio (si pensi alla selezione dei *serious crimes* per i quali l'art. 266 cod. proc. ammette il ricorso alle intercettazioni)»⁵¹¹.

Infine, non si può fare a meno di chiedersi se quanto appena rilevato a proposito dell'inosservanza delle condizioni di emissione previste dalla *lex fori*, possa valere anche nell'evenienza in cui ad essere disattesi siano i presupposti di esecuzione da individuarsi, come detto, nelle condizioni di ammissibilità previste dalla *lex loci*. Da questo punto di vista, a far propendere per l'idea che la violazione di tali condizioni non rilevi sotto il profilo dell'utilizzabilità soccorrono, da un lato, il fatto che la direttiva ha previsto, per questa ipotesi, un apposito motivo di rifiuto⁵¹² e, dall'altro, l'evenienza che, come si osserverà più avanti, quando il legislatore eurounitario ha voluto che si determinasse un diverso effetto, lo ha previsto espressamente⁵¹³.

5.1.2. Instradamento dei flussi comunicativi: una questione definitivamente chiusa

Venendo alla seconda ipotesi di inutilizzabilità che risulta dall'impianto della direttiva, occorre riprendere quanto osservato a proposito dell'art. 31 direttiva in materia di intercettazioni di telecomunicazioni “senza l'assistenza tecnica dello Stato in cui si trova collocato il bersaglio”, così come trasposto, sul versante attivo, dall'art. 44 d.lgs. n. 108 del 2017. In chiusura del precedente capitolo si è, infatti, sottolineato che, anche quando non è necessario l'ausilio dell'autorità straniera sul cui territorio si trova

⁵¹¹ Circolare del Ministero di Giustizia del 26 ottobre 2017, cit., p. 40. V., in senso conforme, M.R. MARCHETTI, *Ricerca e acquisizione probatoria all'estero: l'ordine europeo di indagine*, cit., p. 832; *contra* M. DANIELE, *La sfera d'uso delle prove raccolte*, cit., p. 189 ss.

⁵¹² V. *supra*, cap. II, § 4.

⁵¹³ V. *infra*, § 5.2.

il dispositivo da captare, il pubblico ministero è comunque tenuto a emettere un OEI, sì da consentire alla suddetta autorità di verificare che siano soddisfatti i requisiti di ammissibilità previsti dalla *lex loci* e, se del caso, ordinare l'immediata cessazione dell'attività e l'inutilizzabilità totale o parziale dei risultati.

Da questo punto di vista, il pensiero corre inevitabilmente al c.d. "instradamento di flussi comunicativi", ovvero quella tecnica che, come noto, consente di convogliare in un "nodo" situato in un determinato Stato (nel caso in esame l'Italia) tutte le comunicazioni che, partendo da un'utenza straniera identificata, sono dirette verso utenze nazionali o, viceversa, tutte le comunicazioni che, originando da sorgenti nazionali, sono indirizzate verso quell'identificata utenza estera⁵¹⁴; il tutto – è opportuno rimarcarlo – all'insaputa dello Stato straniero, alla cui sovranità, come è stato efficacemente affermato, «devono ascrivere i diritti soggettivi attinti da limitazione»⁵¹⁵.

Ebbene, deve ritenersi che a seguito dell'attuazione dell'OEI non possa più trovare applicazione l'interpretazione – andata vieppiù consolidandosi nella giurisprudenza di legittimità, nonostante le riserve avanzate dalla dottrina più attenta a preservare il potere giurisdizionale dello Stato nei cui confini si muove il soggetto o l'utenza⁵¹⁶ – secondo cui la necessità di ricorrere allo strumento rogatorio è circoscritta alle sole ipotesi in cui il flusso di comunicazioni da intercettare transita unicamente su territorio straniero⁵¹⁷; nei rapporti con gli Stati membri che hanno aderito alla direttiva, l'inosservanza dell'obbligo di emettere un ordine di intercettazione "in ogni caso", compresi, dunque, quelli considerati poc'anzi, configurando la violazione

⁵¹⁴ B. GALGANI, *Assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea*, cit., p. 464.

⁵¹⁵ EAD., *ibidem*; sul tema v., *ex multis*, A. BALSAMO, *Intercettazioni ambientali mobili e cooperazione giudiziaria internazionale: indicazioni desumibili dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in *Cass. pen.*, 2016, p. 4236 s.; C. CONTI, *Intercettazioni e inutilizzabilità: la giurisprudenza aspira al sistema*, *ivi*, 2011, p. 3638 ss.; nonché 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, *L'ordine europeo di indagine. Criticità e prospettive*, cit., 208 ss.

⁵¹⁶ Cfr. M. TIBERI, *L'instradamento delle telefonate straniere: una prassi discutibile*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 959 s.; F. RUGGIERI, *Le intercettazioni "per instradamento" sul canale internazionale: un mezzo di ricerca della prova illegittimo*, *ivi*, p. 1064.

⁵¹⁷ Cfr., *ex multis*, *Cass. Pen.*, Sez. IV, 13 giugno 2003, Lengu, in *Ced.*, rv. 226174; *Cass. Pen.*, Sez. VI, 2 novembre 2004, *Commisso*, *ivi*, rv. 231467; *Cass. Pen.*, Sez. IV, 28 febbraio 2008, *Volante*, *ivi*, rv. 239288; *Cass. Pen.*, Sez. IV, 29 gennaio 2015, A., *ivi*, rv. 262441; *Cass. Pen.*, Sez. III, 3 marzo 2017, V., in *Guida dir.*, 2016, f. 33, p. 64. Mette conto segnalare, inoltre, che la Corte di Strasburgo, nella sentenza 23 febbraio 2016, *Capriotti c. Italia*, si è pronunciata nel senso della legittimità convenzionale delle intercettazioni disposte anche su utenze estere senza ricorrere alla procedura di rogatoria internazionale quando le chiamate sono canalizzate su centrali site in Italia.

di puntuali prescrizioni della fonte eurounitaria, «determinerebbe», infatti, «l'inutilizzabilità a qualunque fine dei dati intercettati»⁵¹⁸. Anche perché, opinando diversamente, si finirebbe con l'offrire all'autorità italiana la possibilità di ovviare al requisito della doppia legalità dei presupposti di ammissibilità che, proprio con specifico riguardo alle intercettazioni di comunicazioni, stante, evidentemente, il carattere estremamente invasivo per il diritto alla riservatezza di questo mezzo istruttorio, il legislatore dell'Unione ha ritenuto di presidiare con una sanzione processuale esplicita, laddove risultassero violate le condizioni previste dalla *lex loci* in relazione all'*an* delle operazioni.

5.2. Il mancato rispetto delle condizioni di ammissibilità stabilite dalla lex loci per l'esecuzione delle intercettazioni di comunicazioni condotte senza l'assistenza di altro Stato membro

Il rilievo svolto in chiusura del precedente paragrafo offre lo spunto per porre l'attenzione su quello che, come più volte ripetuto, rappresenta l'unico divieto probatorio espresso della direttiva.

Da questo punto di vista, a venire in rilievo è l'art. 31 § 3 lett. *b* concernente i risultati delle intercettazioni effettuate senza l'assistenza tecnica dello Stato membro in cui si trova il bersaglio. Come ricordato poc'anzi, alla competente autorità giudiziaria di quest'ultimo deve essere, infatti, notificato – mediante l'emissione di un OEI – lo svolgimento delle operazioni, spettando a tale autorità verificare se la captazione è consentita in un caso interno analogo, vale a dire se essa rispetta tutti i requisiti di ammissibilità previsti dalla *lex loci*; e, nel caso in cui ciò non si verifichi, comunicare all'autorità di emissione che le intercettazioni, se già iniziate, devono essere interrotte e che quanto intercettato “non può essere utilizzato o può essere utilizzato solo a determinate condizioni”.

⁵¹⁸ M. DANIELE, *La sfera d'uso delle prove raccolte*, cit., p. 186. Nel senso che «l'istradamento potrà continuare a trovare applicazione [solo] con riferimento a bersagli localizzati nel territorio di Stati estranei all'ambito applicativo della Direttiva OEI» si esprime anche Circolare del Ministero di Giustizia del 26 ottobre 2017, cit., p. 54.

Il d.lgs. n. 108 del 2017, all'art. 44 ultimo comma, per quanto concerne la procedura attiva, ha dunque stabilito che «[i] risultati dell'intercettazione possono [...] essere utilizzati alle condizioni stabilite dall'autorità giudiziaria dello Stato membro» sul cui territorio si trova il dispositivo o il sistema.

Come è evidente, quest'ultima formula evoca quella – ben nota al nostro ordinamento, non foss'altro perché si tratta della più risalente ipotesi di inutilizzabilità specificamente prevista per le rogatorie – contenuta nell'art. 729 c.p.p. comma 1, a mente del quale, «[n]ei casi in cui lo Stato estero abbia posto condizioni all'utilizzabilità degli atti richiesti, l'autorità giudiziaria [italiana] è vincolata al rispetto di tali condizioni», che, tuttavia, con riferimento all'OEI, deve ritenersi inoperante. La circostanza che la fonte eurounitaria abbia previsto un'unica ipotesi in cui all'autorità di un altro Stato membro è consentito (*rectius* “imposto”, trattandosi, quello di cui all'art. 31 § 3 lett. *b*, di un vero e proprio obbligo) indicare a quali condizioni l'autorità di emissione può utilizzare l'OEI, fa sì che la direttiva “disponga diversamente” e, dunque, secondo quanto previsto dal menzionato art. 696 c.p.p., non possa applicarsi l'art. 729 comma 1 c.p.p.

In altri termini, deve ritenersi che, al di fuori dell'evenienza in cui venga in considerazione un ordine di intercettazione da compiersi senza l'assistenza di un altro Paese membro, qualora l'autorità di esecuzione indicasse a quella italiana di emissione talune condizioni di utilizzabilità del materiale raccolto, trattandosi di esercizio di una facoltà non consentita dalla direttiva, quelle indicazioni non possono assumere alcun valore ai fini della spendibilità del materiale raccolto nel nostro ordinamento.

Per riprendere, poi, quanto rilevato nel paragrafo 2 della presente sezione, l'evenienza che, quando ha voluto conferire all'inosservanza delle condizioni di ammissibilità previste dalla *lex loci* un valore dal punto di vista della spendibilità del materiale raccolto nello Stato di destinazione, come nel caso dell'art. 31 § 3 lett. *b*, il legislatore eurounitario lo ha fatto espressamente, conferma l'idea secondo cui, in tutte le altre ipotesi, le suddette circostanze non possono che rilevare ai soli fini del rifiuto di eseguire l'OEI.

BIBLIOGRAFIA

- ALBANO F., *Sui limiti territoriali delle indagini difensive: note a margine di una discutibile pronuncia*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 4707.
- ALEXIS R., *Constitutional Rights, Balancing, and Rationality*, in *Ratio Juris*, vol. 16, 2003 (2), p. 132.
- ALLEGREZZA S., *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, Milano, 2007.
- ALLEGREZZA S., *Critical Remarks in the Green Paper on Obtaining Evidence in Criminal Matters from one Member State to another and Securing its Admissibility*, in *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 2010, p. 569.
- ALLEGREZZA S., *L'armonizzazione della prova penale alla luce del Trattato di Lisbona*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 3882.
- AMALFITANO C., *Conflitti di giurisdizione e riconoscimento delle decisioni penali nell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2006.
- AMALFITANO C., *Mandato d'arresto europeo: reciproco riconoscimento vs diritti fondamentali?*, in *Dir. pen cont. (web)*, 4 luglio 2013.
- AMALFITANO C., *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, Torino, 2009.
- AMATO G., *Consentito l'utilizzo di documenti falsi*, in *Guida dir.*, 2006, f. 12, p. 122.
- AMATO G., *I traffici illeciti di sostanze stupefacenti*, II ed., Giuffrè, Milano, 1999.
- AMBROSOLI L., voce *Provvedimenti del giudice (dir. proc. pen.)*, in *Dig. disc. pen.*, vol. X, Utet, Torino, 1995.
- AMODIO E., *Diritto di difesa e diritto alla prova nello spazio giudiziario europeo*, in *Foro ambr.*, 2001, p. 552.
- AMODIO E., sub *Art. 125 c.p.p.*, in E. AMODIO-O. DOMINIONI (diretto da), *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, Giuffrè, Milano, 1989.
- ANDOLINA E., *Gli atti anteriori all'apertura del dibattimento*, in G. UBERTIS-G.P. VOENA (diretto da), *Trattato di procedura penale*, vol. XXII, Utet, Torino, 2008, p. 207.

- ANGELONI C., *L'inammissibilità di investigazioni difensive all'estero: una ricostruzione plausibile?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 1391
- ANODINA E., *Cooperazione-integrazione penale nell'Unione europea*, in *Cass. pen.*, 2001, p. 2898.
- ARMADA I., *The European Investigation Order and the lack of european standards for gathering evidence*, in *New Journal of European Criminal Law*, vol. 6, 2015 (1), p. 15.
- ARMSTRONG K.A., *Mutual recognition*, in C. BARNARD-J. SCOTT (a cura di), *The law of the single European market: unpacking the premises*, Hart Publishing, Oxford, 2002.
- BALSAMO A.-RECCHIONE S., *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. 3620.
- BALSAMO A., *"Processo equo" e utilizzazione probatoria delle dichiarazioni dei testimoni assenti: le divergenti tendenze interpretative della Corte di cassazione italiana e della Suprema Corte del Regno Unito*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 4493.
- BALSAMO A., *Intercettazioni ambientali mobili e cooperazione giudiziaria internazionale: indicazioni desumibili dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in *Cass. pen.*, 2016, p. 4236.
- BARGIS M., *Mandato di arresto europeo e diritti fondamentali: recenti itinerari "virtuosi" della Corte di giustizia tra compromessi e nodi irrisolti*, in *Dir. pen. cont.-Riv. trim.*, 2017, f. 2, p. 180.
- BARNARD C., *The substantive law of the EU: the four freedoms*, Oxford University Press, New York, 2007, p. 111.
- BARROCU G., *La cooperazione investigativa in ambito europeo. Da Eurojust all'ordine di indagine*, Cedam, Milano, 2017.
- BARROCU G., *Le operazioni di infiltrazione*, in M.R. MARCHETTI-E. SELVAGGI (a cura di), *Dalle modifiche al Codice di Procedura Penale all'Ordine europeo di indagine*, Cedam, Milano, 2019.
- BELFIORE E., *Giudice delle leggi e diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2005.
- BELFIORE R., *Il mandato europeo di ricerca delle prove e l'assistenza giudiziaria nell'Unione europea*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 3894.
- BELFIORE R., *La prova penale "raccolta" all'estero*, Aracne, Roma, 2014.

BELFIORE R., *Le indagini bancarie*, in M.R. MARCHETTI-E. SELVAGGI (a cura di), *Dalle modifiche al Codice di Procedura Penale all'Ordine europeo di indagine*, Cedam, Milano, 2019.

BELFIORE R., *Le squadre investigative comuni nel d.lgs. n. 34/2016*, in *Cass. pen.*, 2016, p. 3886.

BERNARDI A., *L'europeizzazione del diritto e della scienza penale*, in *Quaderni fiorentini*, 2002, II, p. 545.

BERNARDI A., *Strategie per l'armonizzazione dei sistemi penali europei*, in S. CANESTRARI-L. FOFFANI (a cura di), *Il diritto penale nella prospettiva europea*, Giuffrè, Milano, 2005

BERNASCONI A., *Ideologie e prassi in tema di circolazione di verbali "alieni"*, in G. DI CHIARA, (a cura di), *Eccezioni al contraddittorio e giusto processo. Un itinerario attraverso la giurisprudenza*, Giappichelli, Torino, 2009.

BIANCO F., *Mutuo riconoscimento e principio di legalità*, in G. GRASSO-L. PICOTTI-R. SICURELLA, *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, Giuffrè, Milano, 2011.

BIONDI G., *L'incidente probatorio nel processo penale*, Giuffrè, Milano, 2006.

BOLOGNARI M., *Le videoconferenze*, in R.E. KOSTORIS-M. DANIELE (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, Torino, 2018.

BONSIGNORI R., voce *Archiviazione*, in *Enc. dir.*, Agg. I, Giuffrè, Milano, 1997.

BORDIERI M., *Brevi note sull'inutilizzabilità di atti investigativi svolti all'estero dal difensore dell'imputato senza passare attraverso una rogatoria internazionale*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 2035.

BORDIERI M., *L'impiego della videoconferenza nella cooperazione giudiziaria tra Stati*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 1132.

BORGIA G., *Los motivos de denegación del la oei a la luz de la legislación italiana de trasposición: entre el reconocimiento mutuo y las garantías de los sujetos implicados*, in M.I. GONZÁLEZ CANO (diretto da), *Orden europea de investigación y prueba transfronteriza en la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

BORGIA G., *Riconoscimento dell'ordine di sequestro probatorio e prerogative difensive*, in *Giur. it.*, p. 2532.

BOŠE M., *Human Rights Violations and Mutual Trust: Recent Case Law on the European Arrest Warrant*, in S. RUGGERI (a cura di), *Human Rights in European Criminal Law. New Developments in European Legislation and Case Law after the Lisbon Treaty*, Springer, Cham, Heidelberg, New York, Dordrecht, London, 2015, p. 143.

BRICHETTI R., *Legali al battesimo delle regole di documentazione*, in *Guida dir.*, 2001, f. 1, p. 46.

BRONZO P., *Il fascicolo per il dibattimento. Poteri delle parti e ruolo del giudice*, Cedam, Milano, 2017.

BUZZELLI S., *Diritto di difesa e rogatorie attive prima e dopo l'abrogazione dell'art. 31 delle preleggi*, in *Dir. pen. proc.*, 1996, p. 313.

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

CAIANIELLO M., *L'attuazione della direttiva sull'ordine europeo di indagine penale e le sue ricadute nel campo del diritto probatorio*, in *Cass. pen.*, 2018, p. 2197.

CAIANIELLO M., *L'OEI dalla direttiva al decreto n. 108 del 2017*, in R.E. KOSTORIS-M. DANIELE (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, Torino, 2018.

CAIANIELLO M., *La nuova direttiva UE sull'ordine europeo di indagine penale tra mutuo riconoscimento e ammissione reciproca delle prove*, in *Proc. pen. giust.*, 2015, f. 3, p. 1.

CAIANIELLO M., *To sanction (or not to sanction) procedural Flaws at EU level? A step forward in the creation of an EU criminal process*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2014, p. 317.

CAIANIELLO M., voce *Archiviazione*, in *Enc. dir.*, Annali II-1, Giuffrè, Milano, 2008.

CALAMANDREI I., *La prova documentale*, Cedam, Padova, 1995.

CALVANESE E.-DE AMICIS G., *Appunti sulla nuova Convenzione di assistenza giudiziaria penale tra gli Stati membri dell'Unione europea*, in *Giur. mer.*, 2000, p. 1054.

CALVANESE E., *Enforcement of Confiscation Orders*, in R.E. KOSTORIS (a cura di), *Handbook of European Criminal Procedure*, Springer, 2018.

- CALVANESE E., *La cooperazione giudiziaria in materia di sequestro*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 3894.
- CALVANESE E., sub *Art. 13 legge 5 ottobre 2001, n. 367*, in *Legisl. pen.*, 2002, p. 728.
- CAMALDO L., *L'attuazione della Convenzione di Bruxelles del 2000: l'assistenza giudiziaria in materia penale assume una configurazione a "geografia variabile"*, in *Dir. pen. cont. (web)*, 19 luglio 2017.
- CAMALDO L., *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: atti, diritti, soggetti e decisioni*, Giappichelli, Torino, 2017.
- CAMALDO L., *Presunzione di innocenza e diritto di partecipare al giudizio: due garanzie fondamentali del giusto processo in un'unica direttiva dell'Unione europea*, in *Dir. pen. cont. (web)*, 26 marzo 2016.
- CAMALDO L., *The European Investigation Order*, in F. RUGGIERI (a cura di), *Criminal Proceedings, Languages and the European Union: Linguistic and Legal Issues*, Springer, Berlin, 2013.
- CAMINITI I., *L'effettiva portata del principio del locus regit actum*, in *Giur. it.*, 2002, p. 1910.
- CAMON A., *Disegno di legge spazzacorrotti e processo penale. Osservazioni a prima lettura*, in *Arch pen. (web)*, 2 novembre 2018.
- CAMON A., *Le riprese visive come mezzo di indagine: spunti per una riflessione sulle prove «incostituzionali»*, in *Cass. pen.*, 1999, p. 1192.
- CAPALDO G., sub *Art. 727*, in M. CHIAVARIO (coord. da), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, vol. VI, Utet, Torino, 1991.
- CAPRIOLI F., *Riprese visive nel domicilio e intercettazioni "per immagini"*, in *Giur. cost.*, 2002, p. 2176.
- CAPRIOLI F., sub *Artt. 25-26-Il processo penale dopo la "legge Carotti" (II)*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, p. 291.
- CAPUTO P., voce *Fascicolo*, in *Dig. disc. pen.*, vol. V, 1995.
- CARBONE S.M., sub *Art. 13*, in F. POCAR-T. TREVES-S.M. CARBONE-A. GIARDINA-R. LUZZATTO-F. MOSCONI-R. CLERICI (a cura di), *Commentario del nuovo diritto internazionale privato*, Cedam, Padova, 1996.

CARCANO D., *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, Torino, 2003.

CARNEVALE S., *Prova documentale (proc. pen.)*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Giuffrè, Milano, 2006.

CASTELLANETA M., *Oei: l'autorità di emissione deve solo indicare il mezzo di impugnazione utilizzato dal destinatario*, in *Guida dir.*, 2019, f. 47, p. 96.

CATALANO E.M., sub *Art. 125 c.p.p.*, in GIARDA A.-SPANGHER G. (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, Wolters Kluwer, Milano, 2017.

CESARI C., *“Giusto processo”, contraddittorio ed irripetibilità degli atti di indagine*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 42.

CHIAVARIO M., *Cooperazione internazionale ed obiettivi di garanzia e di efficienza nella nuova disciplina dei rapporti giurisdizionali con autorità giudiziarie straniere*, in ID. (coord. da), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, vol. IV, Utet, Torino, 1991.

CHIAVARIO M., *Giustizia europea e processo penale: nuovi scenari e nuovi problemi*, in *Leg. pen.*, 2008, p. 463.

CHIAVARIO M., sub *Art. 275*, in M. CHIAVARIO (coord. da), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, vol. II, Utet, Torino, 1991.

CHIAVARIO M., *Una legge discussa, una questione stimolante e la ricerca di alternative*, in R. BIN-G. BRUNELLI-A. PUGIOTTO-P. VERONESI (a cura di), *Rogatorie internazionali e dintorni*, Giappichelli, Torino, 2002.

CHIAVARIO M., voce *Norma giuridica (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXVIII, Giuffrè, Milano, 1978.

CIAMPI A., *Novità reali e apparenti della legge in tema di utilizzabilità degli atti acquisiti al processo penale e a seguito di rogatoria*, in *Riv. dir. int.*, 2001, p. 1050.

CIAMPI A., *L'assunzione di prove all'estero in materia penale*, Cedam, Padova 2003.

CONDINANZI M.-IANNUCELLI P., sub *Art. 53*, in R. MASTROIANNI-O. POLLICINO-S. ALLEGREZZA-F. PAPPALARDO-O. RAZZOLINI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2017.

CONTI C., *Intercettazioni e inutilizzabilità: la giurisprudenza aspira al sistema*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 3638.

- CONTI C., *L'inutilizzabilità*, in A. MARANDOLA (a cura di), *Le invalidità processuali. Profili statici e dinamici*, Utet, Torino, 2015.
- CONTI C., *Partecipazione e presenza dell'imputato nel processo penale: questione terminologica o interessi contrapposti da bilanciare?*, in *Dir. pen e proc.*, 2000, p. 76
- CONTI C., sub *Art. 189 c.p.p.*, in A. GIARDA-G. SPANGHER (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, Wolters Kluwer, Milano, 2017.
- CONTI C., voce *Inutilizzabilità*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. VII, Roma, 2004.
- CONTI R., sub *Art. 53*, in G. BISOGNI-G. BRONZINI-V. PICCONE (a cura di), *Carta dei diritti dell'Unione europea. Casi e materiali*, Chimienti, Taranto, 2009
- COPPETTA M.G., *Primi appunti sul «Tribunale delle Libertà»*, in *Giust. pen.*, 1982, III, c. 535 s
- COPPETTA M.G., *Verso un processo penale europeo?*, in EAD. (a cura di), *Profili del Processo penale nella Costituzione europea*, Giappichelli, Torino, 2005.
- CORDERO F., *Precetti costituzionali e rogatorie ovvero: l'arte della mannaia*, in *Dir. giust.*, 2001, n. 43, p. 8.
- CORDERO F., *Procedura penale*, VII ed., Giuffrè, Milano, 2003.
- CORDERO F., *Procedura penale*, XI ed., Giuffrè, Milano, 2012.
- CORDERO F., *Tre studi sulle prove penali*, Giuffrè, Milano, 1963.
- CRAIG P.-DÉ BÚRCA G., *EU law: text, cases and materials*, VI ed., Oxford University Press, New York, 2015, 674 ss.
- CURTOTTI NAPPI D., *I collegamenti audiovisivi nel processo penale*, Giuffrè, Milano, 2006.
- CURTOTTI NAPPI D., *I nuovi orizzonti investigativi del difensore: le informazioni assunte all'estero*, in *Giur. it.*, 2008, p. 986.
- DANIELE M., *I chiaroscuri dell'OEI e la bussola della proporzionalità*, in R.E. KOSTORIS-M. DANIELE (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, Torino, 2018.
- DANIELE M., *Il riconoscimento "di fatto" dell'ordine europeo di indagine: un'altra censura della Cassazione*, *Dir. pen. cont. (web)*, 16 aprile 2019.
- DANIELE M., *L'impatto dell'ordine europeo di indagine penale sulle regole probatorie nazionali*, in *Dir. pen. cont.*, 2016, f. 3, p. 63.

DANIELE M., *L'ordine europeo di indagine penale entra a regime. Prime riflessioni sul d.lgs. n. 108 del 2017*, in *Dir. pen. cont. (web)*, 28 luglio 2017.

DANIELE M., *La formazione digitale delle prove dichiarative. L'esame a distanza tra regole interne e diritto sovranazionale*, Giappichelli, Torino, 2012.

DANIELE M., *La metamorfosi del diritto delle prove nella direttiva sull'ordine europeo di indagine penale*, in *Dir. pen. cont. (web)*, 20 novembre 2014.

DANIELE M., *La sfera d'uso delle prove raccolte*, in R.E. KOSTORIS-M. DANIELE (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, Torino, 2018.

DANIELE M., *La triangolazione delle garanzie processuali fra Diritto dell'Unione europea, CEDU e sistemi nazionali*, in *Dir. pen. cont. (web)*, 6 aprile 2016.

DANIELE M., *Opposizione al riconoscimento dell'ordine europeo di sequestro e decisione de plano: una nullità assoluta*, in *Sistema penale (web)*, 18 febbraio 2020.

DANIELE M., *Ordine europeo di indagine e ritardata comunicazione alla difesa del decreto di riconoscimento: una censura della Cassazione*, in *Dir. pen. cont. (web)*, 11 marzo 2019.

DANIELE M., *Ricerca e formazione della prova*, in R.E. KOSTORIS (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, III ed., Giuffrè, Milano, 2017.

DARAIO G., *La circolazione della prova nello spazio giudiziario europeo*, in L. KALB (a cura di), *«Spazio europeo di giustizia» e procedimento penale italiano*, Giappichelli, Torino, 2013.

DARAIO G., *Le rogatorie internazionali*, in G. SPANGHER (diretto da), *Trattato di procedura penale*, vol. VI-*Esecuzione e rapporti con autorità giurisdizionali straniere* a cura di L. KALB, Utet, Milano, 2009.

DE AMICIS G., *All'incrocio tra diritti fondamentali, mandato d'arresto europeo e decisioni contumaciali: la Corte di Giustizia e il "caso Melloni"*, *Dir. pen. cont. (web)*, 7 giugno 2013.

DE AMICIS G., *dalle rogatorie all'ordine europeo di indagine penale: verso un nuovo diritto della cooperazione giudiziaria penale*, in *Cass. pen.*, 2018, § 3.2.

DE AMICIS G., *Dalle rogatorie all'ordine europeo di indagine: verso un nuovo diritto della cooperazione giudiziaria penale*, in *Cass. pen.*, 2018, p. 22.

- DE AMICIS G., *Il mandato europeo di ricerca delle prove: un'introduzione*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 3033.
- DE AMICIS G., *Lineamenti della riforma del Libro XI del codice di procedura penale*, in *Dir. pen. cont. (web)*, 19 aprile 2019.
- DE AMICIS G., sub *Art. 696 c.p.p.*, in A. MARANDOLA (a cura di), *Cooperazione giudiziaria penale*, Giuffrè, 2018.
- DE BELLIS E., *La videoconferenza nell'assistenza giudiziaria penale*, in *Doc. giust.*, 2000, p. 1168.
- DEL COCO R., *Circolazione della prova e poteri sanzionatori del giudice*, in T. BENE-L. LUPÁRIA-L. MARAFIOTI (a cura di), *L'ordine europeo di indagine. Criticità e prospettive*, Giappichelli, Torino, 2016.
- DEL COCO R., *Ordine europeo di indagine e poteri sanzionatori del giudice*, in *Dir. pen. cont. (web)*, 21 dicembre 2015.
- DEL POZZO C.U., *La collaborazione internazionale della Giustizia*, in *Giust. pen.*, 1953, I, p. 41.
- DI BITONTO M.L., *L'avocazione facoltativa*, Giappichelli, Torino, 2006, p. 79.
- DI CHIARA G., *Incidente probatorio*, in *Enc. dir.*, Agg. VI, Giuffrè, Milano, 2002.
- DI CHIARA G., voce *Rapporti giurisdizionali con autorità straniera*, in *Enc. dir.*, Agg. II, Giuffrè, Milano, 1998.
- DI PAOLO G., *La riforma della disciplina codicistica delle rogatorie internazionali*, in *Cass. pen.*, 2018, p. 3425.
- DIDDI A., *Il novum della recente disciplina delle rogatorie*, in *Giust. pen.*, 2002, III, p. 586.
- DINACCI F.R., *L'inutilizzabilità nel processo penale. Struttura e funzioni del vizio*, Giuffrè, Milano, 2008.
- DINACCI F.R., *Le regole generali delle prove*, in G. SPANGHER-A. MARANDOLA-G. GARUTI-L. KALB (diretto da), *Procedura penale. Teoria e pratica del processo*, vol. I-*Soggetti. Atti. Prove* a cura di G. SPANGHER, Utet, Torino, 2015.
- DIOTALLEVI G., *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.

- DIOTALLEVI G., *La c.d. “concelebrazione” delle rogatorie e gli atti diretti di giurisdizione all'estero*, in *Cass. pen.*, 1998, p. 913,
- DOMINIONI O., voce *Imputazione*, in *Enc. Dir.*, vol. XX, Giuffrè, Milano, 1970.
- E. SELVAGGI, *La circolare del Ministero della Giustizia sul c.d. ordine europeo di indagine*, in *Dir. pen. cont. (web)*, 7 novembre 2017.
- E. SELVAGGI, *Mutua assistenza, sparisce l'intervento ministeriale*, in *Guida dir.*, 2016, f. 5., p. 43.
- FABBRI A., *I limiti territoriali nello svolgimento delle indagini difensive*, in L. FILIPPI-P. GUALTIERI-P. MOSCARINI-A. SCALFATI (a cura di), *La circolazione investigativa nello spazio giuridico europeo: strumenti, soggetti, risultati*, Cedam, Milano, 2010.
- FALATO F., *La proporzione innova il tradizionale approccio al tema della prova: luci ed ombre della nuova cultura probatoria promossa dall'ordine europeo di indagine penale*, in *Arch. pen. (web)*, 18 gennaio 2018.
- FANCHIOTTI V., voce *Agente sotto copertura*, in *Enc. dir.*, Annali, vol. VIII, Giuffrè, Milano, 2015.
- FERRARO F., sub *Art. 52*, in R. MASTROIANNI-O. POLLICINO-S. ALLEGREZZA-F. PAPPALARDO-O. RAZZOLINI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2017.
- FERRUA P., *Contraddittorio e verità nel processo penale*, in ID., *Studi sul processo penale, II) Anamorfofi del processo accusatorio*, Giappichelli, Torino, 1992.
- FERRUA P., *Il contraddittorio tra declino della legge e tirannia del diritto vivente*, in D. NEGRI-R. ORLANDI (a cura di), *Le erosioni silenziose del contraddittorio*, Giappichelli, Torino, 2017.
- FERRUA P., *Rogatorie: una legge che smentisce la riforma del giusto processo. Per la prova “estera” regime più severo rispetto a quello interno*, *Dir. giust.*, 2001, n. 36, p. 34.
- FIFI S., voce *Fascicoli processuali*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. III, Utet, Torino, 2005.
- FILIPPI L., *L'home watching: documento, prova atipica o prova incostituzionale?*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 92.
- FILIPPI L., *Profili processuali della l. 438/01*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, p. 165.

FIGURELLI G., *I motivi di rifiuto dell'ordine investigativo europeo, quando "fidarsi è bene, ma non fidarsi è meglio"*, in T. BENE-L. LUPÁRIA-L. MARAFIOTI (a cura di), *L'ordine europeo di indagine. Criticità e prospettive*, Giappichelli, Torino, 2016.

FIGURELLI G., *Nuovi orizzonti investigativi: l'ordine europeo di indagine penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, p. 705.

FLORE D., *The Issue of Mutual Trust and the Needed Balance Between Diversity and Unity*, in C. BRIÈRE-A. WEYEMBERGH (a cura di), *The needed Balances in EU Criminal Law. Past, Present and Future*, Hart Publishing, Oxford, 2018.

FRAGASSO B., *L'estensione delle operazioni sotto copertura ai delitti contro la pubblica amministrazione: dalla giurisprudenza della Corte eu, e dalle Corti americane, un freno allo sdoganamento della provocazione poliziesca*, in *Dir. pen cont. (web)*, 5 marzo 2019.

FRIGO G., *La formazione della prova nel dibattimento: dal modello originario al modello deformato*, in *Giur. it.*, 1993, IV, p. 328.

FRIGO G., sub *Art. 431*, in M. CHIAVARIO (coord. da), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, vol. IV, Utet, Torino, 1990.

FRIGO G., *Videoconferenze giudiziarie: forti limiti all'oralità e al contraddittorio*, in AA. VV., *Le nuove leggi penali*, Cedam, Padova, 1998.

G. CAPALDO, sub *Art. 725*, in M. CHIAVARIO (coord. da), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, vol. VI, Utet, Torino, 1991.

GAITO A.- FURFARO S., *Le nuove intercettazioni "ambulanti": tra diritto dei cittadini alla riservatezza ed esigenze di sicurezza per la collettività*, in *Arch. pen.*, 2016, p. 309.

GAITO A., *Dei rapporti giurisdizionali con autorità straniera*, Cedam, Padova, 1985.

GALANTINI N., *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, Cedam, Padova, 1992.

GALANTINI N., *Limiti e deroghe al contraddittorio nella formazione della prova*, in AA. VV., *Il contraddittorio tra Costituzione e legge ordinaria*, Giuffrè, Milano, 2002.

GALANTINI N., voce *Inutilizzabilità (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, agg. I, Giuffrè, Milano, 1997.

GALGANI B., *Assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea*, in A. MARANDOLA (a cura di), *Cooperazione giudiziaria penale*, Giuffrè, 2018,

- GALGANI B., sub *Art. 43 legge 16 dicembre 1999, n. 479*, in *Legisl. pen.*, 2000, p. 515.
- GATTO C.E., *Il principio di proporzionalità nell'ordine europeo di indagine penale*, in *Dir. pen. cont.*, 2019, f. 2, p. 69.
- GIALUZ M., *Il decreto legislativo di attuazione della direttiva sull'assistenza linguistica (n. 32 del 2014): un'occasione sprecata per modernizzare l'ordinamento italiano*, in *Dir. pen cont. (web)*, 10 aprile 2014.
- GIANTURCO V., *Evoluzione e non rivoluzione nel campo dell'assistenza giudiziaria internazionale*, in *Riv. pol.*, 1968, p. 287.
- GIARDA A., *I giudici della Consulta recuperano qualche carattere del sistema accusatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 1446.
- GIOSTRA G., *L'archiviazione. Lineamenti sistematici e questioni interpretative*, Giappichelli, Torino, 1994.
- GIOSTRA G., voce *Contraddittorio (principio del)*, II *Diritto processuale penale*, in *Enc. giur Treccani*, vol. VIII, Roma, 2001.
- GRASSIA R.G., *La disciplina delle intercettazioni: l'incidenza della direttiva 2014/41/UE sulla normativa italiana ed europea*, in T. BENE-L. LUPÁRIA-L. MARAFIOTI (a cura di), *L'ordine europeo di indagine. Criticità e prospettive*, Giappichelli, Torino, 2016.
- GRIFANTINI F.M., *Attività preparatorie del contraddittorio dibattimentale*, II ed., Giappichelli, Torino, 2009.
- GRIFANTINI F.M., *Ordine europeo di indagine penale e investigazioni difensive*, in *Proc. pen. giust.*, 2016, f. 6, p. 1.
- GRIFANTINI F.M., voce *Inutilizzabilità*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VII, Utet, Torino, 1993.
- GRISONICH E., *L'attuazione della direttiva 2016/1919/UE: un timido intervento in materia di patrocinio a spese dello Stato*, in *Dir. pen cont.*, 2019, f. 5, p. 213 ss.)
- IELO P., *L'agente sotto copertura per i reati di corruzione nel quadro delle tecniche speciali di investigazioni attive e passive*, in *Dir. pen cont. (web)*, 5 marzo 2019.
- IJERZMAN A., *From de CATS Portfolio: The European Evidence Warrant*. in J.A.E. VERVAELE (a cura di), *European Evidence Warrant. Transnational Judicial Inquiries in the EU*, in J.A.E. VERVAELE (a cura di), *European Evidence Warrant. Transnational Judicial Inquiries in the EU*, Intersentia, Antwerpen, 2005.

- ILLUMINATI G., *Il nuovo dibattito: l'assunzione diretta delle prove*, in A. GAITO (a cura di), *Le nuove disposizioni sul processo penale*, Cedam, Padova, 1989.
- ILLUMINATI G., *L'armonizzazione della prova penale nell'Unione europea*, in ID., *Prova penale e Unione europea*, Bononia University Press, Bologna, 2009.
- JANSSENS C., *The principal of Mutual Recognition in EU Law*, Oxford University Press, Oxford, 2013.
- KOSTORIS R.E., *Ordine di investigazione europeo e tutela dei diritti fondamentali*, in *Cass. pen.*, 2018, p. 1437.
- KOSTORIS R.E., *Processo penale e paradigmi europei*, Giappichelli, Torino, 2018.
- KUSAK M., *Common EU Minimum Standards for Enhancing Mutual Admissibility of Evidence Gathered in Criminal Matters*, in *Eur. J. Crim. Policy Res.*, 14 marzo 2017, p. 338.
- LA ROCCA N.E., voce *Incidente probatorio*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. VI, Utet, Torino, 2010.
- LASZLOCZKY P., *La cooperazione internazionale negli atti di istruzione penale*, Cedam, Padova, 1980.
- LASZLOCZKY P., voce *Rogatoria (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, XLI, Giuffrè, Milano, 1989.
- LAURICELLA L., *Nuove prospettive per le vittime di reato nel processo penale italiano*, in G. DE FRANCESCO-E. MARZADURI (a cura di), *Il reato lungo gli impervi sentieri del processo*, Giappichelli, Torino, 2016.
- LOMBOIS C., *Droit pénal international*, Dalloz, Paris, 1979.
- LORENZETTO E., *I diritti della difesa nelle dinamiche applicative dell'ordine europeo di indagine penale*, in M.R. MARCHETTI-E. SELVAGGI (a cura di), *Dalle modifiche al Codice di Procedura Penale all'Ordine europeo di indagine*, Cedam, Milano 2019.
- LORENZETTO E., *L'assetto delle impugnazioni*, in R.E. KOSTORIS-M. DANIELE (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, Torino, 2018.
- LUZZATTO R., sub *Art. 12*, in Aa. Vv., *Commentario al nuovo diritto internazionale privato*, Cedam, Padova, 1996.
- MANACORDA S., *Dalle carte dei diritti a un diritto penale à la carte*, in *Dir. pen. cont. (web)*, 17 maggio 2013.

MANACORDA S., *Il mandato di arresto europeo nella prospettiva sostanzial-penalistica: implicazioni teoriche e ricadute politico-criminali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 789.

MANACORDA S., *L'armonizzazione dei sistemi penali: un'introduzione*, in AA. VV., *La giustizia penale italiana nella prospettiva internazionale*, Giuffrè, Milano 2000.

MANGIARACINA A., *A New and Controversial Scenario in the Gathering of Evidence at the European Level: The Proposal for a Directive on the European Investigation Order*, in *Utrecht Law Review*, 2014, p. 119.

MANGIARACINA A., *Il procedimento di esecuzione dell'OEI e i margini nazionali di rifiuto*, in R.E. KOSTORIS-M. DANIELE (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, Torino, 2018.

MANGIARACINA A., *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.

MANGIARACINA A., *La circolazione della prova dichiarativa in ambito nazionale ed europeo*, in *Giust. pen.*, 2010, III, p. 443.

MARAFIOTI L., *Cooperazione multidisciplinare e protezione degli interessi UE*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2019, p. 545

MARAFIOTI L., *Orizzonti investigativi europei, assistenza giudiziaria e mutuo riconoscimento*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2016, f. 2, p. 101.

MARAFIOTI L., *Orizzonti investigativi europei, assistenza giudiziaria e mutuo riconoscimento*, in T. BENE-L. LUPÁRIA-L. MARAFIOTI (a cura di), *L'ordine europeo di indagine. Criticità e prospettive*, Giappichelli, Torino, 2016.

MARANDOLA A., *Indagini preliminari: qualificazione giuridica del fatto e (pre)imputazione*, in *ilPenalista (web)*, 4 luglio 2016.

MARCHETTI M.R., *Cooperazione giudiziaria: innovazioni apportate e occasioni perdute*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, p. 1545.

MARCHETTI M.R., *Dalla Convenzione di assistenza giudiziaria in materia penale dell'Unione europea al Mandato europeo di ricerca delle prove e all'Ordine europeo di indagine penale*, in T. RAFARACI (a cura di), *La cooperazione di polizia e giudiziaria*

in materia penale nell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona, Giuffrè, Milano, 2011.

MARCHETTI M.R., *L'assistenza giudiziaria internazionale*, Giuffrè, Milano, 2005.

MARCHETTI M.R., *Le variazioni in tema di gerarchia delle fonti. I principi generali*, in M.R. MARCHETTI-E. SELVAGGI (a cura di), *Dalle modifiche al Codice di Procedura Penale all'Ordine europeo di indagine*, Cedam, Milano 2019.

MARCHETTI M.R., *Ratificato l'Accordo Italia-Svizzera per una migliore assistenza giudiziaria in materia penale (II)*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, p. 111.

MARCHETTI M.R., *Ricerca e acquisizione probatoria all'estero: l'ordine europeo di indagine*, in *Arch. pen. – Supplemento al n. 1 del 2018 – La giustizia penale riformata*, p. 835.

MARCHETTI M.R., voce *Rogatoria (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, Annali II, t. 1, Giuffrè, Milano 2008,

MARCOLINI S., *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-MARCOLINI S., *La procedura attiva*, in M.R. MARCHETTI-E. SELVAGGI (a cura di), *Dalle modifiche al Codice di Procedura Penale all'Ordine europeo di indagine*, Cedam, Milano 2019.

MARCOLINI S., voce *Prove atipiche*, in *Enc. dir.*, Annali X, Giuffrè, Milano, 2017.

MARINELLI C., *Le intercettazioni di comunicazioni*, in R.E. KOSTORIS-M. DANIELE (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, Torino, 2018.

MASARONE V., *Rapporti tra diritto penale e fonti europee*, in A. CAVALIERE-V. MASARONE (a cura di), *L'incidenza di decisioni quadro, direttive e convenzioni europee sul diritto penale italiano*, ESI, Napoli, 2018.

MATTERA A., *L'arrêt "Cassis de Dijon": une nouvelle approche pour la réalisation et le bon fonctionnement du marché intérieur*, in *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne*, 1980, p. 505.

MAUGERI A.A., *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. (web)*, 16 gennaio 2019.

MAZZA O., *Il principio del mutuo riconoscimento nella giustizia penale, la mancata armonizzazione e il mito taumaturgico della giurisprudenza europea*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 394.

MAZZACUVA F., *La doppia incriminazione e la deroga per i reati di "lista positiva"*, in R.E. KOSTORIS-M. DANIELE (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, Torino, 2018.

MELILLO G., *Il mutuo riconoscimento e la circolazione della prova*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 265.

MELILLO G., *Le recenti modifiche alla disciplina dei procedimenti relativi ai delitti con finalità di terrorismo o eversione*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 904.

MENNA M., *Mandato di ricerca della prova e sistemi probatori*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, p. 370.

MISTILEGAS V., *EU Criminal Law*, Hart Publishing, Portland, 2009.

MOGINI S., *I magistrati di collegamento*, in *Doc. giust.*, 2000, p. 1136.

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

MONICI S., *L'UE continua la ricerca dell'"equità" nei processi penali: introdotte regole comuni per il processo penale minorile*, in *Eurojus.it*, 23 maggio 2016.

MONTALDO S., *A caccia di... prove. L'ordine europeo di indagine penale tra complesse stratificazioni normative e recepimento nell'ordinamento italiano*, in *Giur. pen. (web)*, 5 novembre 2017.

MONTALDO S., *I Limiti alla cooperazione giudiziaria in materia penale nell'Unione europea*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2015.

MORELLI F., *Profili problematici del diritto di partecipazione del difensore nella fase delle indagini preliminari: dalle dichiarazioni dell'indagato alla prova informatica*, in D. NEGRI-P. RENON (a cura di), *I nuovi orizzonti del diritto alla difesa tecnica*, Giappichelli, Torino, 2017.

MORSELLI C., *L'incidente probatorio*, Utet, Torino, 2000.

NAPPI A., *Guida al nuovo codice di procedura penale*, Giuffrè, Milano, 1996.

NAPPI A., *Sulla necessità di distinguere il procedimento di ammissione delle prove del procedimento di formazione del fascicolo per il dibattimento*, in *Cass. pen.*, 1991, p. 765.

NASCIMBENE B., *Cooperazione giudiziaria penale: diritto vigente e orientamenti futuri nel quadro della Costituzione europea*, *Dir. pen. proc.*, 2004, p. 1295.

NEGRI D., *Awareness of One's Own Rights and Knowledge of the Accusation: The Implementation of the Directive on the Right to Information in Italy*, in T. RAFARACI-R. BELFIORE (a cura di), *EU Criminal Justice. Fundamental Rights, Transnational Proceedings and the European Public Prosecutor's Office*, Springer, 2019, p. 43.

NEGRI D., *Fumus commissi delicti. La prova per le fattispecie cautelari*, Giappichelli, Torino, 2004.

NEGRI D., *La gigantesca espansione della videoconferenza come alternativa alla presenza fisica dell'imputato in giudizio*, *Arch. pen. – Supplemento al n. 1 del 2018 – La giustizia penale riformata*, p. 567.

NEGRI D., *Splendori e miserie della legalità processuale. Genealogie culturali, èthos delle fonti, dialettica tra le Corti*, in *Arch. pen.*, 2017, p. 421.

NICOLICCHIA F., *Il principio di proporzionalità nell'era del controllo tecnologico e le sue implicazioni processuali rispetto ai nuovi mezzi di ricerca della prova*, in *Dir. pen. cont. (web)*, 18 gennaio 2018.

NOBILI M., *La nuova procedura penale. Lezioni agli studenti*, Clueb, Bologna, 1989.

NOBILI M., sub *Art. 189.*, in M. CHIAVARIO (coord. da), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, vol. II, Utet, Torino, 1991.

NOBILI M., sub *Art. 190 c.p.p.*, in M. CHIAVARIO (coord. da), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, vol. II, Utet, Torino, 1990.

NOBILI M., sub *Art. 511*, in M. CHIAVARIO (coord. da), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, Utet, Torino, 1991.

NOCERA A., *Il sindacato giurisdizionale interno in tema di ordine europeo di intercettazione*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, f. 1, p. 149.

ORLANDI R., *Atti e informazioni dell'autorità amministrativa nel processo penale. Contributo allo studio delle prove extracostituite*, Giuffrè, Milano 1992.

ORLANDI R., *La riforma del processo penale fra correzioni strutturali e tutela "progressiva" dei diritti fondamentali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, p. 1156.

OSTROPOLSKI T., *The Principle of Proportionality under the European Arrest Warrant – with an Excursus on Poland*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2014, vol. 5, issue 2, p. 168.

PADOVANI T., *La spazzacorrotti. Riforma delle illusioni e illusioni della riforma*, in *Arch pen. (web)*, 30 novembre 2018.

PALMA A.J., *Il principio della protezione più estesa nel sistema europeo multilivello di tutela dei diritti umani: per un confronto teorico-pratico tra l'art. 53 della CEDU e l'art. 53 della Carta di Nizza*, in *Studi sull'integrazione europea*, XIV (2019).

PANZAVOLTA M., *Le indagini bancarie*, in R.E. KOSTORIS-M. DANIELE (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, Torino, 2018.

PANZAVOLTA M., *Ordine europeo di indagine europeo e indagini bancarie: spunti di riflessione sul concetto di caso interno analogo e atto di indagine alternativo*, in A. DI PIETRO-M. CAIANIELLO (a cura di), *Indagini penali e amministrative in materia di frodi IVA e di imposte doganali. L'impatto dell'European Investigation Order sulla cooperazione*, Cacucci, Bari, 2016, 381.

PANZAVOLTA M., sub *Art. 49*, in R. MASTROIANNI-O. POLLICINO-S. ALLEGREZZA-F. PAPPALARDO-O. RAZZOLINI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2017.

PAOLUCCI C.M., *I problemi di diritto transitorio e l'intreccio tra gli strumenti vigenti. Una bussola per gli interpreti*, in M.R. MARCHETTI-E. SELVAGGI (a cura di), *Dalle modifiche al Codice di Procedura Penale all'Ordine europeo di indagine*, Cedam, Milano 2019.

PAULESU P.P., *Giudice e parti nella "dialettica" dialettica della prova testimoniale*, Giappichelli, Torino, 2002.

PAULESU P.P., *Le operazioni sotto copertura*, in R.E. KOSTORIS-M. DANIELE (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, Torino, 2018.

PEERS S., *Article 52*, in S. PEERS-T. HERVEY-J. KENNER-A. WARD (a cura di), *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, Beck-Hart-Nomos, Portland, 2014.

PEERS S., *The Proposed European Investigation Order*, in *Statewatch Analysis (web)*, 2010.

- PESCE C., *Il recepimento italiano degli atti UE in materia di sequestro e confisca*, in *Eurojus.it*, 27 aprile 2016.
- PIATTOLI B., *Cooperazione giudiziaria e pubblico ministero europeo*, Giuffrè, Milano, 2002.
- PIATTOLI B., *Videoconferenze e cooperazione nel processo penale*, Giuffrè, Milano.
- PICCIRILLO R., *I profili funzionali e strutturali dell'Ordine europeo di indagine penale*, in T. BENE-L. LUPÁRIA-L. MARAFIOTI (a cura di), *L'ordine europeo di indagine. Criticità e prospettive*, Giappichelli, Torino, 2016.
- PIERINI J.P., *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.
- PIERRO G., voce *Inutilizzabilità (proc. pen)*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Giuffrè, Milano, 2007.
- PISANI M.-MOSCONI F., *Codice delle convenzioni di estradizione e di assistenza giudiziaria in materia penale*, Giuffrè, Milano, 1979.
- PISANI M., *Criminalità organizzata e cooperazione internazionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998.
- PISANI M., *In tema di assunzione all'estero delle prove da parte dell'autorità giudiziaria italiana*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2001, p. 557.
- PISANI M., *La rogatoria attiva in materia penale: un istituto in crisi*, in *Giur. it.*, 1969, p. 355.
- PISANI M., *Per un "mandato europeo di ricerca delle prove"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, p. 1534.
- PISANI M., voce *Giurisdizione penale*, in *Enc. dir.*, vol. XIX, Giuffrè, Milano, 1970.
- PISANI M.M., *Problemi di prova in materia penale. La proposta di direttiva sull'Ordine Europeo di Indagine*, in *Arch. pen.*, 2011, p. 925.
- PISTORELLI L., voce *Udienza preliminare*, in *Enc. giur Treccani*, vol. VIII, Roma, 2001.
- PIZALI G., *Le disposizioni sulla partecipazione al procedimento a distanza*, in G. DI CHIARA (a cura di), *Il processo penale tra politiche della sicurezza e nuovi garantismi*, Giappichelli, Torino, 2003.
- PRESUTTI A., *Legge sulle rogatorie internazionali e inutilizzabilità della prova*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, p. 1179.

PULITO L., *La circolazione della prova penale in Europa dopo il trattato di Lisbona*, in *Giust. pen.*, 2010, I, p. 376.

QUATTROCOLO S., *Interventi minimi in materia di diritto di accesso al difensore: la recente trasposizione della direttiva 2013/48/UE*, in *Eurojus.it*, 15 ottobre 2016.

RAFARACI T., *General Considerations on the European Investigation Order*, in S. RUGGERI (a cura di), S. RUGGERI (a cura di), *Transnational Evidence and Multicultural Inquiries in Europe*, Cham-Heidelberg-New York-Dordrecht-London, 2014.

RAFARACI T., *Il procedimento passivo di riconoscimento ed esecuzione (artt. 4-6, 8, 12-14 d.lgs. n. 108/2017)*, in M.R. MARCHETTI-E. SELVAGGI (a cura di), *Dalle modifiche al Codice di Procedura Penale all'Ordine europeo di indagine*, Cedam, Milano 2019.

RAFARACI T., *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, Milano, 2007.

RAFARACI T., *Ricognizione informale dell'imputato e pretesa fungibilità delle forme probatorie*, in *Cass. pen.*, 1998, p. 1739 s.

RAMAJOLI S., *Rogatorie all'estero e garanzie difensive*, in *Giust. pen.*, 1994, III, p. 338

RICCI G.F., *Le prove atipiche*, Giuffrè, Milano, 1999.

RICCIO G., *Tribunale delle libertà e provvedimenti di sequestro*, in V. GREVI (a cura di), *Tribunale delle libertà e garanzie individuali*, Zanichelli, Bologna, 1983.

RIVELLO P.P., *La disciplina della partecipazione a distanza al procedimento penale alla luce delle modifiche apportate dalla Riforma Orlando*, in *Dir. pen. cont. (web)*, 31 luglio 2017.

ROMANO L., *Principio di proporzionalità e mandato d'arresto europeo: verso un nuovo motivo di rifiuto?*, in *Dir. pen. cont.-Riv. trim.*, 2013, f. 1, p. 250.

RUGGERI S., *Procedimento penale, diritto di difesa e garanzie partecipative nel diritto dell'Unione europea*, in *Dir. pen. cont.-Riv. trim.*, 2015, f. 4, p. 133.

RUGGIERI F., *Diritti della difesa e tutela della vittima nello spazio giudiziario europeo*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 4329.

RUGGIERI F., *La giurisdizione di garanzia nelle indagini preliminari*, Giuffrè, Milano, 1996.

RUGGIERI F., *Le intercettazioni "per instradamento" sul canale internazionale: un mezzo di ricerca della prova illegittimo*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 1064.

RUGGIERI F., *Le nuove frontiere dell'assistenza penale internazionale: l'ordine europeo di indagine penale*, in *Proc. pen. giust.*, 2018, f. 1, p. 131.

S. RUGGERI, *Introduction to the Proposal of a European Investigation Order: Due Process Concerns and Open Issues*, in ID. (a cura di), *Transnational Evidence and Multicultural Inquiries in Europe*, Cham-Heidelberg-New York-Dordrecht- London, 2014.

SALAZAR L., *La costruzione di uno spazio penale comune europeo*, in G. GRASSO-R. SICURELLA, *Lezioni di diritto penale europeo*, Giuffrè, Milano, 2007.

SALAZAR L., *La nuova Convenzione europea sull'assistenza giudiziaria in materia penale (I)*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, p. 1537.

SANTORO A., voce *Giurisdizione penale*, in *Noviss. Dig. it.*, Utet, Torino, 1968.

SAYERS D., *The European Investigation Order: Traveling without a "roadmap"*, in *CEPS – Liberty and Security in Europe*, June, 2011, p. 1.

SCALFATI A.-SERVI D., *Premesse sulla prova penale*, in G. SPANGHER (diretto da), *Trattato di procedura penale*, vol. II-*Prove e misure cautelari* a cura di A. SCALFATI, t. 1, Utet, Torino, 2009.

SCALFATI A., *Note minime su cooperazione investigativa e mutuo riconoscimento*, *Proc. pen. giust.*, 2017, p. 218.

SCELLA A., *La formazione in contraddittorio del fascicolo per il dibattimento*, in F. PERONI (a cura di), *Il processo penale dopo la riforma del giudice unico*, Padova, Cedam, 2000.

SCELLA A., *Questioni controverse in tema di informazioni testimoniali raccolte dalla difesa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, p. 1169.

SCELLA A., *Verso le squadre investigative comuni: lo scenario italiano*, in T. RAFARACI (a cura di), *La cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale nell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, Giuffrè, Milano, 2011.

SCELLA A., voce *Inutilizzabilità della prova (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, Annali II, Giuffrè, Milano, 2008.

SCELLA A., voce *Questioni preliminari*, in *Dig. disc. pen.*, vol. X, Utet, Torino, 1995.

SCEVI P., *Riflessioni sul ricorso all'agente sotto copertura quale strumento di accertamento dei reati di corruzione*, in *Arch pen. (web)*, 16 gennaio 2019.

SCHÜNEMANN B., *Solution Models and Principles Governing the Transnational Evidence-Gathering in the EU*, in S. RUGGERI (a cura di), *Transnational Evidence and Multicultural Inquiries in Europe*, Cham-Heidelberg-New York-Dordrecht-London, 2014.

SECCHI Z., *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, Torino, 2003.

SECCHI Z., *Le novità introdotte dalla Convenzione 29 maggio 2000 in tema di assistenza giudiziaria penale fra gli Stati membri dell'Unione europea*, in *Doc. giust.*, 2000, p. 1108.

SELVAGGI E., *L'ordine europeo di indagine penale - EIO: come funziona*, in *Cass. pen.*, 2019, p. 49.

SELVAGGI E., *Noi e gli altri: appunti in tema di atti processuali all'estero*, *Cass. pen.*, 2009, p. 2054.

SICURELLA R., *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, Giuffrè, Milano, 2011.

SIGNORATO S., *L'ampliamento dei casi di partecipazione a distanza dell'imputato tra logiche efficientistiche e menomazioni difensive*, in *Legisl. pen.*, 20 novembre 2011.

SILVESTRI P., *L'acquisizione mediante lettura e la utilizzazione probatoria delle dichiarazioni rese senza contraddittorio da persone residenti all'estero*, in *Cass. pen.*, 2012, p. 858.

SIMONATO M., *The "Spontaneous Exchange of Information" between European Judicial Authorities from the Italian Perspective*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2011, p. 220 ss

SIRACUSANO D.-SIRACUSANO F., *Il giudizio*, in D. SIRACUSANO-A.GALATI-G. TRANCHINA-E. ZAPPALÀ, *Diritto processuale penale*, Giuffrè, Milano, 2018 – ed. a cura di G. DI CHIARA-V. PATANÈ-F. SIRACUSANO.

SIRACUSANO F., *procedure di cooperazione giudiziaria e garanzie difensive: lungo la strada, a piccoli passi*, in *Arch. pen. (web)*, 2016, f. 3, p. 1.

SIRACUSANO F., *Reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie, procedure di consegna e processo in absentia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 115.

SIRACUSANO F., *Tra semplificazione e ibridismo: insidie e aporie dell'Ordine europeo di indagine penale*, in *Arch. pen.*, 2017, p. 675.

SPAGNOLO P., *I presupposti e i limiti dell'ordine di indagine europeo nella procedura passiva*, in M.R. MARCHETTI-E. SELVAGGI (a cura di), *Dalle modifiche al Codice di Procedura Penale all'Ordine europeo di indagine*, Cedam, Milano 2019.

SPAGNOLO P., *Il procedimento di emissione dell'OEI*, in R.E. KOSTORIS-M. DANIELE (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, Torino, 2018.

SPENCER J.R., *Mutuo riconoscimento, armonizzazione e tradizionali modelli intergovernativi*, in R.E. KOSTORIS (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, III ed., Giuffrè, Milano, 2017.

SPENCER J.R., *The Green Paper on obtaining evidence from one Member State to another and securing its admissibility: the Reaction of one British Lawyer*, in *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 2010, p. 602.

SPENCER J.R., *The Principle of Mutual Recognition*, in R.E. KOSTORIS (a cura di), *Handbook of European Criminal Procedure*, Springer, 2018.

SPIEZIA F., *L'ordine di indagine europeo. Domande e risposte a cura del Desk italiano di Eurojust*, in *Dir. pen. cont. (web)*, 28 settembre 2017.

STURLA M.T., *Sulla c.d. ultraterritorialità della legge processuale penale*, in *Cass. pen.* 1982, p. 571.

SURACI L., *L'incidente probatorio. Tra tutela della prova e protezione della persona*, Pacini, Pisa, 2017.

TESORIERO S., *Processo penale e prova multidisciplinare europea proporzionalità in materia di illeciti finanziari*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, p. 1539.

TIBERI M., *L'instradamento delle telefonate straniere: una prassi discutibile*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 959.

TONINI P., *Il progetto di un pubblico ministero europeo nel Corpus Juris*, in AA. VV., AA. VV., *La giustizia penale italiana nella prospettiva internazionale*, Giuffrè, Milano 2000.

TONINI P., *La prova penale*, IV ed., Cedam, Padova, 2000.

TRAPELLA F., *Il provvedimento che attua la Convenzione di Bruxelles del 2000: una lunga gestazione e un destino incerto*, in *Proc. pen. giust.*, 2018, p. 114.

- TREVES T., *La giurisdizione nel diritto penale internazionale*, Cedam, Padova, 1973.
- TREVES T., *La giurisdizione nel diritto penale internazionale*, Cedam, Padova, 1973.
- TRIGGIANI N., *Le investigazioni difensive*, Giuffrè, Milano, 2002.
- TROGU M., sub *Artt. 4, 8, 9, 22, 31, 33 d.lg. n. 108/2017*, in A. MARANDOLA (a cura di), *Cooperazione giudiziaria penale*, Giuffrè, 2018.
- TSAKYRAKIS S., *Proportionality: An Assault on Human Rights? in International Journal of Constitutional Law*, 2009, vol. 7 (3), p. 473.
- TULKENS F., *La reconnaissance mutuelle des décisions sentencielles. Enjeux et perspectives*, in G. DE KERCHOVE-A. WEYEMBERGH (a cura di), *La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales dans l'Union européenne*, Editions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 2001.
- UBERTIS G., *La prova acquisita all'estero e la sua utilizzabilità in Italia*, in *Cass. pen.*, 2014, p. 696.
- VALENTINI C., *I principi di diritto interno*, in G. LA GRECA-M.R. MARCHETTI (a cura di), *Rogatorie penali e cooperazione giudiziaria internazionale*, Giappichelli, Torino, 2003.
- VALENTINI C., *Impossibilità dell'esame dibattimentale del teste: divieto di acquisizione o semplice divieto di valutazione contra reum delle precedenti dichiarazioni*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, p. 1122.
- VALENTINI C., *L'acquisizione della prova tra limiti territoriali e cooperazione con autorità straniere*, Cedam, Padova, 1998.
- VALENTINI C., voce *Rogatorie internazionali (dir. proc. pen.)*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Giuffrè, Milano, 2006.
- VAN SLIEDREGT E., *The European Arrest Warrant: Between Trust, Democracy and the Rule of Law*, in *Eur. Const. Law Rev.*, 2007.
- VASSALLI G., *Il diritto alla prova nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1968, p. 1.
- VASSALLI G., *Il mandato d'arresto europeo viola il principio di uguaglianza*, in *Dir. giust.*, 2002, p. 28.
- VELE A., sub *Art. 234*, in G. TRANCHINA (a cura di), *Codice di procedura penale*, Giuffrè, Milano, 2008.
- VENTURA N., *Le investigazioni under cover*, Cacucci, Bari.

VERMEULEN G., *Free gathering and movement of evidence in criminal matters in the EU: Thinking beyond borders, striving for balance in search of coherence*, Maklu, Apeldoorn, 2011.

VERVAELE J.A.E., *Il progetto di decisione-quadro sul mandato di ricerca della prova*, in G. ILLUMINATI (a cura di), *Prova penale e Unione Europea*, Bononia University Press, Bologna, 2009.

VIGONI D., *Dalla rogatoria all'acquisizione diretta*, in G. LA GRECA-M.R. MARCHETTI (a cura di), *Rogatorie penali e cooperazione giudiziaria internazionale*, Giappichelli, Torino, 2003.

WEYEMBERGH A.-KHABIRPOUR S., *Quelle confiance mutuelle ailleurs?*, in G. DE KERCHOVE-A. WEYEMBERGH (a cura di), *La confiance mutuelle dans l'espace pénal européen*, Editions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 2005.

WEYEMBERGH A., *L'avenir des mécanismes de coopération judiciaire pénale entre les Etats membres de l'Union européenne*, in G. DE KERCHOVE-A. WEYEMBERGH, *Vers un espace judiciaire pénal européen*, I ed., Université libre de Bruxelles, Bruxelles, 2000.

WEYEMBERGH A., *Storia della cooperazione*, in R.E. KOSTORIS (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, III ed., Giuffrè, Milano, 2017.

ZANETTI E., *Le convenzioni vigenti*, in G. LA GRECA-M.R. MARCHETTI (a cura di), *Rogatorie penali e cooperazione giudiziaria internazionale*, Giappichelli, Torino, 2003.

ZANNELLA L., *Decisione-quadro sul mandato d'arresto europeo*, in P. DE PASQUALE-F. FERRARO (a cura di), *Il terzo pilastro dell'Unione europea*, ES, Napoli, 2009.

ZAZA C., *Lo schema accusatorio del nuovo codice di procedura penale dopo la l. n. 356 del 1992*, in *Cass. pen.*, 1993, p. 741.

ZIMMERMANN F.-GLASER S.-MOTZ A., *Mutual Recognition and its Implications for the Gathering of Evidence in Criminal Proceedings: a Critical Analysis of the Initiative for a European Investigation Order*, in *European Criminal Law Review*, 2011, p. 77.

ZURLI G., *Rogatorie all'estero e fascicolo per il dibattimento: osservazioni critiche*, in *Cass. pen.*, 1996, p. 1197.

