

Università degli Studi di Napoli Federico II
Dipartimento di Giurisprudenza



Tesi di Dottorato in
‘Diritti umani. Teoria, storia e prassi’
XXXII ciclo

LA TUTELA DEI DIRITTI FONDAMENTALI
NELLA RACCOLTA TRANSNAZIONALE DELLA PROVA PENALE
TRA GLI STATI MEMBRI DELL’UNIONE EUROPEA

Tutor:
Ch.ma Prof.ssa Clelia Iasevoli

Candidata:
Dott.ssa Francesca Savignano

Coordinatore:
Ch.mo Prof. Cosimo Cascione

Anno accademico 2018/2019

SOMMARIO

PREMESSA: ambito e obiettivi della ricerca.	6
--	---

CAPITOLO PRIMO

IL NUOVO QUADRO NORMATIVO ED I PRINCIPI

1. <i>La prova penale transnazionale quale terreno del pluralismo culturale: alcune considerazioni preliminari</i>	13
2. <i>Le fonti normative: una evoluzione tuttora in corso</i>	14
3. <i>Gli obiettivi delle riforme: il rafforzamento della cooperazione attraverso la semplificazione e l'efficienza delle procedure</i>	16
4. <i>Dal rafforzamento della cooperazione giudiziaria penale alla valorizzazione delle garanzie difensive dell'UE</i>	20
5. <i>Il cambio di rotta nel modello di cooperazione penale: l'applicazione del principio del mutuo riconoscimento al settore della prova</i>	23
6. <i>I correttivi al principio di mutuo riconoscimento puro: la combinazione tra lex fori e lex loci</i>	27
7. <i>...Ed il principio di proporzionalità</i>	29
8. <i>Il ruolo della giurisprudenza nazionale e sovranazionale ed il dialogo tra le Corti. Gli ultimi approdi della Corte costituzionale</i>	32
9. <i>Cosa non è stato innovato</i>	34

CAPITOLO SECONDO

L'ORDINE EUROPEO DI INDAGINE PENALE E LE SQUADRE INVESTIGATIVE COMUNI

1. <i>I caratteri salienti dell'ordine europeo di indagine penale</i>	39
2. <i>La procedura passiva. La scansione per fasi: ricezione, riconoscimento o rifiuto (ovvero restituzione della richiesta), esecuzione, trasferimento del risultato</i>	43

3. <i>L'impugnazione</i>	58
4. <i>L'interpretazione dell'art. 14 della direttiva 2014/41/UE «alla luce dei diritti fondamentali»: la Corte di Giustizia elude la questione?</i>	64
5. <i>La procedura attiva: caratteri</i>	69
6. <i>L'ordine di indagine emesso su richiesta della difesa</i>	71
7. <i>Le squadre investigative comuni: caratteri peculiari e disciplina</i>	73
8. <i>Le ricadute sui diritti fondamentali: l'utilizzabilità degli atti</i>	76

CAPITOLO TERZO

IL PROCURATORE EUROPEO: UN NUOVO PROTAGONISTA NELLA RACCOLTA DELLA PROVA TRANSNAZIONALE

1. <i>La nascita del procuratore europeo</i>	80
2. <i>I principi informatori dell'azione dell'EPPO</i>	83
3. <i>Il principio di imparzialità e quello di indipendenza</i>	84
4. <i>L'applicabilità, in via residuale, della legge nazionale</i>	86
5. <i>La struttura della Procura europea</i>	91
6. <i>La sua competenza</i>	94
7. <i>Le indagini dell'EPPO: un complesso connubio tra sistema europeo e sistemi nazionali</i>	99
8. <i>Le indagini transfrontaliere</i>	100
9. <i>Il controllo giurisdizionale sugli atti del procuratore europeo</i>	103

CAPITOLO QUARTO

LA PROVA DIGITALE

NUOVI PARADIGMI NELLA DIMENSIONE TRANSFRONTALIERA DELL'ACQUISIZIONE PROBATORIA ED IMPATTO SUI DIRITTI FONDAMENTALI

1. <i>Le questioni sul tappeto: cenni preliminari</i>	107
2. <i>La centralità della prova digitale: a) Il dato quantitativo b) La cifra qualitativa ...</i>	111
3. <i>Le ricadute sul modello processuale penale</i>	118
4. <i>L'impatto sui diritti fondamentali</i>	120
5. <i>Il quadro normativo sovranazionale. La Convenzione di Budapest sulla criminalità informatica: a) un inedito modello di cooperazione b) i nuovi mezzi di raccolta della prova digitale c) il criterio di graduazione delle misure in relazione all'impatto sui diritti fondamentali</i>	125
6. <i>Lo scambio spontaneo di informazioni e la cooperazione volontaria degli Internet Server Provider</i>	131
7. <i>Le soluzioni individuate in ambito internazionale: il «Cloud Act»</i>	135
8. <i>Le prospettive de jure condendo: la proposta di un Secondo Protocollo addizionale alla Convenzione di Budapest</i>	136
9. <i>E le iniziative legislative dell'Unione Europea. La proposta di Regolamento sulle prove elettroniche in materia penale</i>	137
CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE	146

PREMESSA: ambito e obiettivi della ricerca.

L'indagine si propone l'obiettivo di verificare il grado di tutela dei diritti fondamentali nella attività di *ricerca, ammissione, formazione e circolazione della prova penale transnazionale nell'ambito dell'Unione Europea*.

La peculiarità di tale attività risiede, in generale, nella circostanza che, dovendo essere effettuata nel territorio di uno Stato estero, essa implica il ricorso a meccanismi di cooperazione tra Stati, ovvero tra autorità giudiziarie straniere, giacché il potere statale di accertamento dei reati, in quanto manifestazione tipica della sovranità, si esplica, per sua natura, solo all'interno del territorio nazionale e soggiace, tradizionalmente, alla disciplina domestica.

Il dato di fatto da cui occorre muovere, che connota la materia, è la diversità delle regole probatorie previste dai vari ordinamenti, specie con riguardo ai criteri di ammissione ed alle regole di esclusione della prova. Nonostante, infatti, l'ampio sviluppo delle normative sovranazionali in materia di cooperazione giudiziaria penale, le discipline nazionali restano improntate a modelli processuali profondamenti differenti, caratterizzati finanche dall'assenza di definizioni e classificazioni condivise, a partire dalla distinzione tra atti di indagine e prove in senso tecnico, che è propria dei sistemi prevalentemente accusatori (come quello italiano), ma non anche di altri più marcatamente inquisitori, nei quali essa tende decisamente a sfumare¹. Ciò genera, nel nostro ordinamento, più che legittime preoccupazioni per l'affievolimento del diritto di difesa dell'indagato o dell'imputato nei procedimenti penali transnazionali.

Si tratta di una diversità dovuta al fatto che il modello processuale prescelto è frutto dell'impostazione ideologica sottostante, riconducibile al rapporto autorità-individuo, che si riflette nel binomio efficienza-garanzie. La materia della prova rappresenta infatti «il cuore pulsante del sistema processuale penale nazionale e internazionale»² ed è di assoluta centralità sotto il profilo dogmatico e politico, proprio in quanto la sua disciplina nazionale esprime il punto di bilanciamento tra il potere dello Stato di accertare e punire i reati, che è

¹ E' questa la ragione per la quale, nelle prossime pagine, spesso si utilizzerà, per brevità, il termine 'prova' in senso generico, come comprensivo in senso lato anche dei mezzi di ricerca della prova.

² Così DE CARO A., in *La garanzia dei diritti della difesa nella circolazione delle prove*, Atti del VII Convegno di Studi su *La circolazione della prova nell'Unione Europea e la tutela degli interessi finanziari*, Milano, 27-29 gennaio 2011, pag. 1.

diretta manifestazione della sovranità, e le libertà individuali riconosciute come diritti fondamentali. Per tale ragione il sistema di garanzie in materia penale stabilito dall'ordinamento nazionale concorre a formare la sua stessa identità, insita nella struttura costituzionale, che l'Unione Europea è tenuta a rispettare (art. 4, par. 2, TUE), e l'affermazione del principio della primazia del diritto dell'Unione Europea presenta in questo campo sue peculiarità, potendo entrare in contrasto col principio di legalità³. Di qui le resistenze degli Stati membri a cedere, specie in questo campo, spazi di sovranità.

In questo contesto si collocano le riforme introdotte in Italia negli ultimi anni, le quali hanno interessato, più in generale, l'intero settore della cooperazione internazionale penale (con enfasi non esagerata si è parlato di 'nuova rivoluzione copernicana', per il notevole impatto, sul piano della disciplina e dei principi, che i numerosi decreti di trasposizione della normativa europea hanno prodotto nel nostro ordinamento⁴) e che sono state di grande importanza anche nella specifica materia della prova penale transnazionale, sotto il profilo degli strumenti, dei principi e dei soggetti.

Il nuovo quadro normativo della cooperazione penale internazionale in materia probatoria si è sviluppato seguendo due direttrici: il rafforzamento della collaborazione tra

³ LUPO E., *La primauté del diritto dell'UE e l'ordinamento penale nazionale*, in *Dir. Pen. Cont.*, 1/2016, 217.

⁴ Si tratta, oltre che dei provvedimenti in materia di garanzie procedurali e di prova transnazionale che si richiameranno più avanti, dei decreti di attuazione emessi il 15 febbraio 2016 ed il 12 maggio 2016, concernenti rispettivamente:

- la *prevenzione dei conflitti di giurisdizione* (Decisione Quadro 2009/948/JHA del 30 Novembre 2009, trasposta col D. L.vo 15.2.2016, n. 29),
- il *processo in assenza* (Decisione Quadro 2009/299/JHA del 26 Febbraio 2009, trasposta col D. L.vo 15.2.2016, n. 31),
- le *misure cautelari alternative alla detenzione* (Decisione Quadro 2009/829/JHA del 23 Ottobre 2009, trasposta col D. L.vo 15.2.2016, n. 36),
- l'applicazione del principio del mutuo riconoscimento alle *sanzioni pecuniarie* (Decisione Quadro 2005/214/JHA del 24 Febbraio 2005, trasposta col D. L.vo 15.2.2016, n. 37),
- la *messa alla prova* e sulle altre forme alternative di esecuzione della pena (Decisione Quadro 2008/947/JHA del 27 Novembre 2008, trasposta col D. L.vo 15.2.2016, n. 38),
- la rilevanza delle *condanne all'estero* (Decisione Quadro 2008/675/JHA del 24 Luglio 2008, trasposta col D. L.vo 12.5.2016, n. 73),
- il *casellario giudiziario europeo* (Decisione Quadro 2009/315/JHA del 26 Febbraio 2009, trasposta col D. L.vo 12.5.2016, n. 74),
- lo *scambio di informazioni relative alle iscrizioni al casellario giudiziario* (Decisione Quadro 2009/316/JHA del 6 Aprile 2009 (ECRIS), trasposta col D. L.vo 12.5.2016, n. 75).

Nel 2015 erano poi stati adottati, sempre in tale settore:

- l'*ordine di protezione europeo* (Direttiva 2011/99/EU del 13 Dicembre 2011, trasposta col D. L.vo 11.2.2015, n. 9),
- il mutuo riconoscimento delle decisioni di *confisca* (Decisione Quadro 2006/783/JHA del 6 Ottobre 2006, trasposta col D. L.vo 7.8.2015, n. 137).

autorità giudiziarie degli Stati membri, principalmente attraverso l'applicazione del principio del mutuo riconoscimento, e una maggiore attenzione alle garanzie individuali, parallelamente all'adozione di alcune direttive che hanno riconosciuto una serie di diritti di difesa. Analogo percorso ha seguito l'evoluzione normativa in materia di prova transnazionale in ambito europeo.

A cavallo tra il 2016 ed il 2017 il legislatore italiano ha trasposto (sia pure con relevantissimo ritardo e sotto la pressione del rischio di apertura di procedure di infrazione per mancata attuazione del diritto europeo), una serie di decisioni quadro e direttive dell'Unione europea, tra le quali la decisione quadro in materia di squadre investigative comuni. Ha inoltre attuato la direttiva concernente l'ordine europeo di indagine penale ed ha ratificato e dato esecuzione, con ben diciassette anni di ritardo, alla Convenzione relativa alla assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati Membri dell'Unione Europea, firmata a Bruxelles il 29 maggio 2000 (cosiddetta MAP), provvedendo all'emanazione del relativo decreto attuativo. Ha pure riformato il Libro XI del Codice di procedura penale, avente ad oggetto i rapporti giurisdizionali con le autorità straniere.

In ambito europeo, sono stati approvati il regolamento del Consiglio relativo all'istituzione della Procura europea ed il nuovo regolamento di *Eurojust*, che ha significativamente modificato i poteri dell'Agenzia, assegnando un ruolo di primo piano, nella raccolta della prova, ai membri nazionali che lo compongono. E' stata poi elaborata, ed è in avanzata fase di discussione, una proposta di regolamento in materia di prova elettronica transnazionale, dai contenuti fortemente innovativi.

Al contempo, a partire dal 2010 il legislatore europeo ha adottato, come si è accennato, una serie di direttive in materia di diritti della difesa (interpretazione e traduzione degli atti, informazione, gratuito patrocinio e altri), cui è stata data attuazione nell'ordinamento italiano. Si tratta però di garanzie difensive che concernono, per lo più, la fase del processo, mentre la raccolta della prova transnazionale si svolge, in molti casi, nella fase delle indagini investigative.

Complessivamente tali riforme contribuiscono a delineare, nel settore della cooperazione penale internazionale in materia probatoria, un quadro normativo composito, molto articolato e frammentato sotto il profilo delle fonti, spesso di non facile ed immediata ricostruzione, anche per gli operatori del settore.

Le innovazioni sono radicali sul piano degli strumenti operativi giacché la rogatoria è stata quasi completamente soppiantata, nell'Unione europea, dall'ordine europeo di indagine penale e dalle squadre investigative comuni. All'orizzonte si intravedono poi gli ordini di produzione e conservazione delle prove elettroniche, di probabile introduzione a breve.

Con riguardo ai principi, queste riforme hanno fatto registrare il definitivo passaggio da un sistema cooperativo di concezione classica, basato sull'assistenza reciproca, di tipo intergovernativo e verticale, ad uno diverso, di carattere orizzontale, fondato sul principio del mutuo riconoscimento delle decisioni assunte dalle autorità giudiziarie, in linea con le previsioni di cui all'art. 82 del Trattato di Lisbona, ma in una versione temperata da diversi correttivi, finalizzati ad evitarne gli effetti più autoritari ed a consentire l'utilizzazione del risultato probatorio nei processi domestici. La cooperazione si struttura oggi come un rapporto diretto tra autorità giudiziarie piuttosto che tra autorità politiche statali.

Sul piano dei diritti della difesa, questo ha significato una maggiore apertura al contraddittorio ed alla partecipazione nella raccolta della prova transnazionale, ciò che era invece pressoché del tutto escluso in precedenza. Vero è che la Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale, stipulata a Strasburgo nel 1959, prevedeva la rogatoria cosiddetta 'concelebrata', ma alla difesa era consentita solo una presenza passiva, e comunque condizionata all'assenso dello Stato di esecuzione. Analogamente, la Convenzione relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli stati membri dell'Unione europea, stipulata a Bruxelles nel 2000, consente la partecipazione della difesa alle attività comuni, ma solo se, e nella misura, consentita dal diritto nazionale dello Stato membro nel quale la squadra opera.

Come si vedrà, alle persone sottoposte alle indagini ed ai loro difensori sono oggi riconosciute più ampie facoltà partecipative e di controllo, ma si è, tuttavia, ben lontani dall'obiettivo, pure ripetutamente affermato con solenni dichiarazioni di principio contenute negli atti normativi europei e di diritto interno, di assicurare piena garanzia ai diritti individuali, anche per le maggiori difficoltà che obiettivamente la difesa incontra, nei fatti, nei procedimenti transnazionali, già solo per il fatto che questi sono frazionati innanzi a più giurisdizioni e si svolgono all'estero, in lingue e con discipline diverse.

Tanto premesso, il presente lavoro si propone, in primo luogo, di effettuare una ricognizione del quadro delle fonti, normative e giurisprudenziali, sovranazionali e

nazionali, in materia di raccolta della prova transnazionale in ambito europeo, per poi esaminarne l'evoluzione che, a partire dal 2009, si è contraddistinta per il tendenziale passaggio dal rafforzamento della cooperazione giudiziaria penale ad una prima valorizzazione delle garanzie difensive, con precipuo riferimento alla fase del processo.

Inoltre, si prefigge di tracciare i tratti essenziali della cooperazione penale sovranazionale in questo settore, focalizzando l'attenzione sui principi introdotti, primo fra tutti quello di mutuo riconoscimento, e di evidenziarne le ricadute sul concetto di legalità e sul ruolo della giurisprudenza.

Verrà effettuata una disamina dei nuovi strumenti, l'ordine penale di indagine europeo e le squadre investigative comuni, al fine di verificarne il concreto impatto sui diritti fondamentali, tenendo ben presente che l'effettività della loro tutela si misura principalmente dal grado di attuazione dei principi del contraddittorio e della parità delle armi, sui quali è incardinato il giusto processo, sancito dall'art. 111 Cost., ma niente affatto scontati in ambito europeo, almeno nella accezione e con i contenuti riconosciuti nel nostro ordinamento.

Si focalizzerà perciò l'attenzione sulla possibilità, per i soggetti coinvolti nelle indagini penali e per il loro difensore: a) di partecipare alla attività di formazione della prova nel processo, ma anche nelle indagini difensive, nella consapevolezza che il risultato probatorio non può prescindere dalle modalità della sua assunzione; b) di svolgere indagini difensive e di ricercare ed acquisire la prova contraria allogena; c) di contestare le modalità di formazione e/o acquisizione degli atti investigativi e probatori dell'accusa, sia nel corso dell'assunzione che successivamente, attivando controlli giurisdizionali di tipo impugnatorio ovvero altri rimedi.

Sotto diverso profilo, si evidenzierà come il procedimento transnazionale di ricerca e raccolta della prova ponga, ai soggetti coinvolti ed ai loro difensori, difficoltà ben maggiori di quelle normalmente affrontate nei procedimenti nazionali, essendo, per sua natura, frazionato innanzi alle giurisdizioni di diversi Stati (giudice di emissione e giudice o giudici di esecuzione) e comportando l'applicazione di normative e principi diversi rispetto a quello proprio (in assenza, allo stato, di armonizzazione dei diritti nazionali). Questo 'mosaico' di procedure rende senza dubbio più complicata, e spesso frustra, l'esercizio effettivo delle garanzie difensive perché richiede conoscenze tecniche specialistiche superiori a quelle ordinarie (di diritto comparato, procedurale oltre che sostanziale) e linguistiche, oltre che

costi considerevoli (per la traduzione degli atti, per i trasferimenti all'estero, per la necessità di avvalersi anche di un difensore straniero). La proposta di istituire un difensore europeo per questo tipo di procedure è finalizzata a dare una prima concreta risposta a questi problemi pratici, ma che hanno una forte incidenza sulla tutela effettiva dei diritti, al di là delle affermazioni di principio.

Si cercherà, poi, di appurare se, ed in che limiti, l'avvento di un nuovo soggetto giudiziario nello spazio di libertà sicurezza e giustizia, il Procuratore europeo, sia in grado di innescare nuovi e più elevati *standard* di tutela dei diritti fondamentali (come auspicato in numerosi studi), o se, al contrario, tra i rischi che la nuova figura reca con sé, sia annoverabile anche un possibile arretramento nella tutela dei profili di garanzia, nonostante la sua azione sia stata circondata, nell'impianto del nuovo Regolamento, da tre distinti livelli normativi ispirati al rispetto dei diritti di difesa (41 del Reg.) e siano previste forme di controllo giudiziario affidate alla Corte di Giustizia sulla sua attività, nella misura in cui viene in applicazione il diritto sovranazionale.

Un apposito capitolo sarà infine dedicato alla prova digitale che, per le sue peculiari caratteristiche tecniche, presenta profili di particolare criticità – del tutto nuovi e costantemente in evoluzione, di pari passo col progresso tecnologico - con riguardo alla tutela dei diritti fondamentali.

Conclusivamente, per effetto delle recenti riforme, la cooperazione penale in materia probatoria ha assunto, nell'ambito dell'Unione europea, forme *sui generis*, significativamente differenti rispetto a quelle che si applicano con gli Stati terzi, le quali sono espressione della progressiva integrazione degli ordinamenti nazionali in quello europeo.

L'art. 696 cod. proc. pen., introdotto dalla recente riforma del Titolo XI, con disposizione innovativa, articola ora la cooperazione penale internazionale su tre differenti livelli, a seconda che riguardi Stati membri dell'Unione Europea, Stati terzi con i quali sono stati sottoscritti trattati e convenzioni, e Stati terzi con i quali non vi sono accordi, in base alla cortesia internazionale⁵.

⁵ Selvaggi E., “*Un passo decisivo verso il restyling della cooperazione*”, in *Guida al diritto*, n. 5/2016, 31 e ss., il quale auspicava pure la redazione di un testo unico della cooperazione giudiziaria penale, al pari di quanto accade in altri Paesi (Regno Unito, Paesi Bassi, Svizzera), che possa eventualmente ricomprendere – recuperando l'occasione ora persa - anche la cooperazione tra giurisdizioni, ossia tra le corti internazionali, che non è orizzontale, ma verticale, trattandosi di soggetti in parte sovraordinati.

In generale, la cooperazione con gli Stati terzi è regolata da convenzioni e trattati, ove esistenti, e, in via residuale, attraverso la rogatoria. Quella tra gli Stati membri si svolge, invece, mediante l'ordine europeo di indagine penale e le squadre investigative comuni, ma residuano tuttora spazi per la rogatoria, il cui ambito applicativo, seppure fortemente ridotto, non è eliminato.

CAPITOLO PRIMO

IL NUOVO QUADRO NORMATIVO ED I PRINCIPI

SOMMARIO: *1. La prova penale transnazionale quale terreno del pluralismo culturale: alcune considerazioni preliminari - 2. Le fonti normative: un'evoluzione tuttora in corso - 3. Gli obiettivi delle riforme: il rafforzamento della cooperazione attraverso la semplificazione e l'efficienza delle procedure - 4. Dal rafforzamento della cooperazione giudiziaria penale alla valorizzazione delle garanzie difensive nell'U.E. - 5. Il cambio di rotta nel modello di cooperazione penale: l'applicazione del principio del mutuo riconoscimento al settore della prova - 6. I correttivi al principio del mutuo riconoscimento puro: la combinazione tra lex fori e lex loci ... - 7. ...Ed il principio di proporzionalità - 8. Il ruolo della giurisprudenza ed il dialogo tra le Corti. Gli ultimi approdi della Corte costituzionale - 9. Cosa non è stato innovato*

1. La prova penale transnazionale quale terreno del pluralismo culturale: alcune considerazioni preliminari

Il diritto appare oggi veramente come un'entità inafferrabile; la stessa struttura di taluni concetti giuridici è di difficile accessibilità a fronte dell'implosione delle fonti normative. Il pluralismo culturale delle moderne società democratiche ha avviato questo processo di trasformazione degli assetti ordinamentali. Ed in questo clima eurocentrico i nuovi orientamenti in materia di tutela dei diritti fondamentali emergono, talvolta, da riflessioni fondate su inappaganti canoni, derivanti dalla forzata convivenza tra rinnovati sottosistemi e assetti tradizionali, tra aporie interne e spinte innovative, sovente poco meditate.

Questo stato di cose ha come conseguenza l'instaurarsi di un difficile rapporto tra sistematica seriamente intesa e nuovi prodotti normativi; molto probabilmente perché la comparazione e il metodo comparativo rimangono sullo sfondo di un tendenziale avvicinamento tra culture giuridiche diverse, prima ancora che tra sistemi giuridici diversi. Il vizio di metodo è da rinvenirsi nella propensione all'omologazione, con il risultato di un trasferimento di idee e di norme, avulse dalla specificità dei singoli modelli processuali.

Ebbene, le difficoltà del momento storico, che viviamo, sono preoccupazione condivisa, perché si esprimono fortemente in relazione alle regole del processo e alla stessa conformazione, essenziale del nostro ordinamento. La convinzione – da valere come indirizzo metodologico – è che la premessa politica di ogni riflessione sia da ricercarsi all'interno della nostra Costituzione, punto di unificazione e di completamento delle dinamiche istituzionali e dei processi di trasformazione, data l'attitudine dei suoi principi a fare sistema. E su questo terreno va misurata la tenuta dei diritti fondamentali che, apparentemente, trovano rinnovata investitura ma che, in realtà, non celano l'originaria essenza e la capacità di resistere ad ogni forma di 'pluralistico affievolimento', essendo entrambe derivate da altro pluralismo: quello costituzionale, di sicura ed affidabile derivazione liberal-solidaristica.

Quello che a prima vista appare certo è che per merito dell'azione dei giudici si sono accentuati i rapporti di reciproca conoscenza tra sistemi politici e rispettivi ordinamenti giuridici, tuttavia, soltanto in ipotesi circoscritte è corretto parlare di dialogo fra Corti interne e Corti esterne. Eppure nella ricerca empirica delle modalità giuridiche di soluzione dei casi, i giudici e le loro rispettive pronunce costituiscono uno snodo determinante verso la creazione di uno spazio giuridico comune. E' su questo che occorre riflettere, verificando se tale dialogo esista realmente. Ma non solo. E' necessario che esso si basi sul metodo della comparazione; diversamente, il dialogo fra le Corti resta soltanto un luogo comune, a cui ci ha assuefatti la vulgata della globalizzazione.

Con questo approccio ci apprestiamo ad esaminare le riforme normative che hanno interessato il tema della raccolta della prova transnazionale nel diritto dell'Unione europea.

2. Le fonti normative: una evoluzione tuttora in corso

Il sistema tradizionale di cooperazione internazionale fondato, a partire dal 1959, sul principio di reciproca assistenza e sullo strumento della rogatoria, che di esso è espressione, ha mostrato nel tempo, specie a seguito degli attentati terroristici alle Torri Gemelle (avvenuti nel 2001), tutta la sua inadeguatezza a fronteggiare e contrastare la dimensione globale dell'attività criminosa e le sue mutate caratteristiche, determinate soprattutto dal progresso tecnologico e dalla accresciuta facilità, su scala mondiale ed ancor più europea, dopo l'Accordo di Schengen, di spostamento di persone e beni da un Paese ad un altro.

La lentezza, la farraginosità, l'incertezza sull'esito della richiesta di cooperazione e sui relativi tempi, sono stati i principali difetti di questo meccanismo, basato su rapporti intergovernativi tra Stati e sull'ampia discrezionalità dell'autorità nazionale di fornire la cooperazione richiesta, e chiaramente finalizzato alla miglior tutela della sovranità degli Stati attraverso la rigorosa applicazione della *lex loci* in materia di regole probatorie.

La necessità di adeguare gli strumenti normativi alle nuove forme di criminalità ha portato all'introduzione di significative innovazioni normative nel campo della prova transnazionale penale all'interno dell'Unione europea, le quali hanno avuto un notevole impatto sulla tutela dei diritti fondamentali, con riflessi rilevanti anche nell'ordinamento interno.

In ambito europeo, alla Decisione Quadro 2002/465/JHA del 13 giugno 2002 sulle *squadre investigative comuni* ed a quella 2003/577/JHA del 22 luglio 2003 sugli *ordini di sequestro europei*, ha fatto seguito la direttiva 2014/41/UE del 3 aprile 2014 relativa all'*ordine europeo di indagine penale*⁶.

Sul fronte interno, a cavallo tra il 2016 ed il 2017 il legislatore italiano ha trasposto la menzionata normativa europea, col d. lgsl. 15 febbraio 2016, n. 34 sulle *squadre investigative comuni* (entrato in vigore il 25 marzo 2016) e col d. lgsl. 15 febbraio 2016, n. 35 sugli *ordini di sequestro europei* (entrato in vigore il 26 marzo 2016), ed ha inoltre:

- ratificato e dato esecuzione alla *Convenzione relativa alla assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati Membri dell'Unione Europea*, firmata a Bruxelles il 29 maggio 2000 (in prosieguo, MAP), provvedendo altresì, in attuazione della legge delega (l. n. 149 del 21 luglio 2016), all'emanazione del relativo decreto attuativo (d. lgsl. n. 52 del 5 aprile 2017, entrato in vigore il 20 febbraio 2018),

- riformato il *Libro XI del Codice di procedura penale*, avente ad oggetto i rapporti giurisdizionali con le autorità straniere (in attuazione della medesima legge delega n. 149/2016, citata, col d. lgsl. attuativo, n. 149 del 3 ottobre 2017, entrato in vigore il 31 ottobre 2017),

- attuato la direttiva in materia di *ordine europeo di indagine penale*, col d. lgsl. n. 108 del 21 giugno 2017 (entrato in vigore il 28 luglio 2017).

⁶ Preceduta dalle Decisioni quadro sul congelamento dei beni (2003/577/GAI) e sul mandato di ricerca della prova (2008/978/GAI).

L'evoluzione normativa è tuttora in corso: nel novero delle riforme rientrano anche il *Regolamento EU 2017/1939 del Consiglio*, del 12 ottobre 2017, relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata sull'*istituzione della Procura europea* («EPPO»), la cui concreta operatività è prevista entro la fine del 2020, nonché il *nuovo Regolamento di Eurojust EU 2018/1727* (destinato a sostituire la Decisione 2002/187/GAI), formalmente adottato il 14 novembre 2018, entrato in vigore il 12 dicembre 2019.

E' infine in avanzata fase di discussione una proposta di regolamento (oltre che una direttiva) in materia di prova elettronica penale, di cui si auspica l'approvazione a breve.

In forza dei menzionati atti normativi, sono stati introdotti nell'ordinamento italiano nuovi strumenti per la ricerca e la raccolta della prova penale transnazionale tra i Paesi dell'Unione europea, quali le *squadre investigative comuni* e l'*ordine europeo di indagine penale*, che hanno rimpiazzato pressoché completamente la *rogatoria*, la cui disciplina è stata, peraltro, anch'essa modificata con la riforma del titolo XI.

Un nuovo soggetto sta irrompendo sulla scena, con ruolo da protagonista, ossia il procuratore europeo. Non nuovo, ma con accresciuti poteri, agirà *Eurojust*, l'Agenzia europea che non si occuperà più soltanto del coordinamento investigativo, ma potrà disporre e chiedere esso stesso, attraverso il membro nazionale, il compimento di atti investigativi.

Il quadro delle fonti e dei relativi strumenti in materia di prova transnazionale si è perciò profondamente modificato. Ulteriori strumenti stanno per essere introdotti: gli ordini di produzione e di conservazione della prova elettronica, che delineano un inedito modello di cooperazione, con caratteri innovativi e ad esso esclusivi.

3. Gli obiettivi delle riforme: il rafforzamento della cooperazione attraverso la semplificazione e l'efficienza delle procedure

Gli interventi hanno mirato, in primo luogo, al rafforzamento e miglioramento dei meccanismi di cooperazione penale attraverso la semplificazione degli strumenti ed una maggiore efficienza e rapidità delle procedure.

La semplificazione è stata perseguita principalmente attraverso l'introduzione di uno strumento tendenzialmente unico, utilizzabile per l'acquisizione delle prove in senso stretto ed anche per le misure investigative, l'*ordine europeo di indagine penale*.

Sotto questo profilo, l'attuale quadro normativo costituisce il punto di approdo di un percorso iniziato nel 2009, col Programma di Stoccolma, che aveva lo specifico obiettivo di

istituire, all'interno dell'Unione Europea, un sistema globale di raccolta e acquisizione della prova nelle cause aventi dimensione transfrontaliera, mediante l'individuazione di un unico strumento, basato sul principio del mutuo riconoscimento, che sostituisse la molteplicità e varietà di quelli precedenti, valevole per tutti i tipi di prova, in attuazione proprio di quanto previsto nel programma di Stoccolma, adottato dal Consiglio europeo nel 2009 (punto 6 dei *consideranda* alla DIR 2014/41/UE). Lo scopo è stato altresì quello di consentire il rapido trasferimento del risultato probatorio e/o investigativo.

Non avevano, infatti, dato buona prova di sé né la misura del provvedimento di blocco dei beni e di sequestro probatorio (decisione quadro 2003/577/GAI) né quella del mandato europeo di ricerca della prova (cosiddetto MER: decisione quadro 2008/978/GAI). Il primo perché richiedeva, per il trasferimento nello Stato richiedente della cosa attinta, il ricorso alla rogatoria, con la riproposizione di tutte le relative problematiche di lentezza ed inefficienza; il secondo perché concerneva solo prove documentali e comunque precostituite, e dunque aveva un ambito molto limitato di operatività⁷. Inoltre, la regolamentazione degli strumenti di cooperazione era contenuta in una congerie di atti, aventi diversa natura ed ambiti di operatività (Consiglio d'Europa, Unione europea ed anche accordi bilaterali o multilaterali)⁸, sì che non era agevole districarsi tra essi per individuare la fonte normativa.

L'introduzione dell'ordine europeo di indagine penale risponde alla finalità indicata: consente di compiere qualunque atto di indagine o probatorio, concernente persone o cose che si trovano in uno Stato membro, oppure di acquisire informazioni o prove già ivi disponibili.

Diciamo subito che questo obiettivo risulta solo parzialmente realizzato: le riforme delineano un sistema normativo tuttora composito, molto articolato e frammentato sotto il profilo delle fonti (più che degli strumenti), spesso di non facile ed immediata ricostruzione, anche per gli operatori giuridici, richiedendo uno specifico *expertise*.

⁷⁷ CAMALDO L., *La direttiva sull'ordine europeo di indagine penale (OEI): un congegno di acquisizione della prova dotato di molteplici potenzialità, ma di non facile attuazione*, in *penalecontemporaneo.it*, 27 maggio 2014.

⁸ Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale del Consiglio d'Europa, del 20 aprile 1959, i relativi due protocolli aggiuntivi e gli accordi bilaterali conclusi a norma dell'articolo 26 di tale convenzione; Convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen del 19 giugno 1990; Convenzione relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale del 2000 tra gli Stati membri dell'Unione europea e relativo protocollo; Decisione quadro 2008/978/GAI sul mandato europeo di ricerca della prova (peraltro già abrogata dal regolamento 2016/95 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 gennaio 2016); Decisione quadro 2003/577/GAI sul sequestro probatorio.

La vocazione tendenzialmente omnicomprensiva dell'OEI incontra precisi limiti sotto il profilo applicativo, con riguardo all'ambito sia soggettivo che oggettivo⁹: esso non può essere utilizzato nella cooperazione con Danimarca e Irlanda, Stati membri che non hanno implementato la direttiva 2014/41/UE, né può essere emesso con riguardo ad una serie di atti (quali la notifica di atti del procedimento penale, lo scambio spontaneo di informazioni, i sequestri finalizzati alla confisca ed i provvedimenti di confisca, le restituzioni alle persone offese, le denunce funzionali al trasferimento dei procedimenti penali, le squadre investigative comuni, lo scambio di informazioni del casellario giudiziario, le osservazioni transfrontaliere).

Di conseguenza, la Convenzione relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea, firmata a Bruxelles il 29 maggio 2000 (cosiddetta MAP) - che è stata ratificata con diciassette anni di ritardo ed è paradossalmente entrata in vigore, nel nostro ordinamento, dopo l'OEI, sebbene fosse destinata ad essere sostituita da questo, per espresso disposto di legge (art 34 d. lgl. n. 108/2017) – conserva tuttora ambiti di operatività con riguardo alle notificazioni a mezzo posta (art. 5) ed allo scambio di informazioni (art. 7), entrambi non disciplinati dall'OEI, nonché nelle procedure restitutorie in favore della persona offesa (art. 8).

Analogamente, la Convenzione europea sulla mutua assistenza giudiziaria penale del 20 aprile 1959 (con i relativi Protocolli addizionali del 1978 e del 2001) continuerà ad applicarsi sia agli Stati membri che non hanno implementato l'OEI (Danimarca e Irlanda), sia a quelli, terzi, che non hanno aderito alla MAP.

Con espressione felice, riferita all'attuazione della Convenzione di Bruxelles, è stato detto che la cooperazione penale in materia penale ha assunto, in generale, una “*configurazione a geografia variabile*”¹⁰, il che rende non agevole e, di certo, non immediata, la individuazione dello strumento operativo concreto da utilizzare per la raccolta della prova transfrontaliera.

Ciò perché fonti internazionali convenzionali (bilaterali o multilaterali, con Stati terzi, ovvero multilaterali, con gli Stati membri dell'UE ed aderenti al Consiglio d'Europa)

⁹ PAOLUCCI C.M., *I problemi di diritto transitorio e l'intreccio tra gli strumenti vigenti. Una bussola per l'interprete*, in *La nuova cooperazione giudiziaria penale, Dalle modifiche al codice di procedura penale all'Ordine europeo di indagine*, Milano, 2019, pagg. 215 e ss.

¹⁰ CAMALDO L., “*L'attuazione della Convenzione di Bruxelles del 2000: l'assistenza giudiziaria in materia penale assume una configurazione a “geografia variabile”*”, in *Dir. Proc. Cont.*, 7-8 2017, 202.

continuano a coesistere con norme interne di rango costituzionale ed ordinario (norme di attuazione della normativa europea e codice di procedura penale), e sono fondate, in parte, sul principio di assistenza reciproca (rogatoria) e, in parte, su quello di mutuo riconoscimento (squadre investigative comuni e ordine europeo di indagine penale). Ad esse si aggiunge l'attività interpretativa – in concreto produttrice di diritto – svolta dalle Corti europee (Corte di Giustizia e Corte Europea dei Diritti dell'Uomo).

Maggiore incisività le riforme hanno avuto, nel senso della semplificazione e dell'efficienza, sotto altri profili, di carattere eminentemente pratico: sono stati previsti moduli standardizzati e fortemente semplificati per le richieste di cooperazione, le cosiddette 'eurordinanze', che, avendo campi prestabiliti e caratteristiche uniformi, sono immediatamente riconoscibili e facilmente eseguibili¹¹. Sono stati stabiliti tempi rapidi per la definizione delle procedure.

In generale, il legislatore europeo ha introdotto moduli molte volte deformalizzati e flessibili, che favoriscono, ed anzi incentivano, il contatto diretto ed il dialogo tra autorità giudiziarie di diversi Stati membri. I nuovi modelli di cooperazione si incentrano tutti su questo dialogo diretto, essendo esclusi filtri governativi. Il metodo dialogico, attraverso la costante possibilità di interlocuzione tra autorità giudiziarie, è assunto a concreto canone operativo, e si avvantaggia dell'eventuale supporto dei cosiddetti 'soggetti facilitatori', quali *Eurojust*, *Europol*, Rete giudiziaria europea, *Olaf*.

Al contempo, le riforme prevedono una attenuazione del principio della *lex loci*. E', infatti, prevista la possibilità, per le autorità nazionali, di chiedere l'applicazione di specifiche modalità procedurali, che sono finalizzate anche alla migliore tutela dei diritti difensivi (ordine europeo di indagine penale), ovvero addirittura di concordarle con le autorità straniere (squadre investigative comuni).

¹¹ Per DE AMICIS G., *Organismi europei di cooperazione e coordinamento investigativo*, in XXX Convegno nazionale Associazione tra gli Studiosi del Processo Penale «G.D. Pisapia» su «Investigazioni e prove transnazionali», Roma, 20-21 ottobre 2016, «una cifra comune di tali strumenti è ben visibile non solo nell'obiettivo di perseguire un rafforzamento della collaborazione giudiziaria ed investigativa attraverso una più efficace e spedita circolazione di "eurordinanze" oggettivamente riconoscibili ed eseguibili da parte delle autorità giudiziarie direttamente interessate al caso, ma anche, e soprattutto, nella valorizzazione del principio di disponibilità delle informazioni e delle notizie acquisite (ad es., con le squadre investigative comuni ed il ricorso alle possibilità offerte dal casellario giudiziario europeo), nella formazione di nuovi modelli di accordo e consultazione fra le autorità coinvolte, come pure nel frequente coinvolgimento di organismi di "compensazione" delle difficoltà che possono emergere a livello multilaterale (Eurojust) o bilaterale (punti di contatto della Rete giudiziaria europea)».

Questa connotazione più marcatamente giudiziaria dei meccanismi di cooperazione, in uno con la possibilità di non applicare rigidamente la *lex loci*, ma di ‘contaminarla’ con specifiche modalità procedurali previste dall’ordinamento dello Stato che richiede la cooperazione, non può che essere apprezzata favorevolmente, a mio avviso, perché agevola il rispetto dei diritti fondamentali nelle procedure transnazionali e va salutata come una delle novità più interessanti delle riforme: alle autorità giudiziarie che partecipano alle procedure di cooperazione è affidato, in prima battuta, il compito di assicurare la legittimità delle procedure secondo la normativa nazionale e, con essa, il rispetto delle garanzie individuali assicurate dal nostro ordinamento. Non vi è dubbio che, rispetto al precedente sistema rogatorio, che non prevedeva tali possibilità, il cambio di approccio è significativo.

Come si è anticipato nella premessa, le riforme si collocano nel solco di una mutata sensibilità per le garanzie della difesa e seguono la doppia direttrice del rafforzamento della cooperazione e della maggiore attenzione ai diritti individuali. Questa mutata sensibilità si è tradotta nell’adozione, negli ultimi anni, di una serie di atti normativi, che si vanno a menzionare nel prossimo paragrafo e sui quali si innestano i nuovi modelli di cooperazione, così completando il quadro normativo di riferimento.

4. Dal rafforzamento della cooperazione giudiziaria penale alla valorizzazione delle garanzie difensive dell’UE

La disamina delle fonti normative rilevanti in materia di prova transnazionale non può prescindere da un, sia pur rapido, *excursus* delle fonti che concernono, più in generale, le garanzie processuali riconosciute alle persone sottoposte ad indagini, all’imputato ed alle altre persone coinvolte nelle procedure penali transnazionali¹², garanzie che attingono direttamente il tema dei diritti fondamentali della persona.

A partire dal 2009, con l’entrata in vigore del Trattato di Lisbona, l’Unione Europea ha adottato una serie di importanti provvedimenti che mostrano una crescente e progressiva tendenza alla valorizzazione delle garanzie difensive ed alla creazione di un sistema sovranazionale «caratterizzato dalla “libera circolazione” dei diritti fondamentali»¹³, a

¹² Si rinvia, per approfondimenti, a RUGGERI S., *Procedimento penale, diritto di difesa e garanzie partecipative nel diritto dell’unione europea*, in *penalecontemporaneo.it*, n. 4/2015, pagg. 130 e ss.

¹³ L’espressione è di CAIANIELLO M., *Dal terzo pilastro ai nuovi strumenti: diritti fondamentali, “Road Map” e l’impatto delle nuove direttive*, in *Dir. Pen. Cont.*, n. 4/2015, p. 70 e ss.

fronte del precedente, pressochè esclusivo, interesse per l'obiettivo del rafforzamento della cooperazione giudiziaria penale¹⁴.

In precedenza, sin dal Trattato di Maastricht del 1992 ed ancor più dal Trattato di Amsterdam in avanti, ossia nel decennio 1999/2009, erano prevalse esigenze di sicurezza in materia di accertamento dei reati e di raccolta della prova transnazionali, le quali avevano anzi conosciuto, nel tempo, un progressivo e crescente rafforzamento, specie a seguito degli attentati terroristici del settembre 2001 negli Stati Uniti d'America: sono del 2002 l'adozione della decisione-quadro 2002/584/GAI sul mandato di arresto europeo, come pure la istituzione dell'Ufficio Europeo di polizia (*Europol*) e dell'Agenzia in materia di cooperazione giudiziaria penale (*Eurojust*), nonché l'adozione della Decisione Quadro 2002/465/GAI sulla creazione delle squadre investigative comuni, cui hanno fatto seguito, nel 2003, la decisione quadro sul congelamento dei beni (DQ 2003/577/GAI), nel 2005 quella sulla confisca (DQ 2005/212/GAI.), nel 2008 quella sul mandato di ricerca della prova (DQ 2008/978/GAI), nel 2009 quella sul riconoscimento delle sentenze di condanna e delle decisioni (DQ 2009/829/GAI).

Proprio l'esigenza di riequilibrare il sistema, fortemente sbilanciato verso un'ottica repressiva, ha portato, anche sulla spinta giurisprudenziale del caso Pupino (che, come è noto, ha affermato l'obbligo, per i giudici nazionali, di interpretazione conforme al diritto europeo - salvo il rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento - anche con riguardo alle decisioni-quadro, ossia ad atti normativi non auto-esecutivi), a superare la struttura per pilastri e ad estendere il metodo comunitario allo Spazio di libertà, sicurezza e giustizia. Ciò è avvenuto col Trattato di Lisbona (art. 82 § 2 TUE), entrato in vigore il 1° dicembre 2009. Al contempo, il Trattato di Lisbona ha riconosciuto alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (cosiddetta Carta di Nizza) lo stesso valore giuridico dei Trattati (art. 6 § 1 TUE) ed ha previsto l'adesione dell'Unione alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (art. 6 § 2 TUE). La protezione dei diritti fondamentali nell'Unione europea ha così assunto un ruolo centrale nel diritto dell'Unione ed è stata affidata al giudice nazionale

¹⁴ Tali provvedimenti fanno seguito al *Libro Verde della Commissione – Garanzie procedurali a favore di indagati e imputati in procedimenti penali nel territorio dell'Unione* (2003) ed alla Proposta di decisione quadro del Consiglio in materia di determinati diritti processuali in procedimenti penali nel territorio dell'Unione (2004). Per approfondimenti, si veda BONTEMPELLI M., *Le garanzie processuali ed il diritto dell'Unione europea, fra legge e giudice*, in *Proc. pen. e giust.*, n. 3/2014, pagg. 80 e ss., RAFARACI T., *Diritti fondamentali, giusti processo e primato del diritto UE*, id., pagg. 1 e ss.

che, attraverso l'obbligo dell'interpretazione conforme, si è visto assegnare il compito di applicare direttamente gli *standard* di protezione elaborati dalla Corte EDU.

La Risoluzione GAI (Consiglio dei Ministri della Giustizia e degli Affari Interni) del 30 novembre 2009, relativa a una tabella di marcia per il rafforzamento dei diritti procedurali di indagati o imputati in procedimenti penali (cosiddetta *Roadmap*), è stato il primo e fondamentale atto col quale l'Unione Europea ha individuato le misure da adottare in via prioritaria nel settore delle garanzie difensive (traduzione e interpretazione, informazione sui diritti e sull'accusa, assistenza legale gratuita, comunicazione con familiari e autorità consolari, garanzie speciali per i soggetti deboli, quali minori e soggetti con minorate capacità fisiche e mentali, detenzione preventiva) ed ha sollecitato la Commissione ad attivarsi in tal senso, con l'obiettivo di ravvicinare le legislazioni nazionali¹⁵.

La Risoluzione è stata condivisa e recepita nel Programma di lavoro nel settore GAI varato dal Consiglio europeo per gli anni dal 2009 al 2014 (cosiddetto *Programma di Stoccolma*), con il quale sono stati evidenziati ulteriori ambiti di intervento, fra i quali quello concernente la presunzione di innocenza e l'individuazione di uno strumento unico per la raccolta ed acquisizione della prova transfrontaliera.

Il mezzo attraverso il quale perseguire l'obiettivo di realizzare «una libera ed eguale circolazione» dei diritti della difesa, che controbilanciasse la libera circolazione dei provvedimenti giudiziari in forza del mutuo riconoscimento, nonché quello di fornire una tutela omogenea dei diritti dell'indagato e dell'imputato, è stato individuato nell'adozione di una serie direttive concernenti i diritti della difesa nei procedimenti penali.

In attuazione della *Roadmap* e del Programma di Stoccolma, sono state emesse direttive:

- sul diritto all'*interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali* (DIRETTIVA 2010/64/UE del 20 ottobre 2010),
- sul diritto all'*informazione nei procedimenti penali* (DIRETTIVA 2012/13/UE del 22 maggio 2012),
- in materia di *diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato* (DIRETTIVA 2012/29/UE del 25 ottobre 2012, che sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI),

¹⁵ SALAZAR L. *Il punto sull'attuazione della Roadmap UE sui diritti processuali*, in *Diritto e Giustizia minorile*, n. 3-4, 2015, 20.

- sul *diritto al difensore e a comunicare con terzi e autorità consolari in caso di privazione della libertà personale* (DIRETTIVA 2013/48/UE del 22 ottobre 2013),
- sul rafforzamento di alcuni aspetti della *presunzione di innocenza* e del *diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali* (DIRETTIVA 2016/343/UE del 9 marzo 2016),
- sulle *garanzie procedurali per i minori indagati o imputati nei procedimenti penali* (Direttiva 2016/800/UE dell'11 maggio 2016),
- sul *gratuito patrocinio per indagati e imputati in procedimenti penali* (Direttiva 2016/1919/UE del 26 ottobre 2016).

In materia di detenzione preventiva è stato pubblicato il *Libro Verde* del 14 giugno 2011 *sull'applicazione della normativa dell'Unione Europea sulla giustizia penale nel settore della detenzione*, cui tuttavia non hanno fatto seguito concreti atti normativi.

Al medesimo ambito vanno ricondotti la decisione quadro 2009/299/GAI del Consiglio, del 26 febbraio 2009 (trasposto col d. lgs. 15 febbraio 2016, n. 31), che rafforza i diritti processuali delle persone e promuove l'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle decisioni pronunciate in assenza dell'interessato al processo, nonché, ancora: il nuovo regolamento per l'applicazione del principio del mutuo riconoscimento ai provvedimenti di confisca, anche non basati su condanna; il nuovo regolamento di ECRIS estesa alle condanne pronunziate dalle autorità giudiziarie dell'Unione nei confronti dei soggetti appartenenti a Stati terzi; il nuovo regolamento della Commissione per assicurare un regime di interoperabilità tra le varie banche dati europee (SIS, EUROPOL, EURODAC, INTERPOL); la V direttiva antiriciclaggio.

Le direttive europee non sono esenti da critiche, in quanto presentano numerosi, e talvolta macroscopici, limiti. Tuttavia esse, senz'altro migliorabili, marcano un netto cambiamento di prospettiva, che segnala un approccio di maggiore apertura ed attenzione per le garanzie difensive, rispetto al passato.

5. Il cambio di rotta nel modello di cooperazione penale: l'applicazione del principio del mutuo riconoscimento al settore della prova

La via per ovviare alle criticità palesate dal tradizionale sistema di mutua assistenza e rendere più efficienti e rapidi le procedure di cooperazione penale sovranazionali è stata individuata nell'applicazione del principio del mutuo riconoscimento, già proficuamente

sperimentato nell'Unione europea nel settore dei traffici commerciali e, in seguito, anche in campo penale, col mandato di arresto europeo. Tutti i nuovi strumenti ne sono espressione.

Non si rinviene, in ambito internazionale e nemmeno nazionale, una espressa definizione di tale principio e tuttavia esso è stato con enfasi definito «pietra angolare» della cooperazione giudiziaria penale nell'Unione Europea, nelle Conclusioni della Presidenza del Consiglio Europeo di Tampere del 15 e 16 ottobre 1999.

E' sancito dall'art. 82 § 1 del TFUE («la cooperazione giudiziaria in materia penale nell'Unione deve fondarsi sul principio di riconoscimento reciproco delle sentenze e delle decisioni giudiziarie e include il ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri nei settori di cui al paragrafo 2 e all'articolo 83»), tra i quali quello della ammissibilità delle prove).

Ha trovato esplicito riconoscimento, per la prima volta nell'ordinamento italiano, nell'art. 696 *bis* c.p.p. (con la recente riforma del Titolo XI del codice di procedura penale), ed è divenuto l'architrave della cooperazione giudiziaria anche nell'ordinamento interno¹⁶, ma col limite espresso del rispetto dei diritti umani (art. 696 *ter* cod. proc. pen.).

Il mutuo riconoscimento è espressione del *favor cooperationis* e comporta che le autorità di uno Stato membro riconoscano e diano esecuzione ai provvedimenti ed alle decisioni di un altro Stato membro come se fossero atti propri, sul presupposto implicito che entrambi gli Stati condividano le medesime regole o, quanto meno, gli stessi principi e valori. Esso attiene quindi alla fase della circolazione transnazionale dei provvedimenti giudiziari, ossia al loro trasferimento in un altro stato, non a quello della formazione. Funziona molto bene nel settore dei traffici commerciali di beni e merci, ove è nato, nei quali l'Unione europea ha adottato spesso normative comuni, stabilendo determinati *standard* di qualità e di tutela dei prodotti. In tale ambito, ha senz'altro favorito la rapida circolazione delle merci ed ha inoltre assicurato la libertà di movimento delle persone.

L'applicazione di questo principio, in sé neutro, nel settore penale comporta che venga ritenuta legittima una prova assunta all'estero, in base a regole allogene, e consente di attribuire ad atti formati all'estero la stessa efficacia dei corrispondenti atti interni, sulla base della condivisione dei medesimi valori e principi, specie in materia di diritti fondamentali. Dalla prospettiva dello Stato richiesto, imporrebbe di «eseguire all'interno del

¹⁶ Così SPAGNOLO P., *Nuova cooperazione giudiziaria penale: mutuo riconoscimento e tutela dei diritti fondamentali*, in *Cass. pen.*, n. 3/2020, pag. 1292.

proprio territorio le richieste istruttorie degli altri Stati in applicazione della *lex fori*»¹⁷. Presuppone perciò la reciproca fiducia tra gli Stati¹⁸, che trova ragion d'essere in tale condivisione.

Senonché il risultato probatorio non può evidentemente prescindere dalle modalità di formazione ed acquisizione della prova, e quindi dal metodo di assunzione. Metodo che, in quanto espressione del punto di contemperamento tra le contrapposte esigenze di repressione dei reati e di tutela dell'individuo dal potere statale, riflette le tradizioni culturali e giuridiche di ciascun ordinamento, che sono diverse tra gli Stati membri dell'Unione europea. In altri termini, non è detto che una prova assunta all'estero, in assenza della previa unificazione o, quanto meno, della armonizzazione delle regole per l'assunzione, possa, solo per questo, essere legittima nell'ordinamento italiano.

Nella misura in cui impone di assumere una prova secondo regole che non offrono i medesimi livelli di garanzia per la tutela dei diritti individuali, stanti le diversità degli ordinamenti nazionali, l'applicazione di tale principio può avere perciò effetti autoritari e confliggere col principio di legalità. Ciò si manifesta in modo palese negli ordinamenti ispirati a tradizioni giuridiche diverse – di *civil law* e di *common law* – cui appartengono gli Stati membri. E' stato efficacemente evidenziato che vi è il rischio che una «prova illegittima diventi utilizzabile solo perché battezzata come 'europea'»¹⁹.

Altro dunque è la libera circolazione di beni, servizi, persone, altro quella della prova²⁰, che pone delicate problematiche.

¹⁷ DANIELE M., *La metamorfosi del diritto delle prove nella sull'ordine europeo di indagine penale*, in *penalecontemporaneo.it*, n. 4/2015, pag. 90.

¹⁸ Questa fiducia, che è essenziale ed imprescindibile perché consente che venga creata e mantenuta un'area senza confini interni, non è però cieca: uno Stato membro deve poter fare affidamento sul fatto che un altro Stato membro rispetti ed assicuri un equivalente livello di tutela di alcuni valori comuni (libertà, democrazia, diritti umani, legalità) ma esistono valvole di sicurezza e meccanismi interni al diritto dell'Unione a protezione dei diritti fondamentali. Il principio della fiducia reciproca ha un rilievo costituzionale in ambito europeo ma non è assoluto, pone una presunzione che può essere superata nei singoli casi. Su tali questioni si veda l'opinione di PRECHAL S., già giudice della Corte di Giustizia, in *Mutual Trust before the Court of Justice of the European Union*, in *europeanpapers.eu*, n. 2/2017, pag. 1 e ss.

¹⁹ F. AMODIO, *Diritto di difesa e diritto alla prova nello spazio giudiziario europeo*, in A. LANZI, - F. RUGGERI – L. CAMALDO (a cura di), *Il difensore e il pubblico ministero europeo*, Padova, 2002, p. 107.

²⁰ Per approfondimenti sul principio del mutuo riconoscimento nell'ambito della prova penale transnazionale, si vedano i contributi di ALLEGREZZA S., *Collecting Criminal Evidence Across the European Union: The European Investigation Order Between Flexibility and Proportionality*, in RUGGERI S. (A CURA DI), *TRANSNATIONAL EVIDENCE AND MULTICULTURAL INQUIRIES IN EUROPE*, Springer, 2014, pagg. 51 e ss., nonché *Critical Remarks on the Green Paper on Obtaining Evidence in Criminal Matters from one Member State to another and Securing its Admissibility*, in *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* – www.zis-online.com, n. 9/2010, pag. 569 e ss.

Nella prospettiva italiana ciò ha fondatamente determinato il dubbio, ad esempio, che, nell'attività di raccolta della prova transnazionale, il diritto al contraddittorio delle parti, in condizioni di parità processuale, possa subire significative limitazioni, se non addirittura essere pregiudicato. Esso infatti non è parimenti recepito, con le medesime caratteristiche, nelle legislazioni degli altri Stati membri ed è inteso, dalle Corti europee, in un'accezione non coincidente con quella domestica, essendo prevalente un approccio di tipo sostanziale.

Il buon funzionamento del meccanismo presuppone quindi un livello omogeneo di integrazione normativa tra i diversi sistemi giuridici e, soprattutto, tra le rispettive garanzie processuali, o comunque un previo ravvicinamento tra le legislazioni nazionali, che ad oggi non vi è, tra gli Stati membri dell'Unione europea, e nemmeno è desiderato²¹, anche se, paradossalmente, la sua utilizzazione fu pensata come alternativa all'armonizzazione degli ordinamenti degli Stati membri²². Il mutuo riconoscimento è anzi l'antitesi dell'armonizzazione normativa e vi si ricorse proprio per supplire alla mancanza di quest'ultima: la consapevolezza dell'assenza di regole comuni sulla formazione della prova (e della seria difficoltà di stabilirle, in mancanza della volontà politica) è stata superata attraverso un meccanismo che consente la libera circolazione delle decisioni giudiziarie concernenti il risultato probatorio, assunto nel rispetto delle regole dello Stato di esecuzione.

Esso presenta profili autoritari nella misura in cui pone una presunzione di legittimità delle prove raccolte all'estero, in base alla *lex loci*, ed ostacola inoltre l'esercizio del diritto di difesa, perché frapponendo difficoltà, di fatto spesso insuperabili, alla contestazione del procedimento di formazione, che soggiace a regole straniere, in genere non conosciute, stanti anche la barriera linguistica ed i maggiori costi derivanti dalla necessità di instaurare un procedimento in altro Stato.

Il mutuo riconoscimento non opera però sul piano della ammissibilità della prova allogena in giudizio e sulla sua utilizzabilità, che restano questioni assolutamente interne agli ordinamenti, rimesse in via esclusiva ai giudici nazionali.

²¹ MARAFIOTI L., *Ordine europeo di indagine penale*, in Arch. Nuova proc. pen., n. 2/2016, pag. 100 nonché *Orizzonti investigativi europei, assistenza giudiziaria e mutuo riconoscimento*, in T. BENE – L. LUPARIA E L. MARAFIOTI (a cura di), *L'ordine europeo di indagine, Criticità e prospettive*, Torino, 2016, pag. 9.

²² Così SELVAGGI E., in *L'ordine europeo di indagine – EIO: come funziona?*, in Cass. pen., n.1/2018, pag. 44, il quale ricorda che tale principio «è nato nel vertice di Birmingham del 1998 ed è stata la risposta del Regno Unito alle iniziative delle Comunità europee tese a realizzare una uniformazione dei sistemi legali penali tra i Paesi membri, ritenuta tuttavia irriducibile a un sistema di common law come quello inglese». Ad esso si è fatto ricorso come ad una «scorciatoia per raggiungere il medesimo risultato senza rinnegare le proprie specificità».

6. I correttivi al principio di mutuo riconoscimento puro: la combinazione tra *lex fori* e *lex loci* ...

La consapevolezza dei limiti del mutuo riconoscimento ha determinato il legislatore europeo ad introdurre appositi correttivi nel settore della raccolta della prova penale, finalizzati a superare gli effetti distorsivi derivanti dalla rigidità della sua applicazione rigorosa, sulla scorta dell'esperienza maturata con riguardo alla Convenzione di Bruxelles del 2000 (art. 4).

Nella disciplina dell'OEI sono poi state mantenute alcune caratteristiche tipiche dell'assistenza giudiziaria (previsione di motivi di rifiuto, che non obbligano l'autorità ricevente ad eseguire in ogni caso l'ordine, e nemmeno necessariamente con le modalità richieste dallo stato estero, possibilità, per l'autorità di emissione, di partecipare all'esecuzione, e altre) sì che, in definitiva, il nuovo strumento finisce per combinare aspetti sia dell'uno che dell'altro principio.

La flessibilità necessaria ad assicurare il rispetto delle garanzie procedurali nazionali riconosciute dallo Stato richiedente è stata assicurata principalmente temperando la regola della *lex loci* con il principio della *lex fori* e dando spazio al principio di proporzionalità. Ciò risponde anche all'esigenza di assicurare efficacia alla cooperazione penale, il cui scopo ultimo sarebbe sostanzialmente frustrato qualora, all'esito di una complessa e dispendiosa procedura, non se ne potesse utilizzare il risultato.

La disciplina dell'ordine europeo di indagine penale stabilisce che lo Stato di emissione possa chiedere a quello di esecuzione l'applicazione delle regole procedurali proprie, con l'unico limite della contrarietà dell'atto o delle formalità richieste ai principi fondamentali dello Stato di esecuzione (art. 9 § 2 della direttiva) ovvero della sussistenza di uno dei motivi di rifiuto codificati (art. 9 §1 della stessa), in base ad una valutazione rimessa all'autorità giudiziaria di quest'ultimo. Nel decreto di attuazione il limite è costituito dalla contrarietà ai «principi dell'ordinamento giuridico dello Stato» (art. 4, comma 2). Spetta dunque all'autorità di emissione stabilire se e quali modalità procedurali richiedere all'autorità esecutiva; in mancanza di indicazioni, si applicherà la *lex loci*.

Analogamente, la disciplina delle squadre investigative comuni, nel prevedere che il compimento degli atti avvenga conformemente alla *lex loci*, consente, per un verso, alle autorità giudiziarie italiane di presenziare all'assunzione degli atti ed anzi di assumerli essi

stessi e, per altro verso, di concordare con i colleghi stranieri l'applicazione di specifiche regole procedurali. Questo agevola indubbiamente la formazione degli atti in conformità della disciplina italiana. Al contempo, anche il decreto attuativo (n. 34/2016) stabilisce che la richiesta di costituzione di una squadra può essere rifiutata ove preveda «il compimento di atti espressamente vietati dalla legge o contrari ai principi fondamentali dell'ordinamento giuridico» (art 3, comma 4).

Come si è detto, il meccanismo si basa, in entrambi i casi, su consultazioni e interlocuzioni tra le autorità giudiziarie coinvolte, finalizzati ad individuare, in relazione al caso concreto, le modalità e forme più opportune e consone all'applicazione della normativa nazionale dello Stato richiedente, salvaguardando però i principi dello Stato di esecuzione.

La possibilità di applicare la *lex fori*, eventualmente in combinazione con la *lex loci*, costituisce un'autentica novità per l'Italia, che sinora non aveva recepito la Convenzione di Bruxelles, che già la prevedeva (art. 4), ma dà la stura ad una serie di questioni, prima fra tutte cosa debba esattamente intendersi per principi dell'ordinamento che ostano alla cooperazione, stante l'indeterminatezza del concetto evocato.

Con riguardo alle procedure passive degli ordini europei di indagine, da più parti sia auspica una sorta di *self-restraint* da parte delle autorità di esecuzione italiane, nel senso di interpretare la locuzione come preclusiva della cooperazione nei soli casi in cui vengano richieste prescrizioni che contrastano con modalità che attingono l'«inderogabile spazio di sovranità» dello Stato e che siano imprescindibili perché rientranti negli *essentialia* del nostro ordinamento, quali il diritto alla libertà morale della persona, il diritto al silenzio e quello alla presenza del difensore all'interrogatorio dell'indagato, la facoltà di astensione dalla testimonianza in favore dei soggetti legittimati. Ciò anche alla luce del *favor cooperationis* che governa la materia, e che costituisce la regola dei rapporti internazionali di cooperazione, nonché del fatto che l'atto richiesto deve comunque presentare i requisiti interni necessari previsti dalla legge per la sua ammissione²³.

Con riguardo alle procedure attive, la salvaguardia delle garanzie processuali e del diritto di difesa può essere invece realizzata pienamente, richiedendo l'applicazione delle modalità di assunzione previste dal nostro ordinamento, eventualmente da concordare in

²³ Si vedano le acute considerazioni di KOSTORIS R.E., in *L'ordine europeo di indagine penale, Il nuovo volto della raccolta transnazionale delle prove nel D. Lgs. n. 108 del 2017*, cit., pag. 9 e ss.

concreto con l'autorità straniera (per esempio, il regolare contraddittorio e l'esame incrociato).

7. ...Ed il principio di proporzionalità

L'ulteriore, importante, correttivo al mutuo riconoscimento è costituito dal *principio di proporzionalità*, esplicitamente richiamato nella disciplina dell'ordine di indagine penale, in forza del quale l'emissione dello stesso deve essere «necessaria e proporzionata ... tenuto conto dei diritti della persona sottoposta a indagini o imputata» (art. 6 § 1 lettera A) della direttiva).

Si tratta della prima applicazione, in un atto normativo europeo, del principio già sancito dall'art. 52 della Carta di Nizza, pure ben noto alle Corti sovranazionali, che lo hanno frequentemente applicato in moltissimi altri settori. Esso è specificamente finalizzato a rendere la raccolta della prova all'estero, secondo il principio del mutuo riconoscimento, compatibile con i diritti umani e con l'art. 8 CEDU, e ad evitare che il meccanismo della cooperazione internazionale possa essere attivato anche in presenza di fatti di modesta rilevanza penale, come accaduto nell'esperienza del mandato di arresto europeo.

Il vaglio di proporzionalità deve essere compiuto sia dall'autorità di emissione, sia da quella di esecuzione (art. 6 § 1 e considerando n. 11 della direttiva), sebbene ciò sia previsto espressamente dal decreto attuativo dell'ordine europeo di indagine penale solo con riguardo a quest'ultima.

Il legislatore italiano ha opportunamente integrato la assai più scarna disposizione della direttiva 2014/41/UE²⁴, prevedendo che il vaglio che l'autorità giudiziaria deve

²⁴ Opportunamente BELFIORE R., *Su alcuni aspetti del decreto di attuazione dell'ordine europeo di indagine penale*, in *Cass. pen.* n. 1/2018, pagg. 407-408, rimarca che «Il decreto attuativo affronta la questione della proporzionalità dell'ordine di indagine in parte in maniera differente rispetto a come è stata affrontata nella direttiva europea. Se sul piano sovranazionale, infatti, è richiesto che la proporzionalità dell'emissione di un ordine sia valutata rispetto ai fini del procedimento, tenendo conto dei diritti della persona indagata o imputata, nella disposizione interna la proporzionalità è considerata soddisfatta solo quando dall'esecuzione dell'ordine non derivi un sacrificio ai diritti e alle libertà della persona indagata o imputata, ovvero di altre persone coinvolte dal compimento degli atti richiesti, non giustificato da esigenze investigative o probatorie del caso concreto, tenuto conto della gravità dei reati per i quali si procede e della pena per essi prevista (art. 7). ...La legislazione interna compie, dunque, un 'passo ulteriore' rispetto alla normativa sovranazionale di riferimento. Essa specifica con maggiore dettaglio i parametri rispetto ai quali valutare la «congruità della richiesta in relazione al "caso concreto"» e, in una certa misura, ne amplia la portata: rilevano 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 (si pensi soprattutto ai casi in cui a essere richiesti siano sequestri o intercettazioni). Ciò che viene preso in considerazione non è, quindi, solo la proporzionalità dell'emissione dell'ordine rispetto ai fini del procedimento – come nel caso in cui, ad

compiere sia triplice e concerna, secondo l'elaborazione teorica di matrice tedesca (che per prima ha affrontato la questione), la astratta idoneità del mezzo richiesto rispetto al fine perseguito, la indispensabilità dell'atto in rapporto al concreto fine investigativo e probatorio nonché la proporzionalità in senso stretto, che si sostanzia nella valutazione che il sacrificio dei diritti individuali, da valutare caso per caso, è giustificato dalla gravità del reato e della pena, come predeterminati dalla legge (art. 7)²⁵.

Se l'autorità di esecuzione ritiene non proporzionato l'atto richiesto, è tenuta ad informarne l'autorità richiedente, che può decidere di ritirare la richiesta. In alternativa, le autorità coinvolte possono concordare l'esecuzione di un atto diverso, ma sostanzialmente equipollente quanto al risultato perseguito (art. 9, comma 1, del decreto attuativo). Il principio di equivalenza degli atti, o di adeguatezza, non è altro che una articolazione del medesimo principio di proporzionalità, ossia una specifica modalità, tra le tante astrattamente possibili, attraverso la quale si realizza il corretto bilanciamento dei valori coinvolti nella procedura.

Nè la direttiva né il decreto attuativo codificano il mancato rispetto del principio di proporzionalità quale motivo di rifiuto del riconoscimento, ma è opinione largamente condivisa (sebbene non unanime²⁶) che la richiesta di cooperazione non possa essere accolta in tal caso (si è anche avanzata l'ipotesi di un motivo implicito di rifiuto²⁷).

La collocazione del principio in una apposita disposizione del decreto attuativo (art. 7), separata da quelle concernenti i motivi di rifiuto, nonché la sua stessa *ratio*, inducono, a mio parere, a ritenere che il requisito della proporzionalità sia un *prius* rispetto ad essi, una sorta di precondizione di legittimità dell'atto.

esempio, l'ordine appaia 'fuori luogo' nel quadro di un procedimento per un reato bagatellare punito con una sanzione esigua –, ma anche la proporzionalità dell'intrusività dell'atto richiesto rispetto al suo risultato – come nell'ipotesi in cui, ad esempio, un elemento probatorio possa essere ottenuto mediante ordine di esibizione e richiesta di consegna, piuttosto che mediante perquisizione e sequestro –; un'ipotesi, quest'ultima, che nella direttiva viene tenuta distinta dalla questione della proporzionalità in senso stretto e disciplinata autonomamente».

²⁵ Per tutte queste considerazioni ed anche per quelle che seguono, si veda KOSTORIS R.E., *L'attuazione italiana dell'ordine investigativo europeo*, in a cura di VARRASO G., GIARDA A., GIUNTA F., *Dai decreti attuativi della legge "Orlando" alle novelle di fine legislatura*, 2018, nonché SPAGNOLO P., *I presupposti ed i limiti dell'ordine di indagine europeo nella procedura passiva*, in *La nuova cooperazione giudiziaria penale, Dalle modifiche al codice di procedura penale all'Ordine europeo di indagine*, Milano, 2019, pag. 288 e ss.

²⁶ *Circolare in tema di attuazione della direttiva 2014/41/UE relativa all'ordine europeo di indagine penale – Manuale operativo*, pag. 26.

²⁷ GATTO C.M., *Il principio di proporzionalità nell'ordine europeo di indagine penale*, in *Diritto penale contemporaneo*, n. 2/2019, pag. 81.

E' opinione largamente condivisa che il giudizio sulla proporzionalità dell'atto di indagine rappresenti la «chiave di volta»²⁸ di questo strumento, «il vero 'fondamento invisibile' del nuovo sistema di cooperazione giudiziaria»²⁹, la «cifra più profonda del nuovo strumento di indagine»³⁰, sotto un duplice profilo.

Esso conferisce, al di là delle astratte enunciazioni, effettiva centralità ai diritti fondamentali, la cui salvaguardia, in virtù della sua applicazione, arriva a permeare lo strumento nella sua dimensione operativa. Infatti, nell'emettere e nell'eseguire l'ordine, l'autorità giudiziaria deve verificare il corretto bilanciamento dei contrapposti interessi in gioco, ossia individuare la reale misura di equilibrio, nel caso concreto, tra repressione e libertà. In questo senso, la proporzionalità rappresenta una «bussola», un «baluardo per la tutela dei diritti fondamentali nella dinamica processuale»³¹.

Al contempo, esso affida al giudice un delicatissimo compito, tradizionalmente di esclusiva prerogativa della legge, assegnandogli ampi margini di discrezionalità nella verifica da compiere in concreto, stante la 'vaghezza' per principio, discrezionalità che può essere arginata solo imponendo un obbligo motivazionale stringente, onde evitare che sconfini nell'arbitrio.

Il test di proporzionalità perciò «segna il momento di maggior distacco della disciplina dell'o.e.i. dal modello tradizionale di matrice positivista tipico del diritto codificato, imperniato sulla nozione di fattispecie e caratterizzato dall'impiego della razionalità formale e della logica deduttiva. Il controllo di proporzionalità richiede invece una logica argomentativa improntata a razionalità pratica, attraverso cui si opera un bilanciamento tra istanze diverse, nella prospettiva di giungere alla soluzione più persuasiva ed equa in rapporto alle peculiarità della situazione»³². Esso appartiene a un diritto costruito per principi anziché su regole, nel quale il bilanciamento dei valori in gioco non è effettuato, a monte, dal legislatore - secondo l'approccio tipico della nostra tradizione giuridica fondata sul principio della riserva di legge -, ma è rimesso, caso per caso, all'interprete, ossia al

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ DE AMICIS G., *Dalle rogatorie all'ordine europeo di indagine: verso un nuovo diritto della cooperazione giudiziaria penale*, in *Cass. pen.*, n. 1/2018, pag. 9.

³⁰ GATTO C.M., *cit.*, pag. 100.

³¹ *Ibidem*, pag. 72. Si veda altresì CAIANIELLO M., *Il principio di proporzionalità nel procedimento penale*, in *Diritto penale contemporaneo*, nn. 3-4, p. 143 e ss.

³² KOSTORIS R.E., *L'attuazione italiana dell'ordine investigativo europeo*, *cit.*, pag. 502.

giudice³³. Per questa ragione, l'ordine europeo di indagine penale è emblematico del diritto europeo e, più in generale, del diritto postmoderno³⁴, caratterizzato dalla «dissolvenza tra regole e principi».

Il ricorso a clausole aperte, quale è quella di proporzionalità, comporta l'introduzione, nel nostro ordinamento, di paradigmi giuridici nuovi e diversi, che entrano in tensione col principio di legalità formale fondato sulla riserva di legge, tipico dei sistemi di *civil law*, e che non appartengono invece a quelli di *common law*, incentrati su una legalità di tipo sostanziale, e pongono nuovi e delicati problemi, ai quali conviene riservare una separata trattazione nel prossimo paragrafo.

8. Il ruolo della giurisprudenza nazionale e sovranazionale ed il dialogo tra le Corti. Gli ultimi approdi della Corte costituzionale

Il Trattato di Lisbona ha profondamente modificato il sistema delle fonti dell'Unione, con il riconoscimento che la Carta di Nizza ha lo stesso valore dei Trattati e con l'adesione alla Convenzione europea dei diritti dell'Uomo (art. 6). In forza dell'art. 82 TUE, la Carta e la Convenzione sono fonte primaria del diritto europeo, nell'interpretazione che di esso danno la Corte di Giustizia e la Corte europea dei diritti dell'uomo.

Con l'abolizione della struttura per pilastri e l'estensione del metodo comunitario – direttive e regolamenti - allo Spazio di libertà, sicurezza e giustizia, il giudice comune è inoltre obbligato, anche nel settore penale, ad interpretare il diritto nazionale conformemente al diritto dell'Unione³⁵.

Il diritto europeo si presenta dunque complesso, essendo strutturato su fonti normative, in parte, di formazione legislativa, e, in parte, di elaborazione giurisprudenziale, ma comunque appartenenti ad ordinamenti diversi, anche se integrati. Spetta al giudice ricondurre ad unità le aporie derivanti dalla diversità e dalla necessaria integrazione degli ordinamenti, in un processo che è in continua evoluzione: l'unità dell'ordinamento non è un

³³ Ad avviso di MARCELLO D., *La triangolazione delle garanzie processuali fra diritto dell'unione europea, CEDU e sistemi nazionali*, in *penalecontemporaneo.it*, n. 4/2016, pag. 3, «la peculiare morfologia del diritto dell'Unione», strutturato non su regole, ma su principi, ha come conseguenza che «non può che spettare alla giurisprudenza tradurre in prescrizioni più precise le norme eurounitarie, che diversamente risulterebbero inapplicabili. Devono essere i giudici, in particolare, ad individuare l'esatto contenuto dei diritti fondamentali richiamati dal diritto dell'Unione, bilanciandoli con i valori e gli interessi contrapposti».

³⁴ KOSTORIS E.R., *L'OEI nella dissolvenza tra regole e principi*, in *L'ordine europeo di indagine penale. Il nuovo volto della raccolta transnazionale delle prove nel d.lgs. n. 108 del 2017*, Torino, 2018, pag. 3.

³⁵ Si veda, diffusamente ed esaustivamente, FALATO F., *Appunti di cooperazione giudiziari penale*, Napoli, 2019, pag. 17 e ss.

dato di fatto acquisito, ma implica una dinamica perenne (si vedano Corte cost. 118 e 120 del 2018), che prende la forma di un incessante sforzo ermeneutico della giurisprudenza.

La frammentazione delle fonti è un aspetto della crisi della legge - intesa come precetto generale ed astratto avente carattere di sistematicità e di intima coerenza, espressione della sovranità dello Stato e dell'unità dell'ordinamento - e riflette i caratteri propri della attuale società liquida e pluralista.

La tecnica della normazione per principi, tipica di sistemi giuridici di *common law* ed utilizzata anche nel settore della prova transnazionale, come sopra illustrato, quando i principi indicati sono vaghi, mette senz'altro in ulteriore tensione il principio tradizionale di legalità formale, sotto il profilo della determinatezza della norme, oltre che della riserva di legge, perché il ricorso a clausole aperte che necessitano di essere riempite di contenuti concreti assegna al giudice il compito di individuare di volta in volta, attraverso l'attività ermeneutica, la regola del caso concreto ed il punto di bilanciamento dei contrapposti interessi in gioco. Nei sistemi democratici continentali questo ruolo spetta alla legge, in quanto espressione della volontà popolare, e non ai giudici. Sotto questo profilo, essa mette in crisi i principi sui quali si fondano i moderni ordinamenti civili e lo stesso Stato di diritto³⁶.

Non è questa la sede per affrontare compiutamente tali questioni. Occorre qui però dare atto della crescente consapevolezza che, in un contesto di tal fatta, la effettività della salvaguardia dei diritti umani si gioca – oggi ancor più che in passato - proprio sul terreno dell'interpretazione giurisprudenziale, a livello sia nazionale che sovranazionale. Ciò vale anche con riguardo alla prova transnazionale giacché, si è visto, la disciplina dell'ordine europeo di indagine fa ricorso, in misura qualificante, a clausole aperte, quali la proporzionalità.

Di questo è certo ben consapevole la Corte costituzionale, che ha elaborato la teoria cosiddetta dei controlimiti, secondo la quale la regola del primato del diritto dell'Unione soccombe in caso di contrasto tra la norma europea ed i principi intangibili e supremi posti al vertice dell'ordinamento, tra i quali vi è appunto quello della determinatezza delle norme penali. Sono noti gli echi della vicenda «Taricco», da poco conclusasi (Corte cost., sentenza n. 115/2018), che ha coinvolto la Corte costituzionale e la Corte di Giustizia.

³⁶ DANIELE M., *I chiaroscuri dell'OEI e la bussola della proporzionalità*, in *L'ordine europeo di indagine penale. Il nuovo volto della raccolta transnazionale delle prove nel d.lgs. n. 108 del 2017*, cit., pag. 60.

Sotto diverso profilo, la complessità del sistema multivello di protezione dei diritti fondamentali pone la questione di stabilire quale Corte abbia l'ultima parola in campo «nel caso in cui la violazione di un diritto della persona infranga, ad un tempo, sia le garanzie presidiate dalla Costituzione italiana, sia quelle codificate dalla carta dei diritti dell'Uomo» (cosiddetta doppia pregiudizialità: Corte cost., sentenza n. 269/2017, § 5.2.).

In estrema sintesi, sino alla fine del 2017, la Corte costituzionale ha sempre ritenuto inammissibile, per difetto di rilevanza, la questione di legittimità costituzionale in assenza di previo rinvio alla Corte di giustizia, volto ad accertare la conformità al diritto dell'Unione della norma tacciata di incostituzionalità (si veda Corte cost., sentenza n. 284/2007).

Con la sentenza n. 269/2017 essa ha superato l'orientamento della doppia pregiudizialità, affermando che non è più necessario il previo rinvio alla Corte di Giustizia, al fine del giudizio di costituzionalità. La sentenza, non del tutto chiara sul punto, è stata interpretata nel senso di imporre ai giudici comuni l'obbligo di sollevare, in via prioritaria, la questione di legittimità costituzionale, e quindi come una rivendicazione ferma del proprio ruolo tutorio e delle proprie prerogative, oltre che un irrigidimento nei confronti della Corte sovranazionale.

In seguito, la stessa Corte costituzionale ha però chiarito che il giudice comune è libero di scegliere se sollevare la questione di legittimità costituzionale o ricorrere in via pregiudiziale alla Corte di giustizia (Corte cost., sentenze nn. 20 e 63 del 2019) e che anzi essa stessa può porre la questione pregiudiziale alla Corte di Giustizia, come in effetti ha fatto (Corte cost., n. 112/2019)³⁷. Ha così scelto la via del dialogo con la Corte di Giustizia, decidendo di non rivendicare a sé, in via esclusiva, la prerogativa di avere la parola sui diritti fondamentali, allorché questi trovino tutela anche innanzi alla Corte sovranazionale.

9. Cosa non è stato innovato

L'ottenimento di un risultato probatorio – destinato a circolare nell'Unione europea – implica una complessa attività, frutto di un percorso procedimentale che si snoda attraverso le fasi della ricerca, dell'ammissione, dell'assunzione e dell'utilizzazione.

Le recenti riforme – e, segnatamente, la disciplina dell'ordine europeo di indagine – non hanno innovato sul fronte delle *regole di ammissione della prova* che verrà utilizzata

³⁷ Sulle incertezze che il mutamento di orientamento ha prodotto, si veda COSENTINO A., *Doppia pregiudizialità, ordine delle questioni, disordine delle idee*, in *Questione giustizia*, 6 febbraio 2020.

nello Stato richiedente né di quelle che governano tale procedimento nella prospettiva dello Stato di esecuzione, le quali ultime continuano a soggiacere alla *lex loci*. Il dato di fatto dell'assenza di regole, al riguardo, comuni è rimasto sostanzialmente invariato, nonostante l'art. 82 comma 2 lett. a) del TFUE abbia espressamente conferito al legislatore europeo la possibilità di intervenire in materia, introducendo norme minime o armonizzando le normative nazionali.

La direttiva sull'OEI è chiara nel disporre che l'autorità giudiziaria richiedente può emettere una richiesta alle stesse condizioni in cui può farlo in un caso interno analogo (art. 6 § 1 lettera b). Correlativamente, l'autorità di esecuzione non dà corso alla cooperazione se l'atto di indagine richiesto «non sia previsto dal diritto dello Stato di esecuzione o non sia disponibile in un caso interno analogo». La 'disponibilità' dell'atto non può essere intesa che in senso giuridico, cioè come sussistenza dei requisiti previsti dalla legge nazionale per la sua ammissibilità, come è avvalorato dal considerando n. 10 della direttiva 2014/14/UE («La disponibilità dovrebbe riferirsi ai casi in cui l'atto di indagine richiesto è previsto dal diritto dello Stato di esecuzione, ma è legittimo solo in determinate circostanze, ad esempio quando l'atto di indagine può essere svolto solo per reati di una certa gravità, contro persone rispetto alle quali grava già un certo grado di sospetto o con il consenso della persona interessata»). Si tratta, in entrambi i casi, di rigorose applicazioni del principio della *lex loci*.

E' pur vero che è nuova la previsione della possibilità, per l'autorità di esecuzione, di emettere un «diverso tipo di atto di indagine» che permetta di pervenire al medesimo risultato (art. 10 § 5 e §1 lettera b), «alternativo» a quello richiesto, e tuttavia deve pur sempre trattarsi di un atto previsto dal suo ordinamento giuridico.

Coerentemente con questo approccio, il decreto di attuazione dell'ordine di indagine europeo configura, quale generale motivo di rifiuto, l'impossibilità di eseguirlo quando «non è previsto dalla legge italiana o non ricorrono i presupposti che la legge italiana impone per il suo riconoscimento» (art. 9, commi 3 e 1).

La posizione del legislatore europeo riflette l'atteggiamento degli Stati membri, da sempre decisamente ostili a forme di armonizzazione in tale campo.

Le prime esperienze applicative maturate in tema di intercettazioni telefoniche lo confermano. La normativa europea prevede, nei casi in cui l'assistenza dello Stato estero non è necessaria, che l'autorità straniera (destinataria della notifica della comunicazione concernente l'intercettazione) debba verificare che l'intercettazione «sia ammessa in un

caso interno analogo» (art. 31 § 3 della direttiva). In passato, le intercettazioni effettuate dalle autorità giudiziarie italiane aventi ad oggetto comunicazioni provenienti da utenze straniere ed ascoltate sul territorio nazionale erano state ritenute ammissibili, in giurisprudenza, senza il ricorso a procedure rogatorie, facendo riferimento al concetto di *instradamento*. Nemmeno si poneva un problema di notifica al Paese interessato dal flusso di comunicazioni originate sul territorio (straniero) ed ascoltate dall'autorità italiana e viceversa, non avendo l'Italia ratificato la Convenzione di Bruxelles del 2000, che tanto richiedeva. Oggi invece tale comunicazione è necessaria (art. 20 della Convenzione e art. 31 della direttiva EIO) e le autorità giudiziarie italiane la effettuano. Tuttavia, mentre il legislatore italiano ha previsto che la verifica dei requisiti, ad opera del giudice destinatario della richiesta, sia solo formale, ossia concerna il titolo di reato per il quale, secondo l'ordinamento interno, le intercettazioni sono consentite (art. 24 del decreto attuativo), invece la gran parte degli Stati membri ha recepito in senso letterale il disposto della direttiva. Ne è derivato che l'autorità giudiziaria straniera effettua un controllo non soltanto del titolo di reato (per il quale sarebbe consentita l'intercettazione, secondo l'ordinamento straniero), ma di tutti i requisiti legali legittimanti, nell'ordinamento domestico, le operazioni di intercettazione (soglia probatoria, con diversi parametri a seconda del soggetto intercettato, se indagato o terzo, necessità/indispensabilità del mezzo tecnico). In numerosi casi è accaduto così che le autorità straniere destinatarie delle notifiche italiane, sulla base del confronto tra le notizie fornite nel modello C, ad esse trasmesso, e la propria normativa interna, non hanno ritenuto sussistente «un caso interno analogo» ed hanno notificato all'autorità italiana un'intimazione a porre fine alla intercettazione, con conseguente inutilizzabilità delle conversazioni intercettate.

Sotto diverso profilo, merita invece di evidenziare che, per la prima volta in ambito europeo, sono state introdotte alcune *regole di esclusione della prova*, sotto forma di specifici motivi di rifiuto della cooperazione (sui quali si dirà meglio nel capitolo secondo). Tra queste figura, per quanto qui interessa, l'incompatibilità con gli obblighi sanciti dall'art. 6 TUE e dalla carta di Nizza (d. lgs. n. 2018/2017, art. 10, comma 1, lettera e).

Nessuna innovazione, infine, è stata introdotta con riguardo al regime della invalidità della prova o dell'atto di indagine, che ricade interamente nella disciplina domestica, se non limitatamente alle intercettazioni: l'art. 31 §3 lettera b) stabilisce che i risultati delle intercettazioni non possono essere utilizzati, o possono esserlo solo alle condizioni indicate

dallo Stato di esecuzione, «quando l'intercettazione non sia ammessa in un caso analogo». Disposizione sostanzialmente analoga è contenuta all'art. 24, commi 2 e 3, del decreto attuativo.

Per converso, l'art. 36 dello stesso decreto rende applicabile, attraverso il richiamo degli articoli 431 c.p.p. e 512 bis c.p.p., il medesimo regime già previsto per le rogatorie. Si ripropongono, al riguardo, le criticità già emerse in passato, determinate dall'orientamento della giurisprudenza di legittimità, che ritiene sempre utilizzabile la prova allogena, purchè non in contrasto con «norme inderogabili di ordine pubblico e buon costume», principi che però «non si identificano necessariamente con il complesso delle regole dettate dal codice di rito e, in particolare, con quelle relative all'esercizio del diritto di difesa»³⁸.

Sul tema dei limiti di utilizzabilità degli elementi probatori raccolti in violazione della normativa nazionale è recentemente intervenuta la Corte di Giustizia, affermando, in sede di rinvio pregiudiziale, che la normativa europea a tutela degli interessi finanziari dell'UE (e, segnatamente, l'art. 325, paragrafo 1, TUE e l'art.1, comma 1, lettera b) e art. 2, § 1, Convenzione PIF) deve essere interpretata nel senso che essa non osta all'applicazione della legislazione nazionale che non consente di utilizzare in dibattimento, a fini probatori, intercettazioni disposte da un'autorità incompetente, e ciò «persino quando solo tali elementi di prova siano atti a dimostrare la commissione dei reati di cui trattasi»³⁹. La Corte

³⁸ Corte di Cassazione, sezioni unite, n. 15208/2010, *Mills*.

³⁹ Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Sezione Quarta, 17 gennaio 2019, causa C-310-16. Le argomentazioni sono di grande interesse ed è utile riportarle: secondo la Corte, vero è che «il diritto dell'Unione non stabilisce norme ... relative alle modalità di assunzione delle prove ed al loro utilizzo nell'ambito di procedimenti penali in materia di IVA» e che «tale ambito, in linea di principio, ricade nella competenza degli Stati membri» (§ 24). Tuttavia, «l'obbligo di garantire l'efficace riscossione delle risorse dell'Unione non esonera i giudici nazionali dal necessario rispetto dei diritti fondamentali garantiti dalla Carta e dei principi generali del diritto dell'Unione, dal momento che i procedimenti penali avviati per reati in materia di IVA costituiscono un'attuazione del diritto dell'Unione, ai sensi dell'articolo 51, paragrafo 1, della Carta. In ambito penale, siffatti diritti e principi generali devono essere rispettati non soltanto durante i procedimenti penali, ma anche durante la fase delle indagini preliminari, a decorrere dal momento in cui l'interessato è accusato (v., in tal senso, sentenze del 5 dicembre 2017, M.A.S. e M.B., C-42/17, EU:C:2017:936, punto 52; del 5 giugno 2018, Kolev e a., C-612/15, EU:C:2018:392, punti 68 e 71, nonché del 20 marzo 2018, Di Puma e Zecca, C-596/16 e C-597/16, EU:C:2018:192, punto 31 e giurisprudenza ivi citata)» (§ 33).

Inoltre, «l'obbligo di garantire un'efficace riscossione delle risorse dell'Unione non esonera tali giudici dal necessario rispetto del principio di legalità e dello Stato di diritto, che costituisce uno dei principali valori su cui si fonda l'Unione, come testimonia l'articolo 2 TUE. A tal riguardo, discende segnatamente dagli obblighi derivanti dal principio di legalità e dallo Stato di diritto che il potere repressivo non può essere esercitato, in linea di principio, al di fuori dei limiti legali entro cui un'autorità è autorizzata ad agire secondo il diritto dello Stato membro cui essa è soggetta (v., per analogia, sentenza del 1° ottobre 2015, Weltimmo, C-230/14, EU:C:2015:639, punto 56). Inoltre, le intercettazioni telefoniche costituiscono un'ingerenza nel diritto alla vita privata, sancito dall'articolo 7 della Carta. Una siffatta ingerenza, conformemente all'articolo

ribadisce il concetto che il risultato probatorio è utilizzabile nei limiti in cui siano state rispettate le regole nazionali dello Stato nel quale si svolge il processo penale, anche ove esse siano diverse dal diritto e dai principi dell'Unione, e ciò soprattutto quando, come nella specie, l'atto richiesto presenti carattere di particolare invasività nella sfera privata, con elevata potenzialità a ledere il diritto alla riservatezza.

Densa di significato, per le implicazioni teoriche e le conseguenze pratiche che ne possono derivare, è l'affermazione che il rispetto della normativa nazionale che tutela i diritti fondamentali nel processo penale prevale, sia pure a determinate condizioni, sull'attuazione del diritto dell'Unione, e che le garanzie procedurali finalizzate a tutelarli si collocano nell'alveo del principio di legalità, che costituisce il cardine dello stato di diritto, sì che la loro violazione contrasta con l'art. 2 TUE. Resta da vedere se questo indirizzo verrà confermato in futuro.

52, paragrafo 1, della Carta, può essere ammessa solo se prevista dalla legge e se, nel rispetto del contenuto essenziale di tale diritto e del principio di proporzionalità, sia necessaria e risponda effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione (v., in tal senso, sentenza del 17 dicembre 2015, *WebMindLicenses*, C-419/14, EU:C:2015:832, punti 71 e 73)» (§§ 34-36).

Siccome nel caso specifico le intercettazioni telefoniche erano state autorizzate da un'autorità giudiziaria priva della necessaria competenza, esse «devono pertanto essere considerate come non previste dalla legge, ai sensi dell'articolo 52, paragrafo 1, della Carta.» (§ 38) ed «il diritto dell'Unione non può imporre al giudice nazionale di disapplicare una siffatta norma procedurale, anche se l'uso degli elementi di prova raccolti illegittimamente poteva incrementare l'efficacia dei procedimenti penali che consentono alle autorità nazionali di sanzionare, in taluni casi, l'inosservanza del diritto dell'Unione» (§ 39).

CAPITOLO SECONDO

L'ORDINE EUROPEO DI INDAGINE PENALE E LE SQUADRE INVESTIGATIVE COMUNI

SOMMARIO: *1. I caratteri salienti dell'ordine europeo di indagine - 2. La procedura passiva. La scansione per fasi: ricezione, riconoscimento o rifiuto (ovvero restituzione della richiesta), esecuzione, trasferimento del risultato - 3. L'impugnazione - 4. L'interpretazione dell'art. 14 della direttiva 2014/41/UE «alla luce dei diritti fondamentali»: la Corte di Giustizia elude la questione? - 5. La procedura attiva: caratteri - 6. L'ordine di indagine emesso su richiesta della difesa - 7. Le squadre investigative comuni: caratteri peculiari e disciplina - 8. Le ricadute sui diritti fondamentali: l'utilizzabilità degli atti*

1. I caratteri salienti dell'ordine europeo di indagine penale

Si è detto (Capitolo primo, § 2) che, con l'attuazione della direttiva 2014/41/UE, avvenuta ad opera del decreto legislativo n. 108/2017 (d'ora innanzi, decreto attuativo), è stato introdotto in Italia, a decorrere dal 28 luglio 2017, l'ordine europeo di indagine penale, uno strumento di ricerca e di raccolta della prova penale transnazionale che apporta innovazioni profonde nel sistema giuridico dell'Unione Europea.

Tali innovazioni si collocano nel solco di radicali riforme che interessano l'intero campo della cooperazione giudiziaria penale e che stanno portando a compimento un cammino iniziato oltre venti anni fa in Europa, con il Consiglio europeo di Cardiff del 1998, e in Italia, con la costituzione della Commissione La Greca, nel 1999. Esse se, per un verso, rientrano nel fisiologico processo di progressiva integrazione europea, per altro verso sono state dettate dalla pressione degli eventi, primo fra tutti la ingravescente minaccia rappresentata dal terrorismo e dalle associazioni delinquenziali internazionali, che ha reso urgente la necessità di adeguare gli strumenti di cooperazione giudiziaria alle esigenze di maggiore efficienza e rapidità richieste dal mutato contesto criminale mondiale.

I meccanismi di funzionamento della cooperazione penale in materia di ricerca, raccolta e circolazione probatoria ne sono risultati significativamente modificati con riguardo all'*ambito* della cooperazione stessa, ai *soggetti* coinvolti, ai *tempi* ed alle *procedure*, alle *dinamiche dei rapporti tra le autorità degli Stati membri* e, per quanto qui specificamente interessa, alle *garanzie difensive* e, soprattutto, ai *principi*, sotto diversi

profili. In estrema sintesi, se ne elencano qui, molto brevemente, le caratteristiche, riservando al prosieguo un'analisi più approfondita.

Circa l'*ambito*, l'ordine di indagine concerne qualunque tipo di prova, costituita e costituenda, ed anche gli atti investigativi: è «il provvedimento emesso dalla autorità giudiziaria o dalla autorità amministrativa e convalidato dall'autorità giudiziaria di uno Stato membro dell'Unione europea, per compiere atti di indagine o di assunzione probatoria che hanno ad oggetto persone o cose che si trovano nel territorio dello Stato o di un altro Stato membro dell'Unione ovvero per acquisire informazioni o prove che sono già disponibili» (art. 2, comma 1, lettera a) del decreto attuativo). Esso ha carattere omnicomprendente, sia perché non è limitato alle sole prove documentali, come accadeva per il mandato europeo di ricerca della prova, sia perché è esclusa dalla sua sfera di operatività la sola acquisizione di prove nell'ambito della squadra investigativa comune (art. 3 direttiva 2014/41/UE e 8, comma 2, decreto attuativo); pertanto, è espressamente destinato a sostituire tutti i precedenti strumenti.

Ma v'è di più. L'ordine di indagine non si occupa solo del compimento dell'atto, ma comprende anche il trasferimento del risultato investigativo o probatorio, così superando le criticità cui aveva dato luogo la direttiva in materia di blocco dei beni e di sequestro probatorio (2003/577/GAI), che richiedeva il necessario ricorso alla rogatoria per la trasposizione del risultato, con i noti problemi di lentezza.

Con riguardo ai *soggetti*, la competenza in merito al ricevimento ed all'esecuzione della richiesta proveniente da uno Stato membro passa dalla Corte di Appello al procuratore della Repubblica presso il capoluogo del distretto nel quale devono essere compiuti gli atti.

Si tratta di una soluzione coerente con gli obiettivi di efficienza e speditezza, perseguiti dalla normativa, giacché non è contestabile che il pubblico ministero sia l'autorità che, per le competenze tecniche e l'apparato organizzativo, è meglio e più rapidamente in grado di provvedere all'esecuzione degli atti investigativi e probatori ed ai relativi adempimenti. Del resto, analoga scelta di concentrare nel procuratore distrettuale le competenze in materia di cooperazione penale, segnatamente in ambito probatorio, è stata fatta nel decreto di attuazione della direttiva 2002/465/GAI in materia di squadre investigative comuni (d. lgs. n. 34/2016), nel decreto di recepimento della Convenzione di assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri, fatta a Bruxelles nel 2000 (d. lgs. n. 52/2017), nonché nella novella che ha riformato la disciplina codicistica della

rogatoria (d. lgs. n. 149/2017), in attuazione della legge delega n. 149/2016, e risponde anche ad un criterio di razionalizzazione della complessiva disciplina.

La sottrazione alla Corte di Appello della competenza funzionale è stata criticata per la perdita della garanzia di un controllo giurisdizionale. E tuttavia, come meglio si dirà più avanti, la normativa nazionale mantiene il controllo giudiziale, d'ufficio ovvero in via eventuale, perché rimessa all'iniziativa della difesa.

Circa i *tempi*, la disciplina della richiesta dall'estero si caratterizza per la indicazione di termini, sia pure ordinatori, ma comunque brevi per il compimento dei singoli atti, sì che la procedura dovrebbe concludersi al massimo entro centocinquanta giorni dal ricevimento e, in caso di sequestro probatorio, addirittura al più presto e comunque entro ventiquattro ore (art. 26).

Le *modalità* sono molto semplificate: in generale l'attività è, per un verso, *procedimentalizzata* (all'opposto del precedente *exequatur* previsto per la rogatoria) ed al contempo talvolta fortemente *deformalizzata*, prevedendo, caso per caso, frequenti consultazioni e finanche accordi tra le autorità giudiziarie, ed è inoltre improntata ad un criterio di marcata *flessibilità*, in ragione della possibile applicazione, non soltanto di una combinazione di *lex loci* e *lex fori*, a richiesta dell'autorità estera, ma soprattutto dei principi di *proporzionalità* e *adequatezza*, che danno ingresso a pregnanti valutazioni, cui per la prima volta è chiamata l'autorità giudiziaria, in merito al sacrificio che può essere richiesto, per esigenze investigative o probatorie, ai diritti ed alle libertà dei soggetti coinvolti nella procedura, nonché alla possibilità di dare esecuzione alla cooperazione con un atto diverso da quello richiesto, ma altrettanto idoneo a raggiungere il medesimo risultato, in vista della migliore tutela dei predetti diritti.

La vera novità è che il bilanciamento dei contrapposti interessi in gioco, quello all'accertamento dei reati ed i diritti fondamentali delle persone coinvolte nella procedura penale, non è predeterminato dal legislatore, in via astratta e generale (come accade nella normativa nazionale con l'individuazione dei presupposti legittimanti i singoli mezzi investigativi o istruttori), o lo è solo in parte, ma deve essere ricercato, di volta in volta, dall'autorità giudiziaria coinvolta, in relazione allo specifico caso concreto. Può essere realizzato con una gamma variabile di modalità, non prestabilite, fino alla individuazione, da parte dell'autorità di esecuzione, di un atto investigativo o probatorio diverso da quello richiesto, come si è detto. La ricerca di tale bilanciamento costituisce una regola

indefettibile della procedura e dà concretezza alla tutela dei diritti fondamentali perché il criterio che deve orientare la decisione giudiziaria è quello della minore invasività della misura.

Cambiano anche le *dinamiche dei rapporti tra i soggetti coinvolti*, che si svolgono direttamente tra le autorità giudiziarie e non riguardano più il potere esecutivo (salvo che per aspetti del tutto marginali). La prassi si connota per il frequente coinvolgimento nelle procedure dei soggetti cosiddetti facilitatori (Rete giudiziaria europea, *Eurojust* e altri), vale a dire di agenzie che operano nell'ambito dell'Unione, con il compito, tra l'altro, di fornire il necessario ausilio, materiale e giuridico, alle autorità giudiziarie.

Le *garanzie difensive*, sotto molteplici profili, risultano ampliate rispetto al passato. A differenza della direttiva, certamente molto carente, il decreto attuativo ha, sia pure in modo parziale e non del tutto soddisfacente, ovviato a tale mancanza, prevedendo una serie di diritti per la difesa, di tipo informativo, partecipativo e impugnatorio, che il legislatore italiano ha ritenuto, evidentemente, irrinunciabili nel nostro ordinamento, al fine di assicurare la legalità dell'atto di indagine o di prova ed il rispetto dei diritti fondamentali. Esse si applicano in ogni caso, a prescindere da eventuali richieste dell'autorità straniera. Tuttavia, anche le garanzie stabilite nel decreto attuativo presentano lacune rilevanti, specie con riguardo alla persona offesa dal reato, che è del tutto ignorata.

Ma è soprattutto sul piano dei *principi* che si segnalano le novità di più ampia portata. L'ordine europeo di indagine marca il deciso passaggio dal sistema della mutua assistenza a quello del mutuo riconoscimento, sia pure in forma temperata, con un ribaltamento della prospettiva che comporta un cambio epocale: la rogatoria (che risale al 1959, essendo prevista dalla Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale di Strasburgo), ossia la richiesta di acquisizione della prova indirizzata dall'autorità esecutiva di uno Stato all'autorità esecutiva di altro Stato, che ha ampi poteri discrezionali in merito alla decisione di accoglimento ed ai tempi di esecuzione, viene sostituita da un ordine indirizzato all'autorità giudiziaria, che lo riconosce tempestivamente e ne assicura l'esecuzione nello stesso modo e secondo le stesse modalità con cui procederebbe se l'atto richiesto fosse stato disposto da un'autorità nazionale, salvo limitate possibilità di rifiuto derivanti dal rispetto dei principi generali dell'ordinamento e di quelli fondamentali. E', dunque, venuto meno il filtro dell'autorità politica, che viene ora solo informata della richiesta ed eventualmente interpellata, in ausilio dell'autorità giudiziaria, al mero fine di

risolvere difficoltà pratiche concernenti le comunicazioni della ricezione della richiesta ovvero la trasmissione della stessa all'autorità estera.

Eppure, le innovazioni introdotte dall'OEI sono ben più profonde perché attingono i paradigmi stessi della nostra tradizione giuridica e, più in generale, culturale e la loro effettiva portata potrà essere misurata solo nel corso degli anni a venire, anche in relazione alla esperienze applicative che matureranno. Introducendo il vaglio di proporzionalità e adeguatezza, la nuova normativa modifica significativamente i consueti parametri giuridici, prevendendo clausole aperte che dovranno essere riempite di contenuti dall'interprete e dall'operatore pratico, con evidenti incertezze ed imprevedibilità delle soluzioni, almeno fino a quando non si consolideranno gli orientamenti giurisprudenziali.

2. La procedura passiva. La scansione per fasi: ricezione, riconoscimento o rifiuto (ovvero restituzione della richiesta), esecuzione, trasferimento del risultato, impugnazione

La scansione per fasi della procedura e, segnatamente, tra riconoscimento ed esecuzione, rappresenta un *novum* rispetto al mandato di arresto europeo, ossia l'altro strumento di mutuo riconoscimento, il primo ad essere stato introdotto nell'ordinamento, e costituisce essa stessa una garanzia per la difesa perché implica che il potere dell'autorità si estrinsechi attraverso modalità e forme prestabilite e controllabili, rendendone sindacabile l'operato. In questa direzione si rafforza il principio di legalità, che diviene criterio di valutazione del comportamento fino a comprenderne l'aspetto teleologico. Il soggetto sceglie di instaurare una certa situazione oggettiva secondo il tenore della disposizione, perché vi è un rapporto di necessità tra la condotta – mezzo – e lo scopo funzionale, che si raggiunge attraverso la conformità alla norma. Peraltro il collegamento in modo immediato degli effetti al modello legale fa sì che il fatto, oltreché giuridicamente rilevante debba essere efficace; sicché rilevanza ed efficacia coincidono cronologicamente se si rispettano le forme prescritte.

In particolare, quanto alla procedimentalizzazione della procedura passiva, essa è scandita in cinque sequenze: ricezione della richiesta, riconoscimento o rifiuto dell'ordine di indagine, esecuzione dell'ordine, trasferimento del risultato investigativo o probatorio ed impugnazione del decreto di riconoscimento.

Tali fasi sono necessarie, salvo l'ultima, che è ovviamente eventuale perché rimessa all'iniziativa della difesa; e va posto in debito risalto che sono tutte assistite da specifiche garanzie difensive, ad eccezione della prima. Esse, come si è detto, sono accomunate dalla previsione di tempi massimi di definizione molto contenuti (sebbene ordinatori): tra i trenta ed i sessanta giorni, decorrenti dalla ricezione della richiesta, per il riconoscimento ed ulteriori novanta, decorrenti dal riconoscimento, per l'esecuzione e trasmissione delle prove (ma il termine sia del riconoscimento che dell'esecuzione può essere abbreviato su richiesta dell'autorità emittente, se «sussistono ragioni di urgenza o di necessità»: art. 4, commi 1 e 2 del decreto attuativo), sicché la procedura dovrebbe concludersi, al più tardi, entro complessivi centocinquanta giorni dalla ricezione della richiesta. La direttiva, ma non anche la legge italiana, prevede una consultazione con l'autorità di emissione sul momento appropriato per compiere l'atto di indagine, qualora *per l'autorità di esecuzione non sia possibile rispettare il termine di novanta giorni per l'esecuzione* (art. 12 § 6 direttiva)⁴⁰.

Siffatta successione teleologica di attività si caratterizza per adempimenti alquanto peculiari. Come bene messo in evidenza nelle prime interpretazioni giurisprudenziali della normativa, si tratta infatti di «fasi temporalmente e logicamente connesse, ma fra loro ben distinte sul piano strutturale e funzionale, e in nessun modo sovrapponibili, poiché rispondenti a diversi presupposti giustificativi ed orientate a soddisfare diverse finalità, alla cui realizzazione o meno si ricollegano effetti diversi, anche sul piano della concreta operatività della procedura di cooperazione attivata dall'autorità di emissione (ad es. con riferimento agli esiti delle procedure di impugnazione previste nell'art. 13 D.Lgs. cit.)»⁴¹.

Ricezione

L'ordine di indagine deve essere redatto avvalendosi di un modulo standardizzato (Allegato A del decreto), unico per tutti gli Stati membri e non modificabile ma

⁴⁰ In generale, sulla procedura passiva si vedano, OPILIO S., *L'ordine europeo di indagine penale*, in FALATO F., *Appunti di cooperazione giudiziaria penale*, cit., pagg. 116 e ss., DE AMICIS G., *Dalle rogatorie all'ordine europeo di indagine: verso un nuovo diritto della cooperazione giudiziaria penale*, cit., pag. 1 e ss., MANGIARACINA A., *Il procedimento di esecuzione dell'OEI e i margini nazionali di rifiuto*, in *L'ordine europeo di indagine penale. Il nuovo volto della raccolta transnazionale delle prove nel d.lgs. n. 108 del 2017*, cit., pagg. 105 e ss., SPAGNOLO P., *I presupposti ed i limiti dell'ordine di indagine europeo nella procedura passiva*, in *La nuova cooperazione giudiziaria penale, Dalle modifiche al codice di procedura penale all'Ordine europeo di indagine*, cit., pagg. 263 e ss., RAFARACI T., *Il procedimento passivo di riconoscimento ed esecuzione*, ibidem, pagg. 295 e ss., LORENZETTO E., *I diritti della difesa nelle dinamiche dell'ordine europeo di indagine penale*, ibidem, pagg. 337 e ss..

⁴¹ Cass. pen., sez. VI, 31 gennaio 2019, n. 8320 e 7 febbraio 2019, n. 14413, in *CED Cassazione*.

eventualmente integrabile, compilando obbligatoriamente tutti i campi indicati, relativi alle informazioni necessarie.

Il procuratore distrettuale, ricevuto l'ordine europeo di indagine (direttamente dall'autorità giudiziaria estera ovvero attraverso il sito della Rete giudiziaria europea, o per il tramite di *Eurojust*), deve, in primo luogo, comunicare all'autorità di emissione, entro sette giorni, di aver ricevuto l'ordine (art. 6 comma 1, decreto attuativo) e, quindi, assolvere entro un termine non specificato dalla legge, ma comunque al più presto, gli ulteriori obblighi informativi nei confronti del Ministero della Giustizia («in ogni caso») e del Procuratore antimafia ed antiterrorismo (eventualmente, ossia «se si tratta di indagini relative a delitti di cui all'art. 51, commi 3-bis e 3-quater, del codice di procedura penale»), ai sensi dell'art. 4, comma 1, del decreto.

La *comunicazione all'autorità di emissione* deve esser fatta mediante l'invio di un modulo standardizzato, appositamente predisposto (Allegato B), che va compilato anche nella parte relativa alle «modalità di esecuzione quando da esse deriva l'impossibilità di assicurare la riservatezza sui fatti e sul contenuto dell'ordine di indagine». Il contenuto dell'atto è pertanto prestabilito e la sua finalità è meramente informativa. Il termine per l'adempimento, di tipo formale, è estremamente contenuto. Tali caratteristiche sono del tutto coerenti con la finalità di rendere più snella e rapida la procedura, obiettivo espressamente perseguito dalla normativa europea.

Non sono indicate, invece, specificamente le modalità di informazione al Ministro della Giustizia ed al Procuratore nazionale antimafia ed antiterrorismo, ma si ritiene che vada ad essi trasmessa una copia della richiesta ricevuta, al pari di quanto stabilito per il mandato di arresto europeo.

E', questa, l'unica forma di coinvolgimento dell'autorità centrale, che viene così opportunamente messa a conoscenza della richiesta. Nella procedura attiva non è previsto analogo obbligo di comunicazione, ma solo la possibilità dell'autorità giudiziaria nazionale di avvalersi dell'ausilio dell'autorità centrale, «se necessario», per la trasmissione dell'ordine all'autorità di esecuzione, vale a dire nel caso in cui sorgano difficoltà materiali (art. 32 decreto attuativo). Il Ministro della Giustizia può intervenire, in entrambi i casi, solo nella fase iniziale ed unicamente al fine di agevolare la comunicazione degli atti tra le autorità giudiziarie coinvolte (art. 7, comma 3, della direttiva).

La *prima verifica* che il procuratore deve compiere, al momento della ricezione dell'ordine, concerne la sua *competenza territoriale*: se ritiene che gli atti richiesti debbano essere compiuti in altro distretto, trasmette immediatamente gli atti all'altro ufficio, «dando comunicazione all'autorità di emissione». Non è previsto che analoga comunicazione debba esser fatta anche al Ministero della Giustizia ed al Procuratore nazionale antimafia ed antiterrorismo ma sarebbe buona prassi effettuarla. In caso di contrasto sulla competenza, si applica la disciplina codicistica posta dagli artt. 54, 54 *bis* e 54-*ter* (art. 4, comma 6).

La trasmissione ad altro ufficio è disposta anche quando gli atti richiesti devono essere compiuti in più distretti, se l'esecuzione del maggior numero di essi o di quello di maggiore importanza investigativa, se di eguale numero, deve avvenire in altro distretto (art. 4, comma 5). L'individuazione dell'atto investigativo più importante può non essere immediata o agevole, considerato anche che l'autorità di esecuzione non conosce gli altri elementi investigativi contenuti nel fascicolo dell'omologo straniero, e potrebbe pertanto essere opportuna, in caso di dubbio, una interlocuzione con quest'ultimo, anche se non espressamente prevista dalla legge, nell'ottica del rapporto dialogico tra autorità giudiziarie, cui tutta la procedura è improntata.

Se poi la richiesta integra o completa un precedente ordine di indagine, la competenza al riconoscimento ed all'esecuzione spetta al procuratore che ha provveduto su quest'ultimo (art. 4, comma 7).

Una volta verificata la competenza territoriale, si apre la fase vera e propria del riconoscimento ovvero del rifiuto di riconoscimento.

Riconoscimento o rifiuto (ovvero restituzione della richiesta)

E' la fase centrale e più delicata della procedura, nella quale spicca il ruolo del procuratore della Repubblica presso il tribunale del capoluogo dei distretto, cui spettano le verifiche sulla sussistenza delle condizioni di legittimità per il riconoscimento dell'ordine e per l'adozione degli atti esecutivi.

Questi deve infatti accertare se ricorrono o meno situazioni ostative, che si possono distinguere in formali o esterne (difetto di legittimazione dell'autorità emittente, incompletezza dell'ordine ed erroneità delle informazioni fornite, non corrispondenza delle stesse al tipo di atto richiesto) e sostanziali o interne, ossia concernenti i motivi di rifiuto codificati dalla legge e tutti obbligatori (secondo la scelta del legislatore italiano, sebbene la

direttiva lasciasse agli Stati membri la scelta se stabilirne la facoltatività o l'obbligatorietà), nonché il rispetto del principio di proporzionalità. Si tratta di un vaglio che concerne la ammissibilità stessa della domanda di cooperazione giudiziaria e la possibilità di dare seguito alla richiesta dell'autorità straniera, vaglio che deve essere effettuato secondo regole sue proprie, come stabilite dal decreto attuativo agli articoli 2, comma 1), lettera a), 7, 9 (commi 1, 2 e 3) e 10.

La prima verifica riguarda la *provenienza dell'atto da un'autorità giudiziaria ovvero da un'autorità amministrativa competente in base alla legge nazionale* (come indicata nelle apposite dichiarazioni notificate da ciascuno Stato alla Commissione, ai sensi dell'art. 33, lett. a) della direttiva, disponibili sul sito della Rete giudiziaria europea) *sempre che vi sia stata la convalida giudiziale*: è noto infatti che, in alcuni Paesi (Belgio, Germania, Lettonia ed altri), è consentita l'emissione dell'ordine anche ad autorità amministrative indipendenti, ad autorità di polizia o doganali, a tribunali amministrativi. In caso di esito negativo, il procuratore distrettuale emette un *decreto di restituzione* (art. 10 comma 3), senza che sia prevista né necessaria la previa interlocuzione con l'autorità estera.

Non è invece stabilito che la richiesta possa essere rifiutata se non redatta in italiano, sebbene sia solo questa (e non anche altra lingua ufficiale delle istituzioni europee, in aggiunta a quella nazionale, secondo una facoltà riconosciuta dalla direttiva agli Stati membri, ed anzi incentivata: art. 5 § 2) la lingua che l'Italia ha indicato per la sua redazione ed accettazione (salvi gli accordi bilaterali con Germania ed Austria, che prevedono che essi possano essere in lingua tedesca, in base al principio di reciprocità). Ove l'ordine venisse trasmesso in lingua non italiana, la questione dovrebbe auspicabilmente essere risolta mediante la sollecita traduzione dell'atto, anche avvalendosi dell'ausilio dei soggetti facilitatori (*Eurojust*), sulla base alla regola, unanimemente condivisa, di cortesia e di collaborazione internazionali.

Il procuratore deve poi accertare l'eventuale *esistenza di motivi di rifiuto*, quali codificati nell'art. 10, comma 1, ossia: incompletezza dell'ordine, erroneità delle informazioni o non corrispondenza col tipo di atto richiesto (lett. a), riconoscimento di immunità da parte della legge italiana (lett. b), rischio di pregiudizio per la sicurezza nazionale (lett. c), violazione del divieto del *ne bis in idem* (lett. d), incompatibilità con gli obblighi sanciti dall'art. 6 TUE e dalla Carta dei diritti fondamentali (lett. e) e mancanza del requisito della doppia incriminazione (lett. f), salvo che si proceda per uno dei trentadue

reati elencati nell'art. 11 (ossia tutti quelli per i quali è sempre consentito il mandato di arresto europeo: associazione a delinquere, terrorismo, tratta di esseri umani, sfruttamento sessuale di minori, traffico illecito di stupefacenti e di armi, corruzione, frode, riciclaggio, falsificazione di monete, ecc., puniti con almeno tre anni di detenzione), ritenuti *ex se* di particolare gravità, tale da non consentire la frapposizione di ostacoli alla cooperazione giudiziaria. In tal caso il principio del mutuo riconoscimento opera pertanto nella sua forma pura, ossia senza contemperamenti, come pure per le violazioni tributarie, doganali o valutarie (art. 10, comma 2). Tra i motivi di rifiuto non figura, invece, il principio di territorialità e, quindi, non occorre, per il riconoscimento, che i fatti di reato per i quali si procede, siano stati, anche parzialmente, commessi in Italia.

Il riconoscimento può essere inoltre rifiutato in caso di impossibilità di eseguire l'ordine, configurabile «quando l'atto richiesto non è previsto dalla legge italiana o non ricorrono i presupposti che la legge italiana impone per il suo compimento», a meno che non possa compiersi un atto di indagine diverso ed egualmente idoneo allo scopo (art. 9, comma 3, richiamato dall'art. 10, e comma 1). La formulazione della disposizione pone la questione di stabilire quando un atto richiesto – diverso da quelli tipici – possa non essere previsto dalla legge italiana, posto che l'ordinamento consente prove atipiche (art. 189 c.p.p.).

Infine motivi specifici di rifiuto sono previsti in relazione a singoli mezzi di prova: la limitazione a determinate categorie di reati o a reati punibili entro certe soglie (intercettazioni), il mancato consenso dell'interessato e la contrarietà dell'atto ai principi fondamentali dello Stato di esecuzione (trasferimento temporaneo, audizione della persona sottoposta ad indagini o all'imputato in videoconferenza).

Ancora, il procuratore distrettuale deve verificare che l'ordine di indagine sia «proporzionato» e tale non è quello dal quale possa derivare «un sacrificio ai diritti e alle libertà dell'imputato o della persona sottoposta alle indagini o di altre persone coinvolte dal compimento degli atti richiesti, non giustificato dalle esigenze investigative o probatorie del caso concreto», in rapporto alla «gravità dei reati per i quali si procede e della pena per essi prevista» (art. 7). Il legislatore italiano ha opportunamente integrato, sotto questo profilo, la assai più scarna disposizione della direttiva («l'emissione dell'OEI è necessaria e proporzionata ai fini del procedimento di cui all'articolo 4, tenendo conto dei diritti della persona sottoposta alle indagini o imputata»: art. 6 §1, lettera a), prevedendo che il vaglio da

compiere sia triplice e comprenda valutazioni da farsi in astratto e con riferimento al caso concreto, come si è detto nel precedente capitolo, al paragrafo 3.

Viceversa, il vaglio di proporzionalità (ma non la verifica dell'insussistenza di motivi di rifiuto) è escluso con riguardo ad una serie di atti che sono in ogni caso dovuti, quali l'acquisizione dei verbali di prove in altro procedimento e di informazioni contenute in banche dati accessibili all'autorità giudiziaria, l'audizione delle persone informate sui fatti, del testimone, del consulente e del perito, della persona offesa e di quella sottoposta alle indagini o dell'imputato presenti nel territorio nazionale, gli atti di indagine non coercitivi («che non incidono sulla libertà personale e sul diritto all'inviolabilità del domicilio») e l'identificazione di persone titolari di uno specifico numero telefonico o indirizzo di posta elettronica o IP (art. 9, comma 5, del decreto).

All'accertamento della sussistenza di una delle situazioni ostative sopra menzionate – compresa l'inadeguatezza di atti diversi, in caso di impossibilità di esecuzione di quello richiesto o di non proporzione del mezzo – consegue la *decisione di rifiuto del riconoscimento* (art. 6, comma 4), che tuttavia non può essere adottata prima di informare il collega estero che non sussistono le condizioni per il riconoscimento, «al fine di rimuovere, ove possibile, il motivo di rifiuto» (art. 6, comma 2) ovvero, allorché l'atto richiesto non sia proporzionato, «al fine di valutare l'opportunità di una nuova richiesta o di ritirare l'ordine di indagine» (art. 6, comma 3) o di concordare «il compimento di uno o più atti diversi e comunque idonei al raggiungimento del medesimo scopo» (art. 9, comma 2).

Si apre così la prima di una serie di possibili interlocuzioni e consultazioni tra le autorità giudiziarie interessate (non limitate alla mera comunicazione degli atti), sempre consentite, ed anzi incentivate, nel corso delle varie fasi della procedura, anche durante quella esecutiva, mediante la configurazione di veri e propri obblighi informativi a carico dell'autorità di esecuzione. Tali obblighi sono diretta derivazione, ed ulteriore articolazione, della scelta innovativa di fondo di eliminare il filtro dell'autorità centrale e di basare la cooperazione giudiziaria penale sul rapporto diretto tra autorità giudiziarie.

Il metodo dialogico tra costoro costituisce uno dei fili rossi che sottendono l'intera disciplina e rappresenta, a mio avviso, una delle novità più significative della normativa in questione, sia per gli obiettivi immediati – agevolare il superamento di eventuali difficoltà materiali e giuridiche ed individuare una soluzione concordata per il buon esito della procedura, compreso il miglior bilanciamento tra i contrapposti interessi in gioco, in vista

dell'obiettivo finale di rendere utilizzabile in giudizio il risultato probatorio – sia per gli effetti mediati e virtuosi, ossia favorire, attraverso il dialogo, la conoscenza dei rispettivi sistemi giudiziari e corroborare un clima di reciproca fiducia tra le autorità giudiziarie e quindi tra gli Stati membri. D'altra parte, la fiducia costituisce il presupposto per la migliore operatività del principio del mutuo riconoscimento e per il più efficiente funzionamento dei meccanismi di cooperazione.

Tale dialogo è tanto più importante per la delicatezza delle valutazioni che l'autorità di esecuzione è chiamata a compiere e per l'ampiezza delle facoltà che può esercitare, che vanno dalla individuazione delle concrete modalità di compimento dell'atto quali risultano dalla combinazione della *lex fori* con la *lex loci* – combinazione che evidentemente deve esser fatta caso per caso e che può variare in ragione delle diverse richieste provenienti dall'autorità estera – fino al compimento di un atto addirittura alternativo e diverso da quello richiesto ma che, sempre a giudizio del procuratore distrettuale, è idoneo a raggiungere lo stesso risultato col minore sacrificio dei diritti e delle libertà individuali.

Il criterio guida cui devono essere improntate tali valutazioni è quello del bilanciamento delle esigenze pubbliche all'accertamento dei reati con i diritti fondamentali delle persone coinvolte nella procedura, che, come si è detto, rappresenta una sorta di precondizione, un *prius*, del riconoscimento e dell'esecuzione dell'ordine.

Superata positivamente la verifica delle condizioni di legittimità ovvero rimossi gli ostacoli grazie all'interlocuzione con l'autorità straniera (per esempio, ovviando all'immunità mediante la richiesta ed il rilascio dell'autorizzazione a procedere: art. 9, comma 4), anche con la possibile individuazione di un atto esecutivo diverso, il procuratore distrettuale – ove non disponga il rinvio per esigenze investigative (art. 14, comma 1) – emette, entro un termine che varia tra trenta e sessanta giorni dalla ricezione della richiesta (ma che, come si è sopra detto, può essere abbreviato su richiesta dell'autorità di emissione) un *decreto di riconoscimento* che deve essere *motivato* (art. 4, comma 1).

La centralità della motivazione è strettamente connessa all'importanza delle valutazioni che il procuratore distrettuale è chiamato a compiere ed già stata opportunamente evidenziata, nelle prime esperienze applicative, dalla giurisprudenza di legittimità, che ne ha individuato i concreti contenuti in coerenza con le finalità per cui il decreto di riconoscimento è previsto: essa dà conto della verifica della sussistenza dei requisiti formali (legittimazione dell'autorità emittente, completezza dell'ordine e

correttezza delle informazioni fornite, corrispondenza delle stesse al tipo di atto richiesto) e di quelli sostanziali, come sopra detti, tra i quali segnatamente la compatibilità con gli obblighi sanciti dall'art. 6 TUE e dalla Carta dei diritti fondamentali. Comporta perciò, per la Suprema Corte «un attento sindacato, esteso finanche sulla tipologia e le conseguenze dell'atto richiesto attraverso il test di proporzionalità»⁴² (salve sempre le deroghe previste dall'art. 9); pertanto, si estende anche alle ragioni giustificative della compressione dei diritti individuali ed al bilanciamento tra le esigenze della cooperazione e quelle di tutela dei diritti fondamentali dei soggetti in essa coinvolti. Essa è essenziale nella prospettiva della difesa, consentendo la piena contestazione dell'atto in sede di impugnazione; ne consegue che deve essere esplicitata, quanto meno tutte le volte che si tratti di compiere atti particolarmente invasivi della sfera privata dei soggetti coinvolti.

Proprio per tale ragione, il riconoscimento dell'ordine di indagine non può avvenire in via di fatto, sul presupposto della mera comunicazione della ricezione all'autorità di emissione e mediante la successiva emissione degli atti esecutivi⁴³, e nemmeno può essere superato dalla riproduzione (sia pure quasi integrale) del contenuto dell'ordine di indagine nel decreto di sequestro probatorio, che è atto esecutivo e, pertanto, non equipollente al decreto di riconoscimento⁴⁴.

Altro è infatti il controllo – che la Corte di Cassazione definisce «non meramente formale, ma sostanziale» – sulla sussistenza delle condizioni che giustificano la cooperazione giudiziaria e consentono di darle impulso, altro sono i singoli atti di indagine o di prova, che presuppongono il riconoscimento e che, costituendo l'oggetto della richiesta proveniente dall'autorità straniera, hanno natura esecutiva. Ciò anche in considerazione del fatto che l'impugnazione del decreto di riconoscimento è consentita entro cinque giorni dalla sua comunicazione e che pertanto, in caso di mancata adozione del provvedimento formale, vi sarebbero incertezze in merito all'individuazione del *dies a quo*.

Il mancato assolvimento dell'obbligo motivazionale, nei termini detti, integra la nullità prevista dall'art. 125, comma 3, c.p.p., disposizione che esprime un principio generale dell'ordinamento in materia di forma degli atti e di effetti derivanti dalla sua inosservanza, applicabile ogniqualvolta non sia prevista una diversa sanzione. Sulla scorta

⁴² Cass. pen., n. 14413 del 2019, *cit.*

⁴³ Cass. pen., *ult. cit.*

⁴⁴ Cass. pen., *ult. cit.* nonché n. 8320 del 2019, *cit.*

di tali considerazioni, significativamente la Cassazione ha censurato l'ordinanza del giudice per le indagini preliminari che aveva escluso la configurabilità della nullità del decreto di riconoscimento per omessa motivazione muovendo dall'assunto che il D. Lg. n. 108 del 2017 non avrebbe «introdotto alcuna 'speciale' ipotesi di invalidità, anche in relazione al principio di tassatività previsto dall'art. 177 c.p.p.»⁴⁵.

Il riconoscimento è una prerogativa esclusiva del procuratore distrettuale, che è l'unico soggetto competente ad emetterlo, anche quando l'atto di indagine deve essere compiuto dal giudice (su richiesta dell'autorità di emissione, e quindi in base alla *lex fori*, ovvero perché richiesto dalla legge italiana, e quindi in base alla *lex loci*): in tal caso il procuratore emette il decreto di riconoscimento e richiede l'esecuzione dell'ordine al giudice, il quale l'autorizza «previo accertamento delle condizioni per il riconoscimento» (art. 5, comma 2). Si è, in tal modo, voluto assegnare al giudice un autonomo potere di valutazione circa la sussistenza dei necessari requisiti di legittimità dell'ordine, così recuperando la garanzia del controllo giudiziale (la relazione illustrativa chiarisce che questi «non è un mero esecutore della richiesta»).

Il vaglio giudiziale sul riconoscimento è, pertanto, sempre garantito: in ogni caso e, quindi, d'ufficio, se competente all'esecuzione è il giudice, ed in via eventuale, ossia «su richiesta delle parti», qualora per l'esecuzione sia competente il procuratore distrettuale, attraverso il riconoscimento del potere di impugnazione del decreto di riconoscimento (art. 13, comma 5), come meglio si dirà più avanti. Semmai deve rilevarsi un non perfetto coordinamento tra l'art. 5, comma 2, che estende l'accertamento giudiziale a tutte le condizioni per il riconoscimento, sia formali sia sostanziali, e l'art. 13, comma 5, che sembra delimitare il potere di contestazione delle parti alla sola ricorrenza di motivi di rifiuto.

Il giudice provvede, in entrambi i casi, in camera di consiglio (art. 5, comma 3) e può annullare il decreto di riconoscimento.

Merita evidenziare che nessuna disposizione è dettata con riguardo al caso in cui il giudice si ritenga incompetente: per supplire a tale lacuna è stata proposta l'applicazione, in via analogica, dell'art. 724, comma 6, c.p.p., dettata in materia di rogatorie, secondo cui la risoluzione dell'eventuale conflitto compete alla Corte di cassazione.⁴⁶

⁴⁵ Cass. pen., n. 14413 del 2019, *cit.*.

⁴⁶ RAFARACI T., *Il procedimento passivo di riconoscimento ed esecuzione*, *cit.*, p. 300.

Il decreto di riconoscimento deve essere comunicato «immediatamente» all'autorità di emissione (art. 6, comma 4), nonché al difensore dell'indagato, entro il termine stabilito ai fini dell'avviso cui ha diritto secondo la legge italiana per il compimento dell'atto (art. 4, comma 4), vale a dire, prima del suo compimento per interrogatori e videoconferenze, ispezioni, individuazioni di persona, confronto, ovvero senza preavviso, al momento del compimento o subito dopo, per gli atti a sorpresa (perquisizioni e sequestri probatori).

Diversamente, non è dovuta alcuna comunicazione nel caso in cui non sia prevista l'assistenza difensiva (intercettazioni, accertamento tecnico, individuazione di cose, interrogatorio di persone imputate in processo connesso) oppure l'atto rientri tra quelli per i quali il procuratore deve provvedere «in ogni caso» all'esecuzione (acquisizione di verbali di prove e informazioni da banche dati, tabulati telefonici, file di log, assunzioni a SIT di persone informate sui fatti, atti non coercitivi: art. 9, comma 5). La comunicazione non viene inoltre effettuata quando l'esecuzione compete al giudice, ma siccome questi provvede in camera di consiglio ai sensi dell'art. 127 c.p.p. (art. 5, comma 3), la partecipazione della difesa è comunque garantita e la comunicazione del decreto è superata dall'avviso di fissazione dell'udienza.

La prima questione, in mancanza di apposite previsioni, concerne *l'individuazione del difensore al quale la comunicazione deve essere effettuata*, se a quello straniero eventualmente nominato (di fiducia o d'ufficio) nello Stato di emissione ovvero ad uno italiano, eventualmente da nominarsi d'ufficio per l'incombente.

La prima soluzione presenta inconvenienti pratici che potrebbero facilmente risolversi in svantaggi per l'indagato o l'imputato, atteso che, per esempio, la distanza territoriale, la diversa lingua, la mancata conoscenza delle regole procedurali dello Stato di esecuzione, oltre che i costi per il trasferimento, potrebbero concretamente pregiudicare la possibilità del difensore straniero di partecipare al compimento dell'atto a sorpresa o comunque di avere immediata conoscenza degli atti, con ripercussioni anche sull'esercizio della facoltà di impugnazione, data la ristrettezza del termine assegnato (cinque giorni dalla comunicazione del decreto). Essa può essere poi non del tutto compatibile con le esigenze di celerità della comunicazione stessa.

Sembra preferibile la seconda opzione, dovendo considerarsi il soggetto, pur eventualmente assistito da un difensore di fiducia nel Paese di emissione, privo invece di difesa nel territorio italiano, tanto più che nell'Unione Europea gli avvocati di altro Stato

membro devono agire «di concerto» con un avvocato abilitato in Italia (art. 6, l. n. 31/1982) e quindi, in ogni caso, il difensore straniero dovrà farsi assistere da un collega italiano⁴⁷. Ciò presuppone inoltre che i due legali siano messi nelle condizioni di entrare celermente in contatto tra loro e scambiarsi le informazioni necessarie, al fine di consentire a quello interno di approntare un'adeguata difesa. Si registra, al riguardo, una significativa diversità rispetto alla disciplina del mandato europeo, che espressamente contempla il diritto alla duplice difesa, nello Stato di emissione ed in quello di esecuzione (direttiva 2013/48/UE, attuata col d. lgs. n. 184/2016).

E' stato messo in rilievo che la funzione della comunicazione è quella di assicurare alla difesa il pieno esercizio delle garanzie di partecipazione all'esecuzione dell'atto e l'esercizio del potere di impugnazione, per il quale peraltro è stabilito, come si è anticipato, il termine – assai stringente – di cinque giorni, decorrente proprio dalla comunicazione⁴⁸.

In piena adesione con tale approccio, la Corte di cassazione ha ritenuto, con riguardo ad un ordine europeo di indagine avente ad oggetto la richiesta di perquisizione e sequestro a fini probatori in relazione a reati in materia dell'evasione di IVA, che *la tardiva comunicazione del decreto di riconoscimento* (ossia oltre il termine di cinque giorni prevista dall'art. 4, comma 4, decreto attuativo) integri una violazione del diritto di difesa, sanzionata con la nullità intermedia, ai sensi dell'art. 178, comma 1, lett. c), c.p.p., in quanto «La comunicazione tempestiva del decreto di riconoscimento dell'o.i.e. è finalizzata ... a consentire alla parte interessata la possibilità di tutelarsi eccependo immediatamente la presenza di eventuali motivi di rifiuto del riconoscimento o dell'esecuzione, ovvero l'assenza di proporzionalità dell'attività richiesta, ed ottenere di conseguenza, in caso di annullamento del decreto, il blocco stesso della esecuzione dell'ordine di indagine (ex art. 13, comma 6), o comunque della ulteriore trasmissione dei risultati di prova acquisiti, se l'esecuzione è ancora in corso. Il decorso della procedura di esecuzione dell'o.i.e. in assenza di una rituale comunicazione del decreto di riconoscimento ai sensi dell'art. 4, comma 4, D.Lgs. cit. determina un duplice effetto negativo in violazione dei diritti della difesa: non consente alla parte interessata di contestare, attraverso l'unico rimedio impugnatorio esperibile con l'atto di opposizione (seguito, se del caso, dal ricorso in cassazione per violazione di legge), la

⁴⁷ *Ibidem*, pag. 304, ed inoltre, LORENZETTO E., *cit.*, pag. 352, e BELFIORE R., *Su alcuni aspetti del decreto di attuazione dell'ordine europeo di indagine penale*, in *Cass. pen.*, 2018, pag. 405.

⁴⁸ LORENZETTO E., *ibidem*.

presenza di eventuali ragioni ostative all'esecuzione degli atti richiesti con l'o.i.e., né le consente di impedire, nell'ipotesi in cui la procedura di impugnazione sia prontamente definita con l'accoglimento dell'opposizione, la trasmissione di tutta o di buona parte dei risultati di prova in tal modo acquisiti sul territorio dello Stato dalla richiedente autorità dello Stato membro di emissione»⁴⁹.

Merita altresì evidenziare che la Cassazione, oltre a confermare l'infondatezza della tesi secondo cui l'inosservanza dell'immediatezza della comunicazione del decreto alla difesa non sia presidiata da sanzioni, in mancanza di apposita previsione nel decreto di attuazione dell'OEI ed alla luce del principio di tassatività delle sanzioni processuali, ha confutato l'assunto del pubblico ministero che il sindacato del giudice, in sede di opposizione *ex art. 13*, sarebbe limitato esclusivamente alla verifica delle legittimità del decreto di riconoscimento.

Non è invece prevista alcuna comunicazione del decreto di riconoscimento o di altri atti alla persona offesa dal reato, mai menzionata nella direttiva e dal decreto di attuazione. La lacuna è gravissima!

La direttiva fa talvolta riferimento alla «persona interessata» dall'atto di indagine, in apposite disposizioni, ma si tratta di soggetto diverso, terzo rispetto al procedimento penale (l'art. 5, §1, lett. c), prescrive che il modulo della richiesta debba essere compilato con le informazioni concernenti le persone interessate, l'art. 13, § 2, che il trasferimento della prova possa essere sospeso «se può provocare danni gravi e irreversibili alla persona interessata», l'art. 14, § 4, mira a «garantire che il diritto a tale impugnazione possa essere esercitato efficacemente dalle persone interessate»). Nulla aggiunge, al riguardo, il decreto attuativo, se non consentire l'impugnazione del decreto di riconoscimento dell'ordine avente ad oggetto il sequestro probatorio in favore dei soggetti attinti dalla misura (art. 13, comma 7). E tuttavia, al contempo e contraddittoriamente, nessuna comunicazione di tale decreto di riconoscimento è prevista in favore della persona cui la cosa è stata sequestrata o che avrebbe diritto alla restituzione, sebbene costoro siano tutti legittimati a proporre opposizione al giudice per le indagini preliminari. Si tratta di una chiara svista del legislatore, posto che il termine per l'impugnazione, come si dirà più avanti, decorre proprio dalla comunicazione.

⁴⁹ Cass. pen., sez. VI, n. 8320 e 14413 del 2019, *cit.*

Esecuzione

Entro novanta giorni dall'emissione del decreto di riconoscimento, il procuratore distrettuale o il giudice devono dare esecuzione all'ordine, «osservando le forme espressamente richieste dall'autorità di emissione che non siano contrarie ai principi dell'ordinamento giuridico italiano» (art. 4, comma 2). Si applica pertanto la *lex loci*, salvo che l'autorità emittente non richieda l'applicazione della *lex fori* e senza pregiudizio dei principi del nostro ordinamento, con l'eccezione delle operazioni sotto copertura (art. 21) e dei ritardi o le omissioni di atti di arresto o sequestro (art. 22), che soggiacciono in ogni caso alla disciplina italiana. Se la misura richiesta è il sequestro probatorio, l'ordine deve essere eseguito entro ventiquattro ore e comunque senza ritardo (art. 26 del decreto attuativo).

E' opinione unanimemente condivisa che l'applicazione combinata di *lex fori* e *lex loci* realizzi, in materia probatoria, l'attuazione del principio del mutuo riconoscimento in una forma temperata, replicando un'esperienza positiva avviata dalla Convenzione di Bruxelles del 2000. Il vantaggio è rappresentato dalla possibilità di dar corso alla richiesta di cooperazione penale evitando, per un verso, gli effetti autoritari dell'applicazione del mutuo riconoscimento in forma 'pura' e consentendo, per altro verso, il rispetto della normativa dello Stato membro nel quale il processo penale verrà celebrato e, per questa via, l'utilizzazione del risultato investigativo o probatorio.

L'autorità di emissione può chiedere di partecipare direttamente all'esecuzione dell'ordine di indagine ed il procuratore distrettuale può promuovere la costituzione di una squadra investigativa comune – nel qual caso si applicherà la relativa disciplina, con esclusione di quella prevista dal decreto n. 108/2017 – oppure può concordare con l'autorità straniera una diversa modalità, nel rispetto di eventuali prescrizioni impartite dal giudice per le indagini preliminari, quando competente. Il funzionario straniero che partecipa all'esecuzione ha la qualifica di pubblico ufficiale (art. 8). La sua partecipazione si sostanzia nel presenziare l'esecuzione ed eventualmente nel richiedere all'autorità italiana che vengano poste determinate domande nel corso dell'audizione di una fonte dichiarativa o che vengano effettuate determinate ricerche nel corso di una perquisizione; non gli è invece consentito di provvedere direttamente all'esecuzione dell'atto, se non nell'ambito di una squadra investigativa comune.

E' dunque prevista, anche nella fase esecutiva, una interlocuzione diretta tra le autorità coinvolte, finalizzate alla decisione di costituire una squadra investigativa comune ovvero di concordare le concrete modalità della partecipazione dell'autorità straniera. Tale interlocuzione concerne finanche le spese sostenute, che sono a carico dello Stato di esecuzione ma, se «di rilevante entità», possono essere eventualmente condivise con l'autorità di emissione (art. 15).

Circa le forme, il procuratore distrettuale emette direttamente i singoli atti investigativi, mentre il giudice li autorizza, con ciò dandovi esecuzione, con ordinanza pronunciata all'esito dell'udienza camerale prevista dall'art. 127 c.p.p., espressamente richiamato dall'art. 5, comma 3, del decreto attuativo. In questa udienza, come detto, egli accerta previamente la sussistenza delle condizioni per il riconoscimento dell'ordine e, in mancanza, lo annulla.

L'esecuzione dell'ordine avente ad oggetto il sequestro probatorio viene rinviata quando le cose, i documenti o i dati sono già sottoposti a vincolo e deve essere tempestivamente eseguito non appena questo cessa.

Una volta compiuta l'esecuzione, i verbali degli atti ai quali il difensore ha diritto di assistere sono depositati nella cancelleria del pubblico ministero, ai sensi dell'art. 366, comma 1, c.p.p..

Trasferimento del risultato

I verbali degli atti compiuti, i documenti e le cose oggetto della richiesta e i verbali di prove o gli atti acquisiti in altro procedimento devono essere trasmessi all'autorità di emissione «senza ritardo», anche mediante consegna diretta al suo rappresentante in caso di partecipazione diretta o di costituzione di una squadra investigativa comune (art. 12 del decreto), a meno che, quando venga proposta opposizione, l'autorità di esecuzione ritenga che possa derivarne grave e irreparabile danno all'indagato, all'imputato o alla persona comunque interessata al compimento dell'atto (art. 13, comma 4 del decreto).

E' consentito anche il trasferimento del corpo di reato e delle cose pertinenti al reato, previa autorizzazione giudiziale ove sia già stata esercitata l'azione penale e senza pregiudizio per la spedita trattazione del procedimento interno in corso (art. 12, comma 4). In tal caso è previsto che il giudice provveda «dopo aver sentito le parti» e quindi nel contraddittorio degli interessati.

Del trasferimento deve in ogni caso restare traccia, mediante «attestazione in forma scritta».

Evidentemente non vi sarà trasferimento di alcunché in caso di annullamento del decreto di riconoscimento da parte del giudice, che sia intervenuto prima dell'esecuzione dell'ordine.

3. *L'impugnazione*

La direttiva 2014/41/UE dedica l'articolo 14 ai «Mezzi d'impugnazione», ma tale disposizione non introduce una disciplina uniforme dei rimedi esperibili avverso gli ordini di indagine penale, in sede di emissione e/o di esecuzione, né questa è prevista dalla normativa europea con riguardo, in generale, ai provvedimenti adottati nell'ambito delle procedure di cooperazione giudiziaria internazionale che applicano strumenti di mutuo riconoscimento.

L'art. 14 si limita a prescrivere che:

- «1. Gli 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»,

- «2. Le ragioni di merito dell'emissione dell'OEI possono essere impugunate soltanto mediante un'azione introdotta nello Stato di emissione, fatte salve le garanzie dei diritti fondamentali nello Stato di esecuzione»,

- «4. Gli Stati membri assicurano che i termini per l'impugnazione siano eguali a quelli previsti in casi interni analoghi e siano applicabili in modo da garantire che il diritto a tale impugnazione possa essere esercitato efficacemente dalle persone interessate»,

- «7. (...). Fatte salve le norme procedurali nazionali, gli Stati membri assicurano che nei procedimenti penali nello Stato di emissione siano rispettati i diritti della difesa e sia garantito un giusto processo nel valutare le prove acquisite tramite l'OEI».

Nei restanti paragrafi la direttiva prevede che, salve le esigenze di riservatezza delle indagini, vengano fornite informazioni sulle possibilità di impugnazione secondo la legge nazionale, in tempi utili all'utilizzo (comma 3), che le autorità di emissione e di esecuzione si informino reciprocamente sui mezzi di impugnazione contro l'emissione, il riconoscimento e l'esecuzione di un OEI (comma 5), che l'impugnazione non sospende l'esecuzione dell'atto di indagine, salvo diversa previsione nazionale (comma 6), e che lo

Stato di emissione «tiene conto» dell'accoglimento dell'impugnazione, nello stato di esecuzione, avverso il riconoscimento o l'esecuzione (comma 7, prima parte).

Trovano quindi integrale applicazione le normative nazionali di settore, con gli unici limiti:

- quanto alle procedure passive, che gli Stati di esecuzione assicurino, avverso gli atti di indagine richiesti nell'OEI, rimedi impugnatori, se non identici, «equivalenti» a quelli previsti per atti interni analoghi, al contempo ponendo un limite invalicabile a tali impugnazioni, ossia che, con esse, possano essere contestate le ragioni di merito dell'emissione dell'OEI, deducibili esclusivamente innanzi allo Stato richiedente, e

- quanto alle procedure attive, che nei procedimenti penali siano rispettati i diritti della difesa e sia garantito un giusto processo nel valutare le prove acquisite tramite l'OEI.

Deve conseguentemente escludersi qualunque effetto, anche indiretto, di armonizzazione del quadro normativo concernente i mezzi di impugnazione, in ambito europeo, quanto meno in materia di prove.

Il decreto attuativo contiene una norma interamente dedicata alle impugnazioni nelle procedure passive, non del tutto sovrapponibile però all'art. 14 della direttiva perché, per un verso, ne amplia le previsioni e, per altro verso, stando al dato letterale, sembrerebbe restringerle: all'art. 13 il legislatore nazionale, andando oltre le prescrizioni della direttiva, ha introdotto un apposito mezzo di impugnazione, l'opposizione innanzi al giudice per le indagini preliminari, ed ha previsto inoltre che esso sia proponibile avverso il decreto di riconoscimento, ossia di un atto diverso da quelli d'indagine in senso stretto, menzionati nella direttiva. Nessun rimedio impugnatorio ha invece specificamente indicato o previsto avverso questi ultimi.

Più precisamente, l'art. 13 del decreto attuativo prevede due distinti rimedi, attivabili entrambi mediante opposizione al GIP nel termine – ordinario in mancanza di diversa previsione - di cinque giorni, decorrenti dalla comunicazione del decreto di riconoscimento, ma ciascuno con propri caratteri quanto a legittimazione, modalità, contestabilità della decisione:

- a) *l'opposizione avverso il decreto di riconoscimento*, che si svolge con forme semplificate, a contraddittorio solo documentale («Il giudice per le indagini preliminari decide, sentito il procuratore della Repubblica, con ordinanza. (..)»: comma 2) e si conclude, in caso positivo, con l'annullamento del decreto (comma 3). Legittimati sono l'indagato ed

il suo difensore (comma 1). L'esecuzione dell'ordine non è sospesa in pendenza di opposizione, ma il procuratore può decidere di non trasmettere all'autorità straniera i risultati dell'attività compiuta se ritiene che possa derivarne grave e irreparabile pregiudizio all'indagato, all'imputato o alla persona comunque interessata dal compimento dell'atto (comma 4). La decisione è inoppugnabile, e

b) *l'opposizione avverso il decreto di riconoscimento* dell'ordine di indagine avente ad oggetto il *sequestro probatorio* (comma 7), che si svolge con le forme previste dall'art. 127 c.p.p. e quindi in camera di consiglio, con la partecipazione eventuale delle parti, e che si conclude anch'essa, in caso di accoglimento, con l'annullamento del decreto. Legittimati sono l'indagato, l'imputato, il difensore e la persona alla quale la prova o il bene sono stati sequestrati e quella che avrebbe diritto alla loro restituzione, sebbene in favore di questi ultimi terzi non sia prevista la comunicazione del decreto il riconoscimento. La decisione è ricorribile per cassazione per violazione di legge, entro dieci giorni dalla comunicazione o notificazione. Neanche in tal caso l'esecuzione è sospesa (salvo che ricorra la diversa ipotesi prevista dall'art. 14, comma 2, ossia che la cosa sia già sottoposta a vincolo).

Va inoltre considerato che l'annullamento del decreto di riconoscimento può essere disposto dal giudice anche quando è competente per l'esecuzione, d'ufficio (art. 5, comma 3) oppure «su richiesta delle parti» (art. 13, comma 5). Quest'ultima ipotesi non configura evidentemente un caso di impugnazione in senso stretto perché si colloca all'interno di un procedimento in corso, ad iniziativa dell'autorità giudiziaria e non della parte, sebbene possano essere dedotti motivi di illegittimità della richiesta di cooperazione; si tratta di una forma di intervento (eventuale) durante l'*iter* formativo dell'atto autorizzativo, mediante partecipazione all'udienza camerale, fissata dal giudice ai sensi dell'art. 127 c.p.p..

In tal caso la garanzia del vaglio giudiziale, come pure la possibilità di intervento dell'indagato e del suo difensore, è pertanto preventiva, e non successiva, e non è conseguentemente prevista l'impugnazione avverso l'ordinanza del GIP. Legittimati a formulare la richiesta di annullamento sono soltanto l'indagato ed il suo difensore.

A livello applicativo, sono già emerse le prime criticità della disciplina delle impugnazioni prevista nel decreto attuativo, che riveste preminente rilievo per la tutela effettiva dei diritti della difesa. La mancata specifica previsione, all'art. 13 del d. lgs. n. 108/2017, di mezzi di impugnazione avverso gli atti esecutivi dell'ordine di indagine ha fatto registrare un contrasto in giurisprudenza: secondo una prima opzione interpretativa,

l'opposizione al GIP prevista dall'art. 13 è l'unico strumento esperibile avverso entrambi i tipi di atti.

Al riguardo, si segnala l'orientamento della giurisprudenza di legittimità⁵⁰ secondo cui «tale disposizione si riferisce, infatti, al complesso delle attività poste in essere ai fini dell'attuazione dell'ordine europeo di indagine proveniente dall'estero, che si incentrano, secondo quanto previsto dal precedente art. 4, sull'emanazione del decreto di riconoscimento dell'ordine di indagine e sull'esecuzione dell'ordine stesso. Dunque, l'opposizione proposta ai sensi dell'art. 13 potrà comprendere la deduzione di eventuali vizi genetici o di comunicazione del decreto di riconoscimento, come anche la contestazione delle modalità di attuazione dell'ordine d'indagine. Ne consegue che, laddove una perquisizione o un sequestro siano disposti in attuazione di un ordine europeo di indagine, il rimedio esperibile non è l'ordinaria richiesta di riesame, ma in ogni caso l'opposizione al GIP ai sensi dell'art. 13, non essendo ammissibile - perché contrario all'illustrata ratio di tale disposizione - un 'doppio binario' di tutela, di fronte al GIP per l'ordine di indagine e il decreto di riconoscimento, di fronte al tribunale del riesame per i provvedimenti conseguenti» (ossia gli atti esecutivi, che sono i singoli atti investigativi o probatori).

La sesta sezione della Cassazione penale, pur richiamando il precedente in questione, ha precisato che l'atto esecutivo di indagine non è impugnabile autonomamente dal decreto di riconoscimento perché la procedura posta dall'art. 13 del decreto attuativo, nella parte in cui non prevede che l'opposizione produca effetti sospensivi dell'esecuzione dell'ordine di indagine, è «plasticamente incompatibile con la possibilità di esperire i rimedi ordinari, previsti dall'ordinamento, avverso l'atto di esecuzione»: l'impugnazione col riesame del sequestro probatorio «finirebbe per sovrapporsi e duplicare la procedura di opposizione di cui all'art. 13, restando in ogni caso priva di un coordinamento normativo con le scadenze temporali impresse dal decreto legislativo alla cooperazione passiva» e l'avvio di due autonome e parallele procedure di impugnazione produrrebbe «effetti del tutto s coordinati tra loro». L'unicità del rimedio dell'opposizione al GIP è inoltre del tutto coerente col principio di tassatività dei mezzi di impugnazione⁵¹.

Secondo altro orientamento, sarebbe invece configurabile un doppio binario di tutela, strutturato sull'opposizione al GIP (solo) avverso il decreto di riconoscimento ed invece sul

⁵⁰ Cass. pen., sez. III, 11 ottobre 2018, n. 5940, in *CED Cassazione*.

⁵¹ Cass. pen., sez. VI, 14 febbraio 2019, n. 11491, in *CED Cassazione*.

riesame avverso gli atti esecutivi; ciò in forza della previsione che i verbali degli atti di indagine specificamente compiuti, ed ai quali il difensore dell'indagato ha il diritto di assistere, sono depositati nella segreteria del pubblico ministero e del richiamo espresso, fatto dall'art. 4, comma 8, decreto attuativo, all'art. 366, comma 1, c.p.p., nonché del principio sancito dall'art. 14 della direttiva 2014/41/UE. Solo l'opposizione al GIP prevista dall'art. 13 consente di sindacare la legittimità del decreto di riconoscimento, «non anche la eventuale richiesta di riesame proponibile avverso il decreto di perquisizione e sequestro, ossia nei confronti di un atto del tutto diverso, l'atto di indagine propriamente inteso, in ordine al quale ben differenti sono i parametri di censura e di valutazione da parte del Tribunale in tal modo adito»⁵². In sostanza, secondo la Corte altro è la verifica della legittimità dell'ordine di indagine – e quindi della richiesta di cooperazione giudiziaria, che concerne i requisiti ed il rispetto dei principi stabiliti nel decreto attuativo (inesistenza di motivi di rifiuto, proporzionalità e adeguatezza, ecc.) – per la quale il legislatore ha previsto un apposito rimedio, altro il controllo sulla legittimità del singolo atto esecutivo, nei cui confronti deve essere garantita, nello Stato di esecuzione, una tutela almeno equivalente a quella prevista per un atto interno analogo (art. 14 direttiva 2014/41/UE) e trovano dunque applicazione gli ordinari rimedi impugnatori.

Entrambe le soluzioni prestano il fianco a critiche e, al contempo, a vantaggi – già posti in evidenza dagli studiosi, anch'essi divisi sulla questione – stanti la diversa natura dei rimedi ed il diverso grado di ampiezza delle possibilità difensive.

Militano a favore della prima esigenze di semplificazione, economicità e razionalizzazione, anche se non manca di evidenziarsi che essa è praticabile solo estendendo l'ambito applicativo dell'opposizione al GIP fino a ricomprendere la possibilità di contestare anche i presupposti di emissione di perquisizione e sequestro previsti dalla legge nazionale, e quindi così forzando la lettera della legge con una interpretazione adeguatrice, essendo contraria ai principi dell'ordinamento la mancata attivabilità di rimedi impugnatori avverso gli atti di indagine esecutivi.

A favore invece del 'doppio binario' è stato osservato che si tratta di soluzione imposta dalla direttiva 2014/41/UE, laddove prescrive di assicurare una tutela impugnatoria equivalente a quella interna, che è il riesame, perché tale non può essere considerata la

⁵² Cass. pen., sez. VI, n. 8320 del 2019 e n. 14413 del 2019 *cit.* nonché sez. III, 29 novembre 2018, n. 4244, in *CED Cassazione*.

speciale opposizione al GIP prevista dall'art. 13 del decreto attuativo, per le diverse caratteristiche e modalità rispetto al rimedio ad esso. Diversi sono infatti i termini di impugnazione dell'opposizione al GIP e del riesame (ordinatorio di cinque giorni/perentorio di dieci giorni), la relativa decorrenza (dalla comunicazione del decreto di riconoscimento/dall'esecuzione del provvedimento o dalla diversa data di conoscenza), la legittimazione (l'indagato, l'imputato, il difensore, la persona alla quale le cose sono state sequestrate e quelle che avrebbero diritto alla restituzione/l'indagato ed il suo difensore), l'ampiezza dei motivi (tipici e prestabiliti/liberi), l'organo che decide (monocratico/collegiale), le forme (con contraddittorio solo cartolare e senza udienza/in udienza camerale ex art. 127 c.p.p.), gli effetti della decisione di accoglimento (solo annullamento/ anche revoca parziale), i termini per la decisione (non previsti/previsti a pena di perdita di efficacia della misura), e la stabilità della stessa (inoppugnabilità dell'opposizione/ricorribilità per cassazione del riesame)⁵³.

Il sistema, per come è congegnato, contempla l'eventualità di una duplice, e forse anche triplice (contemporanea o quasi) impugnazione: nello Stato di emissione, dell'ordine di indagine emesso dall'autorità straniera, per ragioni attinenti la fondatezza nel merito della richiesta di cooperazione giudiziaria, e, nello Stato di esecuzione, sia del decreto di riconoscimento, per ragioni concernenti le condizioni di legittimità dell'ordine, sia dei singoli atti di indagine, per motivi ad essi propri, in relazione alle caratteristiche di ciascuno.

I caratteri dei rimedi giurisdizionali sono diversi ed è innegabile che ciò si traduca in accresciute, e di fatto forse insuperabili, difficoltà frapposte al concreto esercizio del diritto all'impugnazione, in ragione, tra l'altro, delle specifiche conoscenze e competenze tecniche richieste al difensore straniero, con riguardo alle normative nazionali, nonché dei maggiori costi conseguenti alla distanza territoriale ed alla necessità di traduzione degli atti.

Qui si pone la questione complessa del coordinamento tra i (vari) giudizi di impugnazione ed i loro esiti, da una parte, e l'esecuzione dell'ordine ed il trasferimento del risultato investigativo/probatorio, dall'altra: è evidente che solo la tempestiva informazione dell'esito positivo dell'impugnazione dell'ordine di indagine (nello Stato di emissione) ne preclude l'esecuzione ovvero il trasferimento, all'autorità richiedente, del risultato, ove già acquisito, così evitando di pregiudicare le parti interessate. L'efficienza del coordinamento è

⁵³ GERACI R.M., *Ordine europeo di indagine ricevuto dall'estero e rimedi impugnatori praticabili*, in *Cass. pen.* n. 9/2019, pagg. 3184 e ss.

affidata al tempestivo assolvimento degli specifici obblighi informativi previsti dalla legge a carico delle autorità nazionali.

E tuttavia i problemi maggiori emergono, infine, con riguardo all'utilizzabilità del risultato investigativo/probatorio nello Stato di emissione allorché questo sia già stato acquisito e trasferito, in pendenza di impugnazione nello Stato di esecuzione, e il decreto di riconoscimento o/ l'atto esecutivo vengano successivamente annullati giudizialmente, evenienza che non può certo escludersi *a priori* nella pratica.

La direttiva si limita a prescrivere allo Stato di emissione di «tener conto» dell'accoglimento dell'impugnazione, ma nulla dice circa la utilizzabilità, nel procedimento penale, del risultato probatorio, così rimettendo alle normative nazionali ogni valutazione in merito. Ciò apre al rischio che le normative nazionali – o comunque le autorità giudiziarie, in assenza di esplicita disposizione normativa – possano di fatto consentire l'utilizzazione, nello Stato richiedente, di un atto investigativo o di una prova che, per lo Stato di esecuzione, è stata illegittimamente acquisita.

4. L'interpretazione dell'art. 14 della direttiva 2014/41/UE «alla luce dei diritti fondamentali»: la Corte di Giustizia elude la questione?

Si è detto che l'art. 14 impone agli Stati membri l'applicazione, all'OEI, di mezzi di impugnazione «equivalenti» a quelli nazionali, «disponibili in un caso interno analogo».

Quid juris se la normativa nazionale non prevede mezzi di impugnazione avverso determinati atti di indagine o prove?

La questione si è recentemente posta ed è stata portata all'esame della Corte europea di Giustizia, che per la prima volta è stata chiamata a pronunciarsi sulla direttiva in materia di OEI: un giudice bulgaro, avendo deciso di emettere un ordine di indagine penale finalizzato ad una perquisizione presso immobili (abitazione e locali commerciali, siti nella Repubblica Ceca) di un soggetto non sottoposto a processo penale, al sequestro probatorio di documenti nonché all'audizione del predetto terzo quale testimone, ha osservato che la normativa bulgara non prevede l'impugnazione delle decisioni giudiziali che dispongono l'acquisizione di prove, quali la perquisizione, il sequestro e l'audizione di testimoni, né in favore delle parti del procedimento penale né di terzi interessati, e che alcun controllo avverso tali atti è consentito neppure unitamente all'impugnazione della sentenza che decide sul merito della colpevolezza. Ha precisato che la normativa nazionale attuativa dell'OEI

prevede mezzi di impugnazione relativi all'esecuzione, da parte delle autorità bulgare, di un ordine emesso dall'autorità di uno Stato membro, ma non anche avverso l'emissione di un ordine da parte del giudice nazionale.

Ha chiesto quindi alla Corte, con ricorso in via pregiudiziale, se la normativa nazionale richiamata sia compatibile con l'articolo 14 della direttiva 2014/41/UE – sul presupposto che questa imponga agli Stati membri di prevedere mezzi di impugnazione - (i), se esso consenta, alle persone interessate, l'impugnazione pur in assenza di disposizioni nazionali (ii), se per «persona interessata», legittimata all'impugnazione, debba intendersi anche l'indagato o l'imputato «qualora i provvedimenti di acquisizione di prove siano rivolti nei confronti di un terzo» (iii), nonché se tale sia altresì il terzo che subisca la perquisizione ed il sequestro e che debba essere sentito come testimone (iv).

La risposta della Corte di Giustizia⁵⁴ è stata molto deludente e sostanzialmente elusiva dei quesiti: riformulando la questione (come ad essa consentito dall'art. 267 TFUE, al fine di fornire una risposta utile a dirimere la controversia), l'ha limitata ad una mera difficoltà di compilazione, da parte del giudice bulgaro, del modulo standardizzato dell'ordine (Allegato A), e precisamente della Sezione J (punto 1), nella parte in cui prevede che l'autorità di emissione indichi «se è già stato fatto ricorso a mezzi di impugnazione contro l'emissione di un OEI» e, in caso affermativo, che descriva il mezzo di impugnazione e relative modalità e termini.

La Corte ha precisato che il legislatore europeo, richiedendo tale indicazione, ha inteso far sì che l'autorità di esecuzione venga informata di eventuali impugnazioni proposte avverso un ordine di indagine che le viene trasmesso «e non già, più in generale, sui mezzi di impugnazione che sono previsti, se del caso, nello Stato membro di emissione avverso un ordine europeo di indagine» (§ 29); ciò al limitato fine di consentire l'adozione delle decisioni concernenti il riconoscimento e l'esecuzione (§36). Pertanto «al momento dell'emissione di un ordine europeo di indagine, l'autorità di emissione non deve far figurare, nella Sezione J del modulo contenuto nell'Allegato A alla direttiva 2014/41, una descrizione dei mezzi di ricorso che sono previsti, se del caso, nel suo Stato membro avverso siffatto ordine» (§ 33) e «non occorre, nella presente causa, interpretare l'articolo

⁵⁴ Prima Sezione, sentenza del 24 ottobre 2019 nella causa C-324/17, rinvenibile sul sito della Corte: <https://curia.eurpa.eu>.

14 di tale direttiva al fine segnatamente di determinare se tale disposizione osti a una normativa nazionale, che non preveda alcun mezzo di impugnazione (...)» (§37).

E' possibile, se non verosimile, immaginare che le ragioni sottostanti a tale, per certi versi incredibile, 'non liquet', siano di ordine politico più che giuridico: la Bulgaria è già stata ripetutamente condannata dalla Corte Europea dei diritti dell'Uomo, per violazione degli articoli 3, 8 e 13 della Carta EDU, in quanto il suo ordinamento non prevede un controllo giurisdizionale, attivabile dalle persone interessate, sull'ordine giudiziario di perquisizione e sequestro (sentenze del 26 luglio 2007, *Peev c. Bulgaria*, e del 22 maggio 2008, *Stefanov c. Bulgaria*) e, pur essendosi impegnata a modificare la normativa nazionale, ad oggi non vi ha ancora provveduto. Affermare che ciò osta all'emissione di un ordine penale di indagine avrebbe significato, di fatto, paralizzare *sine die* (ossia sino all'introduzione di una apposita disciplina, incerta nell'*an* e nel *quando*) la possibilità per questo Stato di attivare i meccanismi di cooperazione penale in materia probatoria, con pesanti conseguenze per una efficace attività di repressione dei reati e, in definitiva, per la sicurezza dei cittadini europei.

E tuttavia, così facendo, la Corte di Giustizia ha di fatto consentito la prevalenza della cooperazione giudiziaria a discapito della tutela di un principio fondamentale del diritto dell'Unione, il diritto ad un ricorso giudiziario effettivo, sancito dall'art. 47 CDFUE⁵⁵ e dall'art. 13 CEDU⁵⁶.

Secondo la «dottrina consolidata» della stessa Corte di giustizia, infatti, quello alla tutela giurisdizionale effettiva costituisce un principio generale del diritto dell'Unione che deriva dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e che è stato recepito dall'art. 47 CDFUE e sancito dall'art. 6 CEDU⁵⁷. Quale diritto fondamentale, essendo stato recepito dall'art. 47 CDFUE, ha acquistato infatti, con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, «lo stesso valore giuridico dei Trattati», in forza dell'art. 6, n. 1, TUE, e deve

⁵⁵ «Ogni persona i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati ha diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice, nel rispetto delle condizioni previste nel presente articolo. Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un giudice indipendente e imparziale, precostituito per legge. (...)».

⁵⁶ «Ogni persona i cui diritti e le cui libertà riconosciuti nella presente Convenzione siano stati violati, ha diritto ad un ricorso effettivo davanti ad un'istanza nazionale, anche quando la violazione sia stata commessa da persone che agiscono nell'esercizio delle loro funzioni ufficiali».

⁵⁷ Tra le altre, si vedano le sentenze 15 maggio 1986, causa 222/84, *Johnston*, Racc. pag. 1651, punti 18 e 19; 25 luglio 2002, causa C-50/00 P, *Union de Pequeños Agricultores/Consiglio*, Racc. pag. I-6677, punto 39, e 22 dicembre 2010, causa C-279/09, *DEB*, punto 29, tutte rinvenibili sul sito della Corte: <https://curia.eurpa.eu>.

pertanto essere rispettato dagli Stati membri quando applicano il diritto dell'Unione (art. 51, n. 1, CDFUE).

Non solo: la stessa Corte di Giustizia ha affermato che «l'esistenza di un controllo giurisdizionale effettivo destinato ad assicurare il rispetto del diritto dell'Unione è intrinseca ad uno Stato di diritto»⁵⁸ e pertanto attraverso la previsione di appositi rimedi giurisdizionali gli ordinamenti nazionali assicurano il rispetto della *rule of law* affermata dall'art. 2 TUE.

Ignorare tutto questo significa mettere inoltre a serio rischio anche il diritto al rispetto della vita privata giacché l'impossibilità per un terzo destinatario, di contestare le ragioni di merito di un atto di indagine, quale la perquisizione o il sequestro, che per sua natura attinge la sfera privata, costituisce una carenza manifesta di tutela dello stesso, come ripetutamente affermato dalla Corte EDU proprio nei confronti della Bulgaria⁵⁹.

Vero è che una interpretazione riduttiva dell'art. 14 della direttiva, fondata sulla sua sola lettera, sembrerebbe consentire l'applicazione dei rimedi interni solo ove previsti dall'ordinamento nazionale per un caso interno analogo e perciò escludere, per converso, il diritto all'impugnazione, ove non riconosciuto dallo Stato membro (il criterio di equivalenza sarebbe infatti rispettato anche in tal caso). Osta a tanto tuttavia proprio il diritto ad un ricorso effettivo sancito dagli articoli 47 della Carta e 6 TFU. Si impone dunque una interpretazione convenzionalmente orientata, che è quella fornita dall'Avvocato generale, nelle conclusioni formulate alla Corte: il legislatore europeo ha presupposto l'esistenza di atti di impugnazione avverso gli atti di indagine nell'ambito di un caso interno ed ha imposto agli Stati membri di applicarne di equivalenti agli ordini di indagine (§ 54). Ciò anche in considerazione del fatto che l'organizzazione dei mezzi d'impugnazione rientra nell'autonomia procedurale di ciascuno Stato membro e la direttiva non ha l'obiettivo né l'effetto di armonizzare il quadro giuridico in tale ambito; non avendo previsto specifici mezzi di impugnazione, è pure preclusa la possibilità di un suo effetto diretto.

Questa interpretazione, in effetti, è legittimata anche dalla lettura coordinata di varie disposizioni della stessa direttiva, là dove essa si preoccupa di prescrivere che i termini per l'impugnazione siano uguali a quelli interni (art. 14 § 4), e che il trasferimento delle prove possa essere sospeso in pendenza dell'opposizione (art. 13 § 2). Ma soprattutto è ancor più

⁵⁸ Sentenza 25 luglio 2018, C-216/18, che richiama la propria sentenza del 27 febbraio 2018, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, C-64/16, EU:C:2018:117, punto 36 e la giurisprudenza *ivi* citata, *ibidem*.

⁵⁹ Corte EDU, 15 ottobre 2013, *Gutsanovi c. Bulgaria*, § 67 e 208-212, 16 febbraio 2016, *Govedarski c. Bulgaria*, § 30-40 e 72-75, rinvenibili in www.giustizia.it.

giustificata, sotto il profilo dei principi, in materia probatoria, in ragione della peculiare attitudine degli atti di indagine ad essere invasivi e ledere i diritti fondamentali delle persone interessate, circostanza che a maggior ragione pone «l'esigenza di un controllo giurisdizionale effettivo destinato ad assicurare il rispetto dei diritti fondamentali da parte dei giudici nazionali (...) tanto più forte nell'ambito della cooperazione giudiziaria in materia penale», sì che «la possibilità di contestare le ragioni di merito alla base di un ordine europeo di indagine riveste, quindi, un'importanza del tutto particolare» (§ 57 delle conclusioni dell'Avvocato generale).

Le conclusioni formulate dall'Avvocato generale, Yves Bot⁶⁰, sono di grande interesse, ma soprattutto è illuminante la sua chiave di lettura dell'intera disciplina europea dell'ordine di indagine penale, chiarita sin dalle premesse. Vale la pena riportare qui le sue parole: «Posto che gli atti di indagine ordinati dalle autorità competenti ai fini dell'acquisizione di prove in materia penale possono risultare particolarmente invasivi in quanto idonei a ledere il diritto al rispetto della vita privata delle persone interessate, il diritto dell'Unione deve necessariamente trovare un equilibrio tra l'efficacia e la celerità delle procedure di indagine, da una parte, e la protezione dei diritti delle persone interessate, dall'altra». Si tratta di un «equilibrio delicato ma essenziale» (§ 6).

La lettura dell'art. 14 che viene offerta ha come criterio guida la effettiva tutela dei diritti di difesa nei procedimenti di raccolta ed assunzione della prova; il corretto bilanciamento tra esigenze pubbliche di cooperazione e diritti fondamentali individuali assurge a vero fondamento giustificativo dell'ordine di indagine.

L'art. 14, «*letto alla luce dei diritti fondamentali*» (§ 90), osta all'emissione di un ordine europeo di indagine da parte di un'autorità bulgara, perché «la carente protezione dei diritti fondamentali» che consegue alla mancata previsione di qualsiasi possibilità di contestare le ragioni di merito di un atto di indagine richiesto con un ordine europeo di indagine» preclude «l'applicazione del meccanismo di riconoscimento reciproco», che si fonda sulla reciproca fiducia e sulla presunzione del rispetto dei diritti fondamentali da parte degli Stati membri giacché «l'impossibilità, in Bulgaria, per un terzo destinatario di atti di indagine come perquisizioni o sequestri, che implicano per loro natura una violazione del diritto alla vita privata, di contestarne le sottostanti ragioni di merito, costituisce una carenza manifesta di tutela del diritto al rispetto della vita privata» (§ 82).

⁶⁰ Rinvenibili sul sito della Corte: <https://curia.europa.eu>.

E' verosimile, e certo auspicabile, che la medesima questione venga nuovamente proposta alla Corte di Giustizia, con la formulazione di un diverso quesito, da parte dello Stato di esecuzione, che potrà senz'altro opporre, quale motivo di rifiuto della cooperazione, il mancato rispetto dei diritti fondamentali (art. 11 § 1. Lettera f) della direttiva) per l'impossibilità di una tutela giurisdizionale effettiva avverso l'ordine di indagine: tale questione, sebbene non relativa agli atti esecutivi, attiene infatti alla legittimità della richiesta.

La risposta sembra dunque solo differita e tuttavia, in realtà, non è certo che verrà sollevata dallo Stato di esecuzione, essendo rimessa ad una valutazione dell'autorità competente, che potrebbe essere anche di diverso tenore, dovendo esser fatta caso per caso. Ove la Repubblica Ceca dia corso alla domanda di cooperazione, resta comunque la possibilità di un ricorso alla Corte europea dei diritti dell'Uomo, per violazione delle norme CEDU.

In ogni caso, escludere che la questione si ponga in fase di emissione dell'ordine, come ha fatto la Corte di Giustizia, significa spostarla nella fase dell'esecuzione, ciò che però può comportare inconvenienti da non sottovalutare, primo fra tutti il rischio che alcuni Stati membri rifiutino la richiesta di cooperazione fatta dalla Bulgaria ed altri invece vi diano seguito, con effetti distorsivi molto negativi, in punto sia di parità di trattamento dei cittadini europei, sia di operatività di questo strumento di cooperazione, che potrebbe essere concretamente pregiudicata, sia infine per gli Stati membri, che potrebbero esporsi al rischio di condanna da parte della Corte europea dei diritti dell'Uomo.

5. La procedura attiva: caratteri

L'ordine di indagine può essere emesso dal pubblico ministero o dal giudice nell'ambito di un procedimento penale ed anche per l'applicazione di una misura di prevenzione patrimoniale (ma non personale), previa instaurazione del contraddittorio, ma, in quest'ultimo caso, solo allorché essa è fatta dal giudice («sentite le parti»: art. 27 del decreto). Quest'ultima ipotesi - oltre a non essere chiara circa le modalità del contraddittorio, se cartolare o in udienza - non è presidiata da alcuna sanzione, che potrebbe

però essere individuata in quella, generale, prevista dall'art. 178, comma 1, lett. b) e c) c.p.p..⁶¹

Giudice competente è quello che procede e quindi può essere il GIP, il GUP, il giudice del dibattimento e quello dell'esecuzione, il magistrato di sorveglianza o il tribunale per le misure di prevenzione. Quando l'atto di indagine è un'intercettazione, la richiesta è sempre fatta dal pubblico ministero, previa autorizzazione del giudice (art.43).

L'autorità di emissione informa il Procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo, negli stessi casi previsti nella procedura passiva, e provvede alla trasmissione diretta all'autorità di esecuzione, all'occorrenza avvalendosi della Rete giudiziarie europea ovvero di *Eurojust*, previa traduzione nella lingua dello Stato di esecuzione o di quella, diversa, dalla stessa appositamente indicata (art. 32).

La richiesta, per esigenze di uniformità, di semplificazione e di speditezza, deve essere redatta avvalendosi di un modulo standardizzato (modello A) ed ha quindi un contenuto prestabilito, che concerne i dati relativi all'autorità di emissione, all'oggetto ed alle ragioni dell'ordine, alle informazioni per l'individuazione delle persone interessate, alla descrizione sommaria del fatto e delle norme violate nonché all'atto di indagine o alla prova richiesti (art. 30).

Nel decreto attuativo non è espressamente previsto che, tra le ragioni dell'ordine, l'autorità italiana effettui la valutazione di proporzionalità dell'atto e ciò sebbene sia la direttiva (art. 6 § 2) che il modello A, da compilare, lo richiedano.

La scelta del legislatore italiano è stata criticata e, tuttavia, va considerato che nel nostro ordinamento, fondato sul principio di legalità formale, il bilanciamento dei valori in gioco è compiuto, a monte, dal legislatore, attraverso l'individuazione di atti tipici, e non è affidato, di volta in volta, alla valutazione dell'autorità giudiziaria.

Analogamente, la direttiva prescrive che l'atto può essere richiesto, dall'autorità di emissione, solo «alle stesse condizioni in un caso interno analogo» (art. 6 § 1, lettera b) e § 2): si tratta di previsione finalizzata a prevenire eventuali fenomeni di *forum shopping*, ossia di ordini indirizzati a Stati che ammettono atti investigativi o prove non consentite in ambito domestico, per 'aggirare' la normativa interna.

Il decreto attuativo nulla dice al riguardo, ma è evidente – ed implicito nel sistema - che l'autorità di emissione debba attenersi alle regole nazionali di ammissione della prova,

⁶¹ MARCOLINI S., *La procedura attiva*, in *La nuova cooperazione giudiziaria penale*, cit., pag. 313.

che non sono in alcun modo derogate nei procedimenti transnazionali, in ciò applicandosi la *lex fori*.

Circa le modalità di esecuzione, l'art. 33 prevede che esse vengano concordate con l'autorità di esecuzione, «specificamente indicando i diritti e le facoltà riconosciuti dalla legge alle parti ed ai loro difensori». L'inciso è gravido di significato e consente di superare i limiti e le preoccupazioni derivanti dalla rigorosa applicazione della *lex loci*, ossia che attraverso la prova allogena si formino e circolino prove illegittime: l'autorità italiana potrà chiedere a quella estera l'applicazione delle stesse formalità e modalità prescritte dall'ordinamento interno o comunque di quelle essenziali ad assicurare il rispetto delle garanzie difensive interne. La prova così formata sarà legittima e potrà efficacemente essere utilizzata nel processo penale, con ciò realizzandosi l'obiettivo dell'intera procedura.

Per contro, al di fuori di quanto già prescritto dalla normativa nazionale, nessun coinvolgimento o partecipazione sono appositamente previsti a favore dell'indagato, dell'imputato o del difensore: gli avvisi a costoro, «nei casi e nei modi previsti dalla legge processuale», vengono effettuati ad «attività compiute» (art. 35 del decreto attuativo).

Con disposizione speculare a quella concernente la procedura passiva, è consentita, al pubblico ministero e al giudice, la partecipazione diretta all'esecuzione dell'ordine nonché, eventualmente, la costituzione di una squadra investigativa comune, con applicazione della relativa disciplina (art. 29).

E' infine possibile - all'indagato, all'imputato, al difensore, alla persona alla quale la prova o il bene sono stati sequestrati ed a quella che avrebbe diritto alla restituzione - impugnare col riesame l'OEI avente ad oggetto la richiesta di sequestro probatorio (art. 28).

6. L'ordine di indagine emesso su richiesta della difesa

La novità di maggior significato, nella prospettiva dei diritti della difesa, concerne la possibilità, per il difensore dell'indagato o dell'imputato o della persona per la quale è proposta l'applicazione di una misura di prevenzione – ma non anche per l'indagato e per l'imputato – di chiedere al pubblico ministero e al giudice precedente l'emissione di un ordine di indagine (art. 31 del decreto attuativo), come consentito dalla direttiva «nel quadro dei diritti della difesa applicabili conformemente al diritto e alla procedura penale nazionale» (art. 1 § 3).

Essa ha una valenza di grande significato simbolico giacché la cooperazione giudiziaria è materia tradizionalmente riservata alle autorità statuali e, per la prima volta, si apre a soggetti privati, sia pure attraverso la mediazione dell'autorità pubblica, in una prospettiva funzionale alla parità delle parti nel processo⁶². Da un certo punto di vista, ciò rappresenta un avanzamento anche rispetto alla normativa nazionale, che consente l'attività investigativa difensiva solo sul territorio nazionale e non anche all'estero.

L'innovazione ha, tuttavia, scarso impatto pratico, atteso che non riconosce alla difesa un potere autonomo di iniziativa: la richiesta all'autorità straniera deve essere fatta sempre dal pubblico ministero o dal giudice che procede, e non direttamente dal difensore, secondo la logica, già nota nella cooperazione internazionale, della cosiddetta canalizzazione⁶³.

Eppure la sua importanza non è solo simbolica in quanto si è sostenuto che questa previsione potrebbe costituire la base legale che consente indagini difensive, ai sensi dell'art. 391 *bis* e *ter* c.p.p., anche all'estero. Si è argomentato che, per un verso, «il diritto a chiedere l'emissione di un OEI non può essere separato dalla possibilità di informarsi a priori sul contenuto delle prove da assumere», ed inoltre che, «ove non occorra alcuna autorizzazione espressa attraverso un provvedimento giudiziario, non si vede per quale ragione la possibilità di un contatto diretto tra il difensore e la fonte debba rimanere preclusa, solo perché questa avviene all'estero; l'essenziale è che le condizioni poste dal codice siano rispettate, a nulla rilevando il luogo ove il colloquio investigativo sia stato effettuato»⁶⁴.

Il pubblico ministero ed il giudice non sono tenuti ad accogliere la richiesta: il legislatore italiano non ha sfruttato i margini che la direttiva gli consentiva per applicare un meccanismo analogo a quello interno (art.-391 *bis*, commi 10 e 11, c.p.p.).

Le autorità giudiziarie hanno invece l'obbligo di motivarne il rigetto. Ma, in mancanza di rimedi impugnatori della decisione - del tutto mancanti, salvo che la richiesta abbia ad oggetto un sequestro (art. 31, comma 3) - non si vede quale effettivo beneficio

⁶² SELVAGGI E., *L'ordine europeo di indagine – EIO: come funziona?*, cit., pag. 51.

⁶³ BELFIORE R., *Riflessioni a margine della direttiva sull'ordine europeo di indagine penale*, in Cass. pen. n. 9/2015, pag.433.

⁶⁴ CAIANIELLO M., *L'attuazione della direttiva sull'ordine europeo di indagine e le sue ricadute nel campo del diritto probatorio*, in Cass. pen. n. 6/2018, pag.2210. Si veda anche GRIFANTINI F.M., *Ordine europeo di indagine penale e investigazioni difensive*, in Proc. Pen. e giust., n. 6/2016, pag. 4 e ss.

potrebbe arrecare la mera possibilità, per la difesa, di dolersi del rigetto e dei motivi addotti, nel successivo processo penale.

Le potenzialità dell'istituto sono inoltre fortemente depotenziate dal fatto che non è previsto il diritto del difensore a partecipare al compimento dell'atto, come pure che un analogo potere non è riconosciuto alla persona offesa, sebbene si ipotizzi, al contempo, che tale limitazione riguardi solo la fase investigativa e che in giudizio il diritto alla prova riconosciute dall'art. 190 c.p.p. si estenderebbe sino a ricomprendere tale facoltà⁶⁵.

7. Le squadre investigative comuni: caratteri peculiari e disciplina

Con l'adozione della Decisione Quadro 2002/465/GAI, la cooperazione giudiziaria penale si è arricchita di un nuovo strumento, che opera specificamente a livello di coordinamento investigativo sovranazionale, le squadre investigative comuni.

Esse realizzano una sorta di integrazione operativa tra autorità giudiziarie ed autorità di polizia appartenenti a diversi ordinamenti nazionali e consentono lo scambio diretto di informazioni e l'acquisizione di prove non ripetibili nel territorio di un altro Stato membro, senza la necessità di richiesta rogatoria.

Per questa ragione costituiscono uno dei più avanzati strumenti di cooperazione giudiziaria internazionale - il primo, in ordine di tempo, introdotto nell'ordinamento italiano in via alternativa rispetto alla rogatoria - potenzialmente idoneo a realizzare un deciso salto di qualità nei meccanismi di collaborazione sovranazionale: l'attività di indagine viene svolta dalle autorità nazionali, di polizia e/o giudiziarie, che compongono la squadra e che operano, al suo interno, congiuntamente a quelle di altri Stati membri, in un ambito previamente concordato nell'atto costitutivo della squadra stessa (ed eventualmente implementato nel successivo programma operativo di azione), a prescindere da una formale richiesta alle autorità estere, perché non necessaria. In sostanza, le autorità nazionali, all'interno della squadra, raccolgono direttamente la prova ed i mezzi di prova all'estero, analogamente a quanto farebbero in una procedura domestica, ma secondo le regole del diritto straniero, agendo sul territorio straniero con i medesimi poteri riconosciuti alle autorità nazionali.

Le squadre investigative comuni nascono da una nuova visione delle indagini che si svolgono in ambiti nazionali diversi, aventi ad oggetto crimini di dimensioni transnazionali,

⁶⁵ CAIANIELLO M., *ibidem*, pag. 2209.

fondata su un approccio non atomistico, ma coordinato, e che considera il territorio dell'Unione come uno spazio comune. Il campo di applicazione tipico, ad esse congeniale, è quello delle indagini parallele che si svolgono in due o più Stati membri. Esse presuppongono un progetto condiviso, ossia l'elaborazione di una strategia investigativa sulla base di accordi che ne definiscono gli obiettivi e le regole.

Si tratta di uno strumento molto duttile e flessibile, che instaura innovative modalità di consultazione tra le autorità nazionali coinvolte, deformalizzate e snelle, anche avvalendosi, all'occorrenza, dell'ausilio di soggetti cosiddetti 'facilitatori', come *Eurojust* ed *Europol*. Esso offre la possibilità di definire accordi diversi da caso a caso, che – ferma l'applicazione del diritto nazionale dello Stato nel quale la squadra opera - prevedano specifiche modalità procedurali di esecuzione, in relazione al tipo di atto da compiere, che ne assicurino la conformità al diritto interno anche degli altri Stati coinvolti, ove i risultati investigativi sono destinati ad essere utilizzati. Consente perciò di risolvere preventivamente problemi di legittimità nel compimento degli atti, derivanti dalla diversità delle discipline procedurali nazionali.

Esso era già noto al diritto internazionale ed anche al diritto europeo.

In ambito internazionale, è previsto dall'art. 20 del Secondo protocollo addizionale alla Convenzione di Strasburgo del 1959, adottato in data 8 novembre 2001, nonché, tra gli altri accordi internazionali, tra i quali la Convenzione ONU del 15 dicembre 2000 sul crimine organizzato, oltre che in alcuni accordi bilaterali (tra i quali, quelli fra Stati Uniti e Unione europea, tra Italia e Svizzera e Italia e Albania).

Nell'Unione europea è stato introdotto dall'art. 13 della Convenzione relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale stipulata a Bruxelles il 29 maggio 2000.

Poiché la Convenzione non ha trovato attuazione in ambito nazionale con la rapidità auspicata, al fine di accelerarne l'introduzione negli ordinamenti nazionali degli stati membri il Consiglio europeo ha adottato la Decisione quadro 2002/465/GAI, nella quale ha trasposto la disciplina prevista all'art. 13 della Convenzione (stabilendo il termine del 1° gennaio 2003 per l'attuazione).

L'Italia, come si è anticipato nel primo capitolo, l'ha attuata per ultima, col d. lgsl. n. 34 del 15 febbraio 2016, emanato in forza della legge delega europea per il 2014 (artt. 18-21 l. 9 luglio 2015, n. 114). Negli intenti del legislatore europeo, la Decisione quadro 2002/465/GAI avrebbe dovuto perdere di efficacia con la ratifica della Convenzione di

Bruxelles; siccome quest'ultima è avvenuta addirittura dopo, il d.lg. n. 52 del 5 aprile 2017 («Norme di attuazione della Convenzione relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea, fatta a Bruxelles il 29 maggio 2000») ha previsto un rinvio integrale al d.lgs. n. 34/2016 per quanto attiene alla disciplina delle squadre investigative comuni (art. 18).

In generale, il decreto n. 34 del 2016 ha dettato una disciplina di maggiore dettaglio rispetto alla decisione quadro.

Le squadre investigative comuni possono essere costituite per reati in materia di terrorismo e di associazione mafiosa (previsti dagli artt. 51, commi 3-*bis*, 3-*quater* e 3 *quinqüies*, e 407, comma 2, lett. a) cod. proc. pen.) e per qualsiasi reato punito con la reclusione superiore a cinque anni o che comunque richiede «indagini particolarmente complesse sul territorio di più Stati membri» (art. 2, commi 1 e 2) oppure «che esigono un'azione coordinata e concertata con quelle condotte all'estero» (arg. ex art. 3, comma 1, e art. 1, comma 2).

Per le procedure attive, la richiesta deve essere inoltrata dal procuratore della Repubblica direttamente all'autorità competente dello Stato membro o degli Stati membri con i quali si intende istituirla (art. 2, comma 4). Analogamente, le procedure passive vanno trasmesse al procuratore della Repubblica titolare delle indagini da coordinare o a quella del luogo ove gli atti devono essere compiuti (art. 3, comma 1). Vigè, dunque, in entrambi i casi, il principio della trasmissione diretta tra autorità giudiziarie.

Nessuna comunicazione è dovuta al Ministro della Giustizia, salvo il caso in cui le autorità italiane rifiutino una richiesta passiva (art. 3, comma 4). L'unico motivo di rifiuto codificato concerne il caso in cui la richiesta di costituzione preveda «il compimento di atti espressamente vietati dalla legge o contrari ai principi fondamentali dell'ordinamento giuridico» (art. 3, comma 4). Ove non si configuri tale situazione, qualunque atto investigativo è consentito.

In caso di indagini per reati di terrorismo o di mafia, il procuratore antimafia ed antiterrorismo deve, invece, essere informato, ai fini del coordinamento investigativo.

L'istituzione della squadra avviene mediante la sottoscrizione di un atto costitutivo, che ne indica i componenti, il direttore, l'oggetto e le finalità, nonché la durata (art. 4, commi 1 e 2).

Componenti sono i membri nazionali e quelli distaccati, ossia autorità di polizia e/o pubblici ministeri appartenenti, rispettivamente, allo Stato membro che istituisce la squadra ovvero ad altri Stati membri partecipanti.

A seconda delle necessità investigative, sia l'oggetto e la finalità d'indagine, sia i componenti della squadra possono essere modificati (art. 4, comma 4).

Per l'assunzione degli atti si applica la *lex loci* dello Stato ove l'atto deve essere eseguito (art. 6, comma 1), ma i membri distaccati possono chiedere, e concordare, l'applicazione di specifiche regole procedurali che consentano di acquisire il risultato investigativo conformemente alla propria legge nazionale, in modo da poterlo utilizzare in ambito domestico.

All'assunzione degli atti partecipano i membri distaccati, i quali «assumono, anche agli effetti della legge penale, la qualifica di pubblico ufficiale e svolgono le funzioni di polizia giudiziaria nel compimento delle attività di indagine ad essi assegnate», salvo che «Il pubblico ministero, con provvedimento motivato» disponga che essi non vi prendano parte (art. 5). La possibilità di partecipazione diretta del pubblico ministero al compimento degli atti investigativi consente, nell'ordinamento italiano, di renderli pienamente utilizzabile nei procedimenti nazionali.

In definitiva, una volta che la squadra è costituita, i membri:

- possono scambiare, tra loro, informazioni ed evidenze probatorie, senza necessità di ricorrere a richieste formali,
- richiedere qualunque tipo di misura investigativa, purché previamente concordata all'interno della squadra, nell'atto costitutivo o nel piano d'azione operativo ad esso eventualmente allegato, secondo modalità esecutive anch'esse concordate e modificabili nel corso dell'attività,
- presenziare a perquisizioni domiciliari ed audizioni in tutti gli Stati coinvolti, anche se appartenenti ad altro Stato membro,
- coordinare le diverse iniziative necessarie al procedimento investigativo.

8. Le ricadute sui diritti fondamentali: l'utilizzabilità degli atti

Uno dei punti più delicati, sotto il profilo delle garanzie difensive, concerne il tema della utilizzabilità processuale degli elementi investigativi raccolti dalla squadra.

Al riguardo, il secondo e terzo comma dell'art. 6 dispongono rispettivamente che «Nel fascicolo del dibattimento di cui all'articolo 431 del codice di procedura penale entrano a far parte i verbali degli atti non ripetibili posti in essere dalla squadra investigativa comune» e che «Nei casi previsti dal presente decreto, 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».

Si è detto che «Il legislatore ha optato, quindi, per una totale assimilazione dell'attività svolta dalla squadra all'estero, all'attività svolta dalle autorità nazionali in Italia: un atto compiuto dalla squadra viene trattato alla stregua di un atto di formazione domestica»⁶⁶.

Al momento dell'entrata in vigore della normativa si erano ingenerati diffusi timori per la possibile interpretazione della disposizione nel senso che essa consentisse la utilizzazione di atti investigativi allogeni compiuti conformemente alla legge nazionale straniera, ma senza il rispetto delle garanzie procedurali interne.

Questa preoccupazione non era priva di fondamento: è noto l'orientamento della giurisprudenza di legittimità, che ha costantemente affermato il principio per cui, in tema di rogatoria, trovano applicazione la norme processuali dello Stato nel quale l'atto viene compiuto, con l'unico limite che la prova non può essere acquisita in contrasto con i principi fondamentali dell'ordinamento italiano e, dunque, con il diritto di difesa⁶⁷. Secondo la Corte, in materia di assistenza giudiziaria penale ha valenza generale il principio secondo cui l'atto compiuto all'estero su richiesta rogatoria è regolato non dalla legge del Paese richiedente ma, costituendo esso esercizio tipico della sovranità del Paese richiesto, dalle norme dell'ordinamento di quest'ultimo, alla cui stregua deve esserne valutata la legittimità⁶⁸. Tuttavia, tra gli ineludibili principi di ordine pubblico che costituiscono un limite all'operatività di questo principio, non si è ritenuto rientrarvi quello che prevede la presenza dell'imputato al compimento dell'atto, in quanto manifestazione del concreto esercizio di difesa, le cui modalità sono rimesse alle scelte discrezionali, non costituzionalmente imposte, del legislatore, che può variamente graduarlo, anche prevedendo soltanto l'assistenza e la partecipazione del difensore⁶⁹. In generale, si è

⁶⁶ Così PICARDI A., *Aspetti procedurali delle attività investigative oltre i confini della Comunità europea (Le squadre investigative comuni)*, in *Cass. pen.* n. 4/2020, pagg. 1764 e ss..

⁶⁷ *Cass. pen.*, sez. VI, 1° dicembre 2010, n. 44488, e Sez. I, 7 ottobre 2005, n. 45103.

⁶⁸ *Cass. pen.*, sez. VI, 4 marzo 1994, n. 2686.

⁶⁹ *Cass. pen.*, sez. VI, 13 luglio 1999, n. 11109.

affermato che le norme inderogabili di ordine pubblico e buon costume del nostro ordinamento 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. Più di recente, la Cassazione ha ritenuto valida la prova testimoniale assunta all'estero senza la presenza, pur richiesta, del giudice italiano⁷⁰.

L'esperienza operativa ha fugato questi timori.

Non risulta, allo stato, che siano stati utilizzati nei processi penali italiani atti acquisiti all'estero dalle squadre investigative comuni (cui l'Italia ha fatto largo ricorso, sin dall'entrata in vigore del decreto), in violazione nella normativa domestica. Più in generale, non risulta che vi siano stati atti investigativi assunti in violazione della normativa italiana.

E' verosimile che la flessibilità dello strumento abbia consentito, di fatto, il compimento dell'attività di indagine nel rispetto delle garanzie processuali nazionali. La possibilità di partecipazione delle autorità nazionali all'attività della squadra e quella di previo accordo sulle specifiche modalità procedurali di acquisizione dovrebbero aver evitato, a monte ed in via preventiva, lo svolgimento di procedure in contrasto con i diritti della difesa, ciò rispondendo, del resto, anche all'interesse delle autorità investigative, alle quali sarebbe altrimenti preclusa l'utilizzabilità dei risultati investigativi nei procedimenti interni.

D'altra parte, la lettera dell'art. 6 citato sembra deporre nel senso che la utilizzabilità degli atti è consentita alle stesse condizioni interne, stabilite dal codice di rito in materia di atti ripetibili ed irripetibili. Questi ultimi entrano senz'altro nel fascicolo per il dibattimento. Per contro, gli atti ripetibili fanno parte del fascicolo del pubblico ministero e possono essere utilizzati dal giudice per le indagini preliminari per l'emissione di misure cautelari. Possono inoltre essere valutati, secondo i parametri probatori interni, ai fini dell'utilizzabilità processuale.

Se, in futuro, la prassi operativa confermasse questo orientamento, come è auspicabile, si potrebbe affermare che l'introduzione di questa normativa ha avuto un impatto innovativo sui consolidati orientamenti giurisprudenziali interni, nel senso di assicurare una migliore tutela delle garanzie individuali.

Quanto, infine, alle informazioni legalmente ottenute da un membro distaccato, ne è sancito un regime di parziale utilizzabilità per il caso in cui esse non altrimenti disponibili

⁷⁰ Cass. pen., sez. un., 25 febbraio 2010, n. 15208.

per le autorità competenti dello Stato membro sul cui territorio sono state assunte, limitatamente a quattro ipotesi: per i fini previsti all'atto della costituzione della squadra (i), per l'individuazione, l'indagine e il perseguimento di altri reati, ma solo previo assenso dello stato nel quale esse sono state assunte (ii), per scongiurare una minaccia immediata e grave alla sicurezza pubblica (iii) e per altri scopi, purché nei limiti concordati con gli altri Stati partecipanti (iv).

CAPITOLO TERZO

IL PROCURATORE EUROPEO: UN NUOVO PROTAGONISTA NELLA RACCOLTA DELLA PROVA TRANSNAZIONALE

SOMMARIO: 1. *La nascita del procuratore europeo* - 2. *I principi informatori dell'azione dell'EPPO* - 3. *Il principio di imparzialità e quello di indipendenza* - 4. *L'applicabilità, in via residuale, della legge nazionale* - 5. *La struttura della Procura europea* - 6. *La sua competenza* - 7. *Le indagini dell'EPPO: un complesso connubio tra sistema europeo e sistemi nazionali* - 8. *Le indagini transfrontaliere* - 9. *Il controllo giurisdizionale degli atti del procuratore europeo*

1. La nascita del procuratore europeo

Il 12 ottobre 2017 il Consiglio dei Ministri della giustizia dell'Unione, a seguito di procedura di cooperazione rafforzata cui hanno partecipato 20 Stati membri⁷¹, ha adottato il Regolamento che istituisce la Procura europea (EPPO, acronimo di *European Public Prosecutor's Office*)⁷². Il nuovo organismo avrà sede in Lussemburgo, sarà operativo non prima del mese di novembre del 2020 e sarà competente ad indagare e perseguire, dinanzi alle giurisdizioni nazionali degli Stati partecipanti e sino alla pronuncia definitiva, gli autori di reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea (artt. 4, 22, 23, 25 Reg.).

L'EPPO è una assoluta novità nel contesto dello Spazio di Libertà Sicurezza e Giustizia, «una costruzione tanto coraggiosa quanto inedita»⁷³, un «nuovo e potenzialmente rivoluzionario organismo ... dotato di caratteri di unicità nel panorama della giustizia penale internazionale»⁷⁴, un pubblico ministero comune che opera sul territorio degli Stati membri partecipanti. Dunque, ben più di un ufficio che coordina

⁷¹ L'8 giugno 2017 venti Stati membri (Austria, Belgio, Bulgaria, Cipro, Croazia, Estonia, Finlandia, Francia, Germania, Grecia, Italia, Lettonia, Lituania, Lussemburgo, Portogallo, Repubblica ceca, Romania, Slovacchia, Spagna e Slovenia) hanno raggiunto un accordo generale sull'istituzione della nuova Procura europea nel quadro della cooperazione rafforzata. Successivamente hanno aderito al progetto sull'EPPO Malta ed il Regno dei Paesi Bassi, portando a 22 il numero degli Stati UE. Nel 2019 anche la Svezia ha annunciato l'intenzione di aderire alla cooperazione rafforzata.

⁷² Il 31 ottobre 2017 è stato pubblicato nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea, n. L 283/I, il *Regolamento (UE) 2017/1939 del Consiglio del 12 ottobre 2017, relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata sull'istituzione della Procura europea*.

⁷³ ALLEGREZZA S., *Verso una procura europea per tutelare gli interessi finanziari dell'Unione. Idee di ieri, chances di oggi, prospettive di domani*, in *Dir. pen. cont.* del 31 ottobre 2013, pag. 1.

⁷⁴ Salazar L., *La Procura Europea è finalmente arrivata: what's next...?*, in *Eurojus.it* del 20/11/2017.

indagini penali - come è stato, fino al recente regolamento, *Eurojust* -, e di un soggetto che svolge indagini amministrative, quale è *Olaf*.

Con la sua istituzione, gli Stati membri partecipanti hanno trasferito corpose competenze nazionali in materia giudiziaria penale ad un organo sovranazionale; nella storia dell'Unione europea ciò era accaduto soltanto, in precedenza, con l'attribuzione alla Corte di Giustizia europea della competenza sul controllo di legittimità degli atti delle istituzioni europee⁷⁵.

L'adozione del Regolamento conclude una complessa procedura che ha preso le mosse dalla proposta della Commissione europea del 17 luglio 2013⁷⁶, presentata contestualmente a quella di un nuovo regolamento per la riconfigurazione di *Eurojust*. L'idea di creare un ufficio del pubblico ministero europeo ha preso corpo ben prima, in uno studio elaborato oltre vent'anni fa da un gruppo di ricercatori provenienti da diversi paesi, il *Corpus Juris*⁷⁷, sulla cui base la Commissione ha pubblicato il *Libro verde sulla tutela penale degli interessi finanziari comunitari e sulla creazione di una Procura europea*, nel 2001. Essa ha poi trovato ingresso nel Trattato di Lisbona, del quale rappresenta anzi uno degli aspetti più innovativi ed avanzati.

La base giuridica dell'EPPO è contenuta nell'art. 86 del TFUE, che consente, in mancanza di unanimità, il ricorso alla procedura di cooperazione rafforzata, ad iniziativa di almeno nove Stati membri. A dispetto della collocazione sistematica nel capo IV del Titolo V del TFUE, dedicato alla cooperazione giudiziaria penale, il procuratore europeo è un organismo dell'Unione con compiti investigativi diretti e non di mera cooperazione giudiziaria. La sua istituzione introduce un cambiamento concettuale di grande impatto a livello costituzionale europeo perché segna proprio il superamento della logica della cooperazione giudiziaria tra autorità appartenenti a Stati diversi, fondata sul mutuo riconoscimento delle decisioni e dei provvedimenti, ed il passaggio ad un nuovo meccanismo con un approccio di tipo federale, che comporta

⁷⁵ Traversa E., *I tre principali aspetti istituzionali dell'attività della Procura europea (EPPO): legge applicabile, rimedi giurisdizionali e conflitti di competenza*, in Arch. Pen. n.3/2019, pag. 3.

⁷⁶ Proposta COM (2013) 534 del 17 luglio 2013.

⁷⁷ *Corpus juris portant dispositions pénales pour la protection des intérêts financiers de l'Union européenne*, a cura della prof.ssa DELMAS-MARTY M., 1997, Parigi, rivisto nella cosiddetta versione di Firenze, del 2000.

l'applicazione diretta e immediata, negli Stati partecipanti, di provvedimenti giudiziari di un organo sovranazionale comune⁷⁸.

Coerentemente con l'idea della creazione di un organo investigativo unico, l'originaria proposta espressamente considerava il territorio degli stati membri dell'Unione, ai fini dell'esercizio della competenza della Procura europea, un «unico spazio giuridico europeo», a sottolineare il salto logico rispetto al passato ed il superamento della prospettiva legata alla cooperazione giudiziaria⁷⁹. Questa affermazione non è stata confermata nella versione definitiva del Regolamento; il territorio degli Stati membri 'retrocede' quindi a semplice spazio operativo dell'EPPO, che è cosa concettualmente diversa da uno spazio giuridico unico, il quale implica l'applicazione di regole comuni da parte di un organo comune⁸⁰.

Della comparsa sulla scena europea di tale nuovo soggetto – prima parziale concretizzazione di una visione federale di giustizia – non poteva non tenersi conto nella presente ricerca, per i cambiamenti che esso innesta nell'architettura complessiva nello spazio europeo e per l'impatto della sua attività sul tema dei diritti umani fondamentali, con particolare riguardo alle dinamiche di acquisizione della prova e, specificamente, di quella transfrontaliera.

Il Regolamento presenta infatti profili di rilevante interesse per il tema dell'indagine, con riguardo sia ai principi che governano l'attività dell'EPPO, sia alle modalità operative concernenti il compimento degli atti di indagine e la raccolta della prova, le quali sono, per una importante parte, del tutto nuove ed inedite sulla scena europea.

Nel prosieguo della trattazione ci si soffermerà, in particolare, sull'obbligo del procuratore europeo di assumere anche le prove a discarico e su quello di imparzialità, nonché sulle garanzie procedurali previste in favore dell'indagato e dell'imputato, compreso il controllo giurisdizionale sugli atti procedurali dell'EPPO.

Verranno anche esaminati i profili più strettamente operativi, con le connesse problematiche concernenti l'individuazione della giurisdizione nel cui ambito gli atti

⁷⁸ Met-Domestici A., *The Hybrid Architecture of the EPPO. From the Commission's Proposal to the Final Act*, in *Eucrim* n. 3/2017, pag. 144.

⁷⁹ KOSTORIS R.E., *Le investigazioni del pubblico ministero europeo*, in *Le sfide dell'attuazione di una procura europea: definizione di regole comuni e loro impatto sugli ordinamenti interni*, Milano, 2013, pag. 392.

⁸⁰ KOSTORIS R.E., *ibidem*, pag. 401.

investigativi ed il processo saranno svolti, la normativa applicabile ed i reati di competenza dell'EPPO, tutte questioni che hanno una immediata ricaduta sui diritti della difesa.

2. I principi informatori dell'azione dell'EPPO

Il Trattato di Lisbona non si preoccupa di definire i principi cui deve essere improntata l'attività della Procura europea (l'art. 86 TFUE è del tutto silente al riguardo); a tanto provvede il Regolamento, all'art. 5⁸¹. Ciò che colpisce di tale disposizione è che i diritti della difesa permeano e conformano, in larga misura, le regole di azione di questo organo sovranazionale di pubblica accusa: ad esso sono imposti gli obblighi di rispettare i diritti sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Uomo (cd. Carta di Nizza), di svolgere le indagini in modo imparziale e di raccogliere anche le prove a scarico, di agire senza indebito ritardo nonché di rispettare i principi dello stato di diritto e di proporzionalità. A questi si aggiunge il principio di sincera cooperazione tra le autorità nazionali coinvolte nei rapporti con l'EPPO.

L'EPPO inoltre «osserva i principi riconosciuti dall'articolo 6 TUE ..., dal diritto internazionale e dagli accordi internazionali di cui l'Unione o tutti gli Stati membri sono parte, compresa la convenzione europea di salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e dalle costituzioni degli Stati membri nel loro rispettivo ambito di applicazione» (considerando n. 80) nonché «il diritto a un giudice imparziale, i diritti della difesa e la presunzione di innocenza sanciti dagli articoli 47 e 48 della Carta...il diritto di non essere giudicato o punito due volte per lo stesso reato (*ne bis in idem*)» (considerando n. 83).

⁸¹ «Principi fondamentali delle attività. 1. L'EPPO garantisce che le sue attività rispettino i diritti sanciti dalla Carta. 2. Tutte le attività dell'EPPO sono svolte nel rispetto dei principi dello stato di diritto e della proporzionalità. 3. Le indagini e le azioni penali a nome dell'EPPO sono disciplinate dal presente regolamento. Il diritto nazionale si applica agli aspetti non disciplinati dal presente regolamento. Salvo disposizione contraria del presente regolamento, il diritto nazionale applicabile è il diritto dello Stato membro il cui procuratore europeo delegato è incaricato del caso ai sensi dell'articolo 13, paragrafo 1. Qualora un aspetto sia disciplinato sia dal diritto nazionale che dal presente regolamento, prevale quest'ultimo. 4. L'EPPO svolge le indagini in maniera imparziale e raccoglie tutte le prove pertinenti, sia a carico che a scarico. 5. L'EPPO avvia e conduce le indagini senza indebito ritardo. 6. Le autorità nazionali competenti assistono attivamente e prestano sostegno alle indagini e alle azioni penali dell'EPPO. Qualsiasi azione, politica o procedura prevista dal presente regolamento è informata al principio di sincera cooperazione».

Ampio spazio è riconosciuto, nel Regolamento, alla tutela dei dati personali, alla quale vengono dedicati una quarantina di articoli (47 e seguenti), su complessivi centoventi.

Infine, come si desume dal considerando n. 66, la Procura europea informerà la propria attività al principio di obbligatorietà dell'azione penale.

3. Il principio di imparzialità e quello di indipendenza

Sia l'imparzialità del pubblico ministero europeo, sia l'obbligo di raccogliere anche le prove a discarico - che della prima è specifica articolazione – costituiscono principi propri delle tradizioni giuridiche solo di alcuni Stati, come il nostro, ma sono estranei ad altri Stati membri; la loro introduzione nel Regolamento non era affatto scontata ed è stato frutto di negoziazioni in cui l'Italia ha svolto un ruolo importante.

L'imparzialità della Procura europea fa da corollario alla sua indipendenza, che è requisito essenziale dell'Ufficio, esteso a tutte le sue componenti ed articolazioni, inclusi i procuratori europei delegati che avranno sede negli Stati partecipanti, i quali, come meglio si vedrà più avanti, «agiscono nell'interesse dell'Unione» ma sono pubblici ministeri nazionali⁸².

L'indipendenza costituisce la condizione indefettibile per rendere accettabile - in particolare da parte di quegli Stati il cui sistema giuridico, come l'Italia, garantisce l'autonomia del pubblico ministero anche a livello costituzionale - la sottomissione di magistrati nazionali alle decisioni ed alle eventuali istruzioni particolari adottate dalle autorità centrali dell'EPPO (Camere permanenti e procuratori europei). Ad essa fa da contraltare l'obbligo della Procura europea di render conto della sua attività generale al Parlamento europeo, al Consiglio e alla Commissione europea (art. 6): il procuratore capo europeo, oltre a trasmettere la propria relazione annuale alle tre istituzioni ed ai parlamenti nazionali, è tenuto a presentarsi annualmente dinanzi al Parlamento europeo e al Consiglio, nonché dinanzi ai parlamenti nazionali che ne facciano richiesta (art. 7).

⁸² Il Regolamento stabilisce espressamente che tutti i soggetti che compongono l'EPPO, inclusi i procuratori delegati, nell'esercizio delle loro funzioni «non sollecitano né accettano istruzioni da persone esterne all'EPPO, Stati membri dell'Unione europea, istituzioni, organi, uffici o agenzie dell'Unione» (art. 6), i quali devono rispettare a loro volta l'indipendenza della Procura e non cercare di influenzarla nell'assolvimento dei suoi compiti.

L'obbligo di imparzialità ed i diritti della difesa, compresi quelli sanciti dalla Carta di Nizza, sono nuovamente richiamati in un apposito capo del Regolamento, dedicato specificamente alle «Garanzie procedurali»; pur se composto dai soli articoli 41 e 42, la collocazione separata ed autonoma di queste disposizioni sta a sottolinearne, idealmente, il rilievo autonomo e la valorizzazione nell'ambito della complessiva disciplina⁸³.

Ai sensi dell'art. 41⁸⁴, rubricato «Portata dei diritti degli indagati e degli imputati», tre sono i livelli di protezione dei diritti degli indagati e degli imputati a fronte dell'attività posta in essere dall'EPPO: (1) quello dei principi stabiliti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Uomo, e specificamente il diritto all'imparzialità del giudice e quelli della difesa; (2) «almeno» quello dei diritti procedurali stabiliti dal diritto dell'Unione, comprese le direttive, già adottate, relative ai diritti degli indagati e degli imputati dal 2010 in poi; (3) «tutti i diritti procedurali previsti dal diritto nazionale applicabile, compresa la possibilità di presentare prove, di chiedere la nomina o l'audizione di periti e l'escussione di testimoni, nonché di chiedere che l'EPPO ottenga tali misure per conto della difesa».

L'imputato e l'indagato godono perciò delle garanzie difensive previste dalla Carta di Nizza e, deve ritenersi in forza dell'art. 6 TUE (richiamato dal considerando

⁸³ Per un'opinione molto critica sul Regolamento, che non ha previsto alcuna garanzia partecipativa nella fase investigativa ed ha inoltre affidato alle Camere permanenti, ossia un'articolazione interna dell'EPPO, decisioni delicatissime, quali l'avvio delle indagini europee e la formulazione dell'addebito, senza al contempo assicurare adeguate forme di controllo da parte di un organo indipendente, si veda Ruggeri S., *Indagini e azione penale nei procedimenti di competenza della nuova procura europea*, in *processopenaleegustizia*, 2018 – fascicolo 3.

⁸⁴ «1. Le attività dell'EPPO si svolgono nel pieno rispetto dei diritti degli indagati e degli imputati sanciti dalla Carta, in particolare il diritto a un giudice imparziale e i diritti della difesa.

2. Chiunque sia indagato o imputato in un procedimento penale dell'EPPO gode almeno dei diritti procedurali stabiliti dal diritto dell'Unione, comprese le direttive relative ai diritti degli indagati e degli imputati nel quadro di un processo penale, quali attuate dal diritto nazionale, tra cui:

a) il diritto all'interpretazione e alla traduzione, come previsto dalla direttiva 2010/64/UE;
b) il diritto all'informazione e il diritto di accesso alla documentazione relativa all'indagine, come previsto dalla direttiva 2012/13/UE;
c) il diritto di accesso a un difensore e il diritto di comunicare e informare terzi in caso di detenzione, come previsto dalla direttiva 2013/48/UE;
d) il diritto al silenzio e il diritto alla presunzione di innocenza, come previsto dalla direttiva (UE) 2016/343;

e) il diritto al patrocinio a spese dello Stato, come previsto dalla direttiva (UE) 2016/1919.

3. Fatti salvi i diritti di cui al presente capo, l'indagato, l'imputato e le altre persone coinvolte nel procedimento dell'EPPO godono di tutti i diritti procedurali previsti dal diritto nazionale applicabile, compresa la possibilità di presentare prove, di chiedere la nomina o l'audizione di periti e l'escussione di testimoni, nonché di chiedere che l'EPPO ottenga tali misure per conto della difesa».

80), dalla CEDU nonché, quanto meno, del livello *standard* minimo assicurato dalle cinque direttive europee *ivi* richiamate e da quelle, ulteriori, che dovessero essere in futuro introdotte. Il tenore della norma è chiaro nel formulare un'apertura in tal senso.

Ciò non esclude che gli indagati e gli imputati, come pure le altre persone coinvolte nelle indagini, possano godere di eventuali maggiori garanzie previste dalle leggi nazionali, oltre che della possibilità di chiedere alla Procura europea il compimento di misure investigative e atti probatori per suo conto. Questa possibilità è diretta emanazione dell'imparzialità dell'EPPO e del suo obbligo di raccogliere le prove a scarico. Il Regolamento non precisa se il PE è tenuto ad accogliere la richiesta o se può rifiutarla, eventualmente motivando sulla sussistenza di giustificati motivi; nessuna disposizione contempla la possibilità di un rifiuto. Per l'esistenza di un obbligo di provvedere sembra propendere il considerando n. 65, a mente del quale i principi di imparzialità proporzionalità ed equità che informano l'azione dell'EPPO implicano «l'obbligo di raccogliere tutti i tipi di prova, sia a carico che a scarico, di propria iniziativa o su richiesta della difesa».

4. *L'applicabilità, in via residuale, della legge nazionale*

Sempre a livello di principi informatori, l'art. 5 del Regolamento contiene, al paragrafo 3, un'altra disposizione cardine, nella prospettiva della difesa oltre che del procuratore europeo, sebbene essa, di primo acchito, non sembri tale, in quanto concerne il diritto applicabile all'attività dell'Eppo e non specificamente le garanzie processuali.

La norma stabilisce che il Regolamento disciplina «le indagini e le azioni penali» e che, per quanto non espressamente da esso previsto, si applica invece il diritto nazionale, che è quello dello Stato membro il cui procuratore europeo delegato è incaricato del caso. In caso di contrasto tra Regolamento e diritto nazionale, prevale il primo.

Consegue a ciò, in primo luogo, che l'attività dell'EPPO è regolata, sia nella fase delle indagini che in quella giudiziale, da una disciplina mista, che implica l'applicazione di regole europee e domestiche (il che potrà porre, in caso di normazione concorrente, problemi interpretativi per stabilire quali aspetti restino disciplinati dal Regolamento e quali dalla legge interna).

Inoltre, la normativa domestica - a dispetto della dizione della norma che è formulata in termini di doppia residualità (si applica solo in mancanza di norma regolamentare e solo se non in contrasto con essa, ove esistente) – avrà applicazione assolutamente preponderante giacché il Regolamento disciplina l'attività dell'Eppo limitatamente a specifiche attività della Procura europea (per esempio: trattamento dei dati personali, funzionamento del sistema automatico di gestione dei fascicoli) o a determinate categorie di atti dei suoi componenti (avocazione, archiviazione e simili). La disciplina degli atti investigativi e di ogni altra misura, a parte l'indicazione di una tipologia di misure che deve essere assicurata da parte degli Stati membri (art. 30), è quella del diritto nazionale, che si applicherà peraltro anche ai tipi specificamente indicati dal Regolamento, quanto alle procedure e le modalità per l'adozione (ultima parte dell'art. 30 citato).

In definitiva, la Procura europea, organo comune agli Stati membri partecipanti, compirà atti investigativi ed assumerà prove in base a regole nazionali diverse⁸⁵, caratteristica del tutto inedita e che, anche per questo, la rende un *unicum* nel panorama degli organi sovranazionali europei.

La soluzione individuata dal legislatore europeo non era però necessitata in tal senso. Anzi, il Trattato di Lisbona gli apriva ampi margini per operare scelte diverse.

L'art. 86 TFUE si limita, per un verso, a stabilire l'ambito della competenza della Procura europea, con riguardo ai reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione e, per altro verso, ad indicarne la principale caratteristica, vale a dire quella di separare indagini e giudizio⁸⁶, in quanto l'EPPO investiga sull'intero territorio degli Stati membri partecipanti ed esercita l'azione penale innanzi agli organi giurisdizionali di uno di essi, sino al giudizio definitivo.

Al di là di questi 'paletti' esterni, l'art. 86 TFUE lascia amplissimi margini circa la disciplina dell'attività giacché demanda al Consiglio l'adozione dei regolamenti

⁸⁵ Per questa caratteristica ALLEGREZZA S., *Pubblico ministero europeo e posizione della difesa: nuovi scenari per la tutela delle garanzie della persona sottoposta alle indagini. Le questioni in gioco*, in *Le sfide dell'attuazione di una procura europea: definizione di regole comuni e loro impatto sugli ordinamenti interni*, cit., pag. 477, definisce efficacemente l'EPPO «organo normativamente mutante, Zelig per statuto».

⁸⁶ ALLEGREZZA S., *Verso una procura europea per tutelare gli interessi finanziari dell'Unione*, op. cit., pag. 3, secondo la quale questa caratteristica è «l'architrave del sistema». Per una disamina più approfondita del regolamento 2017/1939, si veda CAMALDO L., *L'istituzione della procura europea: il nuovo organo investigativo affonda le proprie radici negli ordinamenti nazionali*, in *Cass. pen.*, n.3/2018, pag. 958.

concernenti «lo statuto della Procura europea, le condizioni di esercizio delle sue funzioni, le regole procedurali applicabili alle sue attività e all'ammissibilità delle prove e le regole applicabili al controllo giurisdizionale degli atti procedurali che adotta nell'esercizio delle sue funzioni» (art. 86 § 3). La formulazione della norma avrebbe perciò consentito di predisporre norme uniformi circa le procedure che governano l'attività investigativa dell'EPPO e l'ammissibilità della prova. Si tratta di un approccio fatto proprio dal legislatore europeo anche nell'ambito della cooperazione giudiziaria laddove esso consente, ed anzi incentiva, il ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari, nonché l'adozione di norme comuni in materia di ammissibilità delle prove, di diritti della persona nella procedura penale, di diritti delle vittime e di «elementi specifici della procedura penale», al fine di favorire il mutuo riconoscimento delle decisioni e dei provvedimenti giudiziari (art. 82 TFUE).

Le potenzialità contenute nel Trattato di Lisbona sono state sfruttate in misura molto limitata dal Regolamento (come, del resto, già accaduto con la direttiva sull'ordine di indagine europeo). Nessuna regola uniforme è stata dettata dal Regolamento in materia di ammissibilità delle prove; di conseguenza, restano pienamente operative le regole interne⁸⁷.

Si tratta di una scelta che preserva maggiormente la sovranità degli Stati e che è intrinsecamente coerente con la soluzione, indicata dal Trattato di Lisbona, di celebrare il processo penale per i reati di competenza dell'EPPO innanzi alle giurisdizioni nazionali: l'applicazione della normativa domestica è funzionale ad assicurare la migliore utilizzabilità del risultato investigativo e/o probatorio in giudizio perché acquisito conformemente alle regole di quella giurisdizione. Epperò è, ancora una volta, un'occasione perduta di armonizzazione della normativa penale (quanto meno, tra gli Stati partecipanti), tanto più preziosa perché relativa ad un'attività per sua natura destinata a ledere o comprimere diritti fondamentali della persona. Dato l'attuale contesto storico, la soluzione adottata è stata, con ogni probabilità, l'unica

⁸⁷ Per KOSTORIS R.E., *Le investigazioni del pubblico ministero europeo*, op.cit., pag. 400, stabilire una disciplina probatoria unitaria «avrebbe reso un grande servizio alla semplificazione e alla chiarezza, avrebbe rappresentato il naturale corollario dell'istituzione del primo organo federale europeo, e avrebbe, inoltre, potuto rappresentare un importantissimo volano per ragionare di un nucleo di disposizioni comuni, di un primo abbozzo di un sistema di regole uniformi di procedura penale europea». Si veda altresì, sul tema, Kuhl L., *The European Public Prosecutor's Office – More Effective, Equivalent, and Independent Criminal Prosecution against Fraud?*, in *Eucrim* n. 3/2017, pag. 139.

realisticamente percorribile per raggiungere il necessario accordo politico sull'istituzione della Procura europea.

Essa comporta importanti ripercussioni sulle garanzie difensive giacché è di intuitiva evidenza che la conformazione dei diritti individuali, nei confronti dell'autorità pubblica, è strettamente correlata alle modalità di esercizio dell'attività investigativa e probatoria svolta dalla stessa, quali definite dal sistema di regole posto dal legislatore: è stato condivisibilmente osservato che «la scelta sul modello delle indagini europee determinerà le condizioni di esercizio ed i limiti della funzione difensiva»⁸⁸.

Questa soluzione pone in primo luogo, un serio problema di eguaglianza di trattamento tra indagati ed imputati sottoposti ai procedimenti di sua competenza giacché questi, pur perseguiti per i medesimi reati nello spazio europeo costituito dal territorio degli Stati partecipanti, saranno soggetti a discipline e trattamenti diversi a seconda dello Stato nel quale verranno compiuti atti investigativi e/o assunte prove nei loro confronti e/e dove sarà celebrato il processo. Vero è che costoro godranno dello *standard* minimo assicurato dalle direttive sulle garanzie processuali ma ciò non esclude che essi patiscano, in relazione a specifici atti, restrizioni o limitazioni che altri imputati o indagati non subiranno in altri Stati. Si pensi, ad esempio, alla possibilità di impugnare determinati atti investigativi, che non è prevista in tutti gli Stati membri partecipanti o lo è con modalità anche molto diversificate, ovvero a quella di accedere al fascicolo, che è riconosciuta in momenti e con ampiezza diversi⁸⁹, oppure ancora al diritto agli avvisi concernenti il compimento di singoli atti investigativi o alle possibilità di partecipazione ad essi. Gli esempi potrebbero essere molteplici, ma per restare ad aspetti già menzionati, l'intercettazione autorizzata da un giudice incompetente potrà essere ritenuta illegittima in Bulgaria, ma non anche in Italia, e quindi non utilizzabile, ai fini della decisione sulla colpevolezza, nel giudizio penale che si svolga nel primo Paese ed invece utilizzabile nel secondo. Analogamente, un provvedimento di sequestro probatorio non potrà essere contestato, dai terzi attinti, in Bulgaria e potrà invece essere impugnato in Italia.

⁸⁸ ALLEGREZZA S., *Pubblico ministero europeo e posizione della difesa: nuovi scenari per la tutela delle garanzie della persona sottoposta alle indagini*, op. cit., pag. 473.

⁸⁹ FALETTI F., *The European Public prosecutor's Office and the Principle of Equality*, in *Eucrim*, 2017/1, pag. 25.

Ferma la formale legittimità degli atti compiuti perché conformi alla normative nazionali, ciò non esclude una sostanziale diseguaglianza di trattamento in relazione a situazioni identiche.

Criticità ancora maggiori si porranno, sotto questo profilo, con riguardo ai reati transnazionali: in questo caso, potrà ben verificarsi che sia addirittura il medesimo imputato o indagato a godere di garanzie diverse, a seconda dello Stato nel quale i singoli atti investigativi emessi nel procedimento a suo carico verranno compiuti.

Ancora: proprio la diversità delle legislazioni e delle giurisdizioni ha fatto nascere il timore che la mancanza di regole certe e chiare per la individuazione dello Stato di celebrazione del processo potrebbe favorire una prassi di *forum shopping* da parte della Procura europea (con preferenza per gli Stati dotati di normative più severe), con conseguente incertezza circa i poteri e le facoltà riconosciute alla difesa, che potrebbero anche variare nel corso delle indagini e fino all'esercizio dell'azione penale, in relazione ai singoli atti investigativi. Come meglio si vedrà più avanti, allo stato attuale, queste preoccupazioni sembrano essere state, in parte, fugate dal fatto che il Regolamento prevede criteri vincolanti e definiti per l'individuazione dello Stato ove verrà celebrato il processo (art. 26) e comunque la possibilità di attivare un controllo giudiziale sulla scelta fatta dall'EPPO (art. 42).

Quanto esposto è già sufficiente ad evidenziare le - enormemente accresciute - difficoltà della difesa rispetto alle procedure di cooperazione giudiziaria (se le indagini ed il processo si svolgeranno in un Paese diverso dal proprio), e ciò non soltanto per le note differenze linguistiche, ma soprattutto per il ben più elevato livello di competenza e professionalità richiesto ai difensori, i quali dovranno conoscere la/le normativa/e straniera/e di volta in volta applicabile/i (allo stato, sono potenzialmente 22 a venire in gioco) o, quanto meno (è l'ipotesi più verosimile), dovranno farsi affiancare da un collega *in loco*. Ciò comporta, oltre ai costi, la necessità di predisporre una adeguata organizzazione dei difensori in ambito europeo, la quale deve, evidentemente, essere strutturata per il tramite di uffici appositamente creati e dedicati, e non può essere demandata all'iniziativa individuale, a pena di vanificare qualunque possibilità di effettivo esercizio della tutela legale. Gli avvocati inoltre dovranno acquisire uno specifico *expertise* sulle modalità di funzionamento dell'EPPO per poterne verificare

la legittimità degli atti, approntare adeguate difese ed esperire i relativi rimedi impugnatori.

Allo stato, a fronte di un organo sovranazionale di pubblica accusa che, con le sue articolazioni e ramificazioni territoriali in tutti gli Stati partecipanti, dispone di un apparato imponente e potente, in grado di agire con ancor più tempestività ed efficienza dei pubblici ministeri nazionali (in base ai meccanismi di cooperazione giudiziaria), vi è una difesa che certo non dispone, né mai potrà disporre, di una struttura organizzativa lontanamente comparabile ad esso e che nemmeno appare in grado, per l'oggettivo *deficit* di conoscenza in partenza, di opporre una linea difensiva altrettanto efficace e veloce.

Per la migliore comprensione di questi aspetti, è indispensabile una, sia pur sintetica, disamina dell'organizzazione della Procura europea, sotto il profilo strutturale, e delle sue modalità di funzionamento, oltre che dell'individuazione del suo ambito di competenza.

5. La struttura della Procura europea

La Procura europea, istituita quale «organo dell'Unione» (art. 3), è dotata di personalità giuridica ed è articolata su un livello centrale ed uno decentrato⁹⁰.

Il livello centrale è costituito dal Collegio dei procuratori europei (PE), uno per ogni Stato partecipante, presieduto dal procuratore capo e dai suoi due vice, nonché da un numero non predeterminato di Camere permanenti (art. 8), che verranno istituite di volta in volta, a seconda delle necessità, dal Collegio. Il procuratore capo è nominato dal Parlamento europeo e dal Consiglio di comune accordo, i procuratori europei sono nominati dal Consiglio.

Il livello decentrato è composto dai procuratori europei delegati (PED) - in numero variabile, ma non inferiore a due, per ciascuno Stato partecipante⁹¹ - aventi sede negli Stati membri. I procuratori europei delegati sono nominati dal Collegio, tra una rosa di candidati indicati da ciascuno Stato.

⁹⁰ Cfr., per una visione generale, Csonka P., Juszczak A. and Sason E., *The Establishment of the European Public Prosecutor's Office. The Road from Vision to Reality*, in *Eucrim* n. 3/2017, pag. 125 e ss.

⁹¹ Considerando n. 44.

Al vertice della struttura vi è il procuratore capo europeo, che organizza il lavoro dell'EPPO e ne dirige le attività, presiedendo il Collegio (art. 11), rappresenta l'EPPO dinanzi alle istituzioni dell'Unione e degli Stati membri e dinanzi a terzi e può delegare i suoi compiti di rappresentanza a uno dei sostituti o a un procuratore europeo.

Il Collegio è chiamato a svolgere funzioni di supervisione generale dell'organismo, oltre che ad assumere le decisioni strategiche per assicurare la coerenza complessiva dell'azione dell'EPPO, e tratterà le questioni di carattere generale che deriveranno dai singoli casi (art. 9). Non potrà però intervenire nelle specifiche procedure investigative assumendo decisioni operative, essendo queste rimesse alle competenze delle Camere Permanenti (art. 10).

Esso ha il compito di istituire le Camere permanenti, in numero variabile a seconda delle esigenze contingenti dell'EPPO ed in base a valutazioni interne, di adottare il regolamento interno e di stabilire le responsabilità per l'esercizio delle funzioni dei membri del collegio e del personale dell'EPPO stesso.

Le Camere permanenti ed i procuratori europei, che agiscono «per conto della camera permanente e conformemente a eventuali istruzioni da questa fornite», svolgono una funzione nevralgica.

I Procuratori europei supervisionano le indagini e le azioni penali di cui sono responsabili i procuratori europei delegati incaricati del caso nel rispettivo Stato Membro di origine (art. 12) e possono impartire loro istruzioni, ove necessario per l'efficiente svolgimento dell'indagine e dell'azione penale o nell'interesse della giustizia, o per assicurare il funzionamento coerente dell'EPPO. Essi possono, inoltre, chiedere alla Camera permanente la riassegnazione del caso ad altro PED, qualora questi non svolga l'indagine, non eserciti l'azione penale ovvero ometta di seguire le istruzioni della Camera permanente o del PE. In casi eccezionali (art. 28 § 4) svolgono direttamente l'indagine assicurando il compimento di tutti gli atti investigativi richiesti dal caso in trattazione.

Le Camere permanenti sono composte da tre procuratori europei, quali membri permanenti, di cui uno con funzioni di presidente, nonché dal procuratore europeo incaricato di supervisionare un'indagine o un'azione penale (nell'eventualità in cui quest'ultimo non sia già membro della Camera permanente), che è generalmente

quello dello Stato ove si svolgono le indagini. Esse monitorano ed indirizzano le indagini e le azioni penali condotte, negli Stati partecipanti, dai procuratori europei delegati e garantiscono il coordinamento delle indagini e delle azioni penali nei casi transfrontalieri. Adottano, su proposta dei PED, tutte le principali decisioni procedurali, quali quelle relative al rinvio a giudizio, all'archiviazione, alla applicazione di una procedura semplificata, alla desistenza in favore delle autorità nazionali (*referral*). Inoltre, esse possono rinviare un caso all'autorità nazionale, riaprire un'indagine, incaricare il PED di avviare un'indagine e di esercitare il diritto di avocazione, deferire al Collegio le questioni strategiche o quelle di ordine generale derivanti da singoli casi, assegnare, o riassegnare ad altro PE, un caso, approvare la decisione di un PE di condurre esso stesso l'indagine.

I Procuratori europei delegati sono pubblici ministeri nazionali e dispongono dei relativi poteri in materia di indagine, azione penale e atti volti a rinviare casi a giudizio (art. 13). Sono responsabili delle indagini e azioni penali dagli stessi avviate, ad essi assegnate o da essi avocate ai sensi dell'art.27 del Regolamento; dispongono del potere di formulare l'imputazione, di partecipare all'assunzione delle prove e di esercitare i rimedi disponibili in conformità del diritto nazionale. Al contempo, i PED seguono le indicazioni e le istruzioni della camera permanente incaricata del caso, nonché le istruzioni del PE incaricato della supervisione. La peculiarità è che, quali membri della Procura europea, essi godono del medesimo statuto di indipendenza e dello *status* di funzionari europei, e, quando agiscono in tale qualità, sono sottoposti alla «autorità esclusiva del procuratore europeo e si attengono alle sue sole istruzioni, linee guida e decisioni» (art. 6 §5), oltre che a quelle del Collegio e delle Camere permanenti, ai quali soltanto rispondono. Per altro verso, essi appartengono pur sempre all'ufficio ove prestano servizio e possono continuare a svolgere le proprie funzioni di pubblico ministero nazionale, purché ciò non impedisca loro di assolvere agli obblighi derivanti dall'incarico sovranazionale (essi hanno il cosiddetto 'doppio cappello').

Dalla sintetica disamina che precede, emerge, che la struttura dell'EPPO è molto articolata e si compone di una pluralità di organi, con varie funzioni e competenze, e ciò contrasta, in generale, con un criterio di semplificazione, funzionale anche alle esigenze difensive. Il Regolamento ha abbandonato il criterio, previsto nella proposta

del 2013, di istituire un organo centrale molto snello e fortemente verticistico, che operasse in uno spazio giuridico unico.

Inoltre, l'intero impianto organizzativo dell'EPPO evidenzia lo stretto collegamento funzionale tra livello centrale e livello decentrato - realizzato per il tramite del procuratore europeo nazionale, che funge da *trait d'union* con i procuratori europei delegati - nonché la tendenza ad «attrarre verso il livello nazionale le leve del potere operativo e decisionale dell'EPPO (c.d. *national link*)»⁹², che rappresenta il tratto distintivo del Regolamento rispetto alla proposta originaria della Commissione, basata su un ruolo preponderante del livello centrale. Le indagini dell'EPPO saranno condotte essenzialmente dalle autorità dello Stato membro nel quale esse si svolgono o da un soggetto (il procuratore europeo incaricato della supervisione) che di tale Stato avrà la nazionalità. Alla struttura gerarchica e verticistica, si contrappone «una dinamica operativa decentrata, ma sottoposta a rigidi strumenti di controllo»⁹³.

6. La sua competenza

Il compito della Procura europea viene individuato e delimitato attraverso il rinvio alla direttiva PIF (Direttiva 1371 del 5 luglio 2017)⁹⁴, che ne definisce anche l'ambito della sua competenza materiale (art. 22), sicché in ciascuno Stato partecipante l'EPPO sarà competente a perseguire tutti i reati lesivi degli interessi finanziari dell'UE introdotti ai fini dell'attuazione della medesima⁹⁵.

⁹² Così Salazar L., *op. cit.* Ad avviso dell'Autore, «Ciò è in particolare avvenuto prevedendo che sia di fatto il procuratore europeo dello Stato dove si svolge l'indagine a sovrintendere ad essa nella quasi totalità dei casi, in diretto collegamento con il procuratore europeo delegato che opera sul terreno e sotto un (presumibilmente) assai blando controllo della camera permanente». Si è, per tale via, riservato al procuratore europeo dello Stato membro interessato un ruolo protagonista, perché resta di fatto preclusa agli altri procuratori europei la possibilità di seguire direttamente casi di Stati diversi dal loro, salvo ipotesi eccezionali.

⁹³ BARROCU G., *La cooperazione giudiziaria in ambito penale. Da Eurojust all'ordine europeo di indagine*, 2017, il quale parla di una «strutturazione a “decentramento progressivo”, dove dal vertice costituito dal procuratore capo si pongono dei livelli di controllo intermedio costituiti dai procuratori europei e dalle camere permanenti», fino a procuratori europei delegati, che sono i soggetti che operano sul territorio per conto dell'Ufficio.

⁹⁴ Art. 4 del Reg.: «L'EPPO è competente per individuare, perseguire e portare in giudizio gli autori dei reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione previsti dalla direttiva (UE) 2017/1371 e stabiliti dal presente regolamento, e i loro complici. A tale proposito l'EPPO svolge indagini, esercita l'azione penale ed esplica le funzioni di pubblico ministero dinanzi agli organi giurisdizionali competenti degli Stati membri fino alla pronuncia del provvedimento definitivo».

⁹⁵ Si parla però già di una possibile estensione delle competenze ai reati terroristici internazionali, estensione consentita dall'art. 86 § 4 («Il Consiglio europeo può adottare, contemporaneamente o successivamente, una decisione che modifica il paragrafo 1 allo scopo di estendere le attribuzioni della

Si tratta tuttavia di una competenza non esclusiva, ma concorrente con quella degli Stati. Anche in questo caso, il Regolamento si discosta dalla proposta del 2013, che prevedeva la competenza esclusiva dell'EPPO, ed introduce un ulteriore fattore di complicazione della normativa e dell'operatività dell'organo.

Per quanto riguarda le frodi IVA (annualmente stimate, sulla base di uno studio commissionato dalla Commissione, in circa 40 miliardi di euro l'anno), ricadranno anch'esse all'interno della competenza dell'EPPO, ma solo qualora le relative condotte siano connesse al territorio di due o più Stati membri e comportino un danno complessivo pari alla considerevole cifra di almeno 10 milioni di euro. Ai sensi dell'art. 22 § 2 del Regolamento, alla competenza dell'EPPO rimarranno attratte anche le condotte di partecipazione ad un'organizzazione criminale (quali definite nella decisione quadro 2008/841/GAI33), quando l'attività dell'organizzazione criminale si incentri sulla commissione dei reati PIF. La Procura europea potrà procedere anche nei confronti di qualsiasi altro reato «indissolubilmente legato» ad un reato PIF, ma solamente alle condizioni determinate dall'articolo 25 § 3, ossia non quando il reato PIF è punito con pena eguale o meno severa rispetto a quella prevista per il reato connesso.

Con riguardo ai reati PIF che comportano un danno per gli interessi finanziari dell'Unione inferiore a 10.000 euro, la competenza dell'EPPO è residuale e ricorre

Procura europea alla lotta contro la criminalità grave che presenta una dimensione transnazionale, e che modifica di conseguenza il paragrafo 2 per quanto riguarda gli autori di reati gravi con ripercussioni in più Stati membri e i loro complici. Il Consiglio europeo delibera all'unanimità previa approvazione del Parlamento europeo e previa consultazione della Commissione»).

A seguito del discorso del Presidente Juncker sullo «Stato dell'Unione», del 13 settembre 2018, la Commissione ha inviato una comunicazione al Parlamento Europeo e al Consiglio Europeo, pubblicata il 12 settembre 2018 e discussa durante la riunione dei capi di Stato e di governo tenutasi a Salisburgo il 19-20 settembre 2018, avente ad oggetto una possibile estensione delle competenze della Procura in tal senso. Le ragioni sono, in gran parte, analoghe a quelle che hanno portato all'istituzione della Procura europea per perseguire reati lesivi degli interessi finanziari dell'UE: la frammentarietà delle indagini condotte a livello nazionale e la conseguente inefficienza dell'azione di contrasto, i ritardi e lacune nello scambio di informazioni (in questo caso, segrete), la mancanza di coordinamento fra le autorità di polizia e la magistratura, i fruttuosi risultati della cooperazione nell'esperienza di Eurojust e, al contempo, i limiti dell'azione di quest'ultimo, per la mancanza di poteri di iniziativa e di conduzione delle indagini. Oltre alla possibilità che si verifichino conflitti di giurisdizione, per esempio, laddove le vittime di un attentato terroristico provengano da diversi Paesi membri e le autorità degli stessi reclamino di avere giurisdizione per perseguire lo stesso reato su basi diverse, per esempio la nazionalità delle vittime o la competenza territoriale. La comunicazione della Commissione è accessibile cliccando su questo link: <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2018/IT/COM-2018-641-F1-IT-MAIN-PART-1.PDF>.

solo ove il caso produca «ripercussioni a livello dell'Unione» tali da giustificare il suo intervento, oppure quando risultino coinvolti nelle condotte funzionari o agenti dell'Unione europea, ovvero membri delle istituzioni. Al di sotto della soglia di sbarramento di 10.000 euro di danno, la competenza appartiene quindi alle autorità nazionali, salvo i casi eccezionali menzionati.

Un'ulteriore limitazione alla competenza della Procura europea può essere stabilita dallo stesso Collegio, al quale è rimesso di valutare l'emanazione di «direttive generali che consentano ai procuratori europei delegati di decidere, autonomamente e senza indebito ritardo, di non avocare il caso», ove si prospetti un danno agli interessi finanziari in misura inferiore a 100.000 euro. Correlativamente, l'art. 34 stabilisce che le procedure nelle quali il pregiudizio alle finanze dell'EU è inferiore a tale soglia possono essere trasferite alle autorità nazionali.

Le valutazioni dell'EPPO in materia di competenza prevalgono su quelle delle autorità nazionali. Infatti, una volta che l'EPPO abbia deciso di esercitare il diritto di avocazione, le prime si troveranno spogliate del potere di esercitare la loro competenza in relazione alla medesima condotta criminosa («trasferiscono il fascicolo all'EPPO e si astengono da ulteriori atti d'indagine in relazione allo stesso reato»: art. 27 § 5).

Quanto al concreto esercizio della competenza, l'art. 24 del Regolamento dispone che le istituzioni, gli organi, gli uffici e le agenzie dell'Unione e le competenti autorità degli Stati membri comunichino la *notizia criminis* relativa a casi che rientrano nella sua competenza «senza indebito ritardo» alla Procura europea, la quale può avviare direttamente l'indagine (artt. 25 e 26), previa annotazione della stessa, a cura del procuratore europeo, nel sistema di gestione automatica dell'EPPO (art. 24), oppure, se l'indagine è già stata avviata da un'autorità nazionale (con l'iscrizione della notizia di reato secondo la normativa domestica), può avocare a sé l'indagine nazionale (art. 27). Il potere di avocazione è previsto come lo strumento ordinario attraverso cui l'EPPO esercita la propria potestà in ordine ad indagini aperte da uno Stato partecipante: avuta conoscenza dell'indagine, la Camera permanente deve decidere entro cinque giorni dalla ricezione della comunicazione dell'autorità nazionale se avocare l'indagine. Il procuratore europeo non ha autonomia decisionale al riguardo. Le autorità nazionali devono, nelle more, astenersi dal compiere atti che possano in qualsiasi misura pregiudicare le prerogative della Procura europea, salvo eventuali atti urgenti.

L'art. 26 § 4⁹⁶ detta i criteri per stabilire quale procuratore europeo sia competente, con specifico riferimento al caso di indagini transnazionali⁹⁷.

A trattare il caso sarà normalmente il procuratore europeo delegato dello Stato membro in cui si trova il centro dell'attività criminosa oppure, se sono stati commessi più reati connessi di competenza dell'EPPO, quello dello Stato membro in cui è stato commesso il maggior numero di reati, con limitate possibilità di deroga, affidate alle Camere permanenti, legate ai criteri della residenza principale o della nazionalità dell'imputato od al luogo di produzione del danno. Poiché all'individuazione del PED competente è correlata l'applicazione della relativa legislazione nazionale, con tutto quanto consegue in materia di garanzie procedurali (art. 41) e di disciplina processuale, è chiara l'importanza di questa disposizione, che pone dei criteri vincolanti, sufficientemente chiari, derogabili dalla Camera permanente solo ove adeguatamente giustificati e comunque secondo un ordine di priorità non modificabile.

Più problematica è la successiva previsione (§ 5), che attribuisce alle Camere permanenti il potere di riassegnare eventualmente il caso al PED di un altro Stato membro ovvero di riunire o separare i procedimenti⁹⁸. E' stabilito, quale requisito, che ciò debba esser fatto «nell'interesse generale della giustizia» e comunque in conformità ai criteri di scelta del procuratore europeo delegato. Non è però precisato cosa debba intendersi per interesse generale della giustizia. Qualche elemento chiarificatore potrebbe venire dal considerando 68: «Se più procuratori europei delegati hanno avviato indagini in relazione allo stesso reato, la camera permanente

⁹⁶ «Un caso è di norma aperto e trattato da un procuratore europeo delegato dello Stato membro in cui si trova il centro dell'attività criminosa oppure, se sono stati commessi più reati connessi di competenza dell'EPPO, dello Stato membro in cui è stata commessa la maggior parte dei reati. Un procuratore europeo delegato di un altro Stato membro competente nel caso di specie può avviare o essere incaricato dalla camera permanente competente di avviare un'indagine soltanto qualora una deviazione dalla norma di cui alla precedente frase sia debitamente giustificata, tenuto conto dei seguenti criteri, in ordine di priorità: a) il luogo di residenza abituale dell'indagato o dell'imputato; b) la nazionalità dell'indagato o dell'imputato; c) il luogo in cui si è verificato il danno finanziario principale».

⁹⁷ Considerazioni critiche sulla soluzione adottata formula Giuffrida F., *Cross-Border Crimes and the European Public Prosecutor's Office*, in *Eucrim* n. 3/2017, pag. 152 e ss.

⁹⁸ «Finché non sia deciso di esercitare l'azione penale ai sensi dell'articolo 36, la camera permanente competente può, in un caso rientrante nella competenza di più Stati membri e previa consultazione con i procuratori europei e/o i procuratori europei delegati interessati, decidere di:

a) riassegnare il caso a un procuratore europeo delegato di un altro Stato membro;
b) riunire o separare i casi e, per ogni caso, scegliere il procuratore europeo delegato che ne è incaricato, se tali decisioni sono nell'interesse generale della giustizia e conformi ai criteri di scelta del procuratore europeo delegato incaricato del procedimento ai sensi del paragrafo 4 del presente articolo».

dovrebbe, se del caso, riunire tali indagini. La camera permanente può decidere di non riunire o di separare successivamente tali procedimenti qualora ciò sia nell'interesse dell'efficienza delle indagini, ad esempio se un procedimento nei confronti di un indagato o di un imputato può essere chiuso in una fase più precoce, mentre i procedimenti nei confronti di altri indagati o imputati devono ancora proseguire, o se la separazione del caso può abbreviare il periodo di detenzione preventiva di uno degli indagati».

In mancanza di ulteriori indicazioni normative, che orientino la decisione entro parametri predefiniti, è evidente che la delicatissima decisione in merito allo spostamento di un'indagine da uno Stato ad un altro presenta ampi margini di discrezionalità, e che l'indagato potrebbe trovarsi esposto al rischio di dover modificare la propria strategia difensiva in relazione alle diverse caratteristiche di un altro sistema legale. Tale decisione è rimessa, in definitiva, ad una valutazione della Procura europea: le Camere permanenti stabiliranno, in ipotesi di reati transnazionali, quale PED incaricare del caso e così, per questa via, quale è la legge nazionale applicabile alle indagini ed al successivo processo.

Una situazione analoga ricorre quando la Camera penale deve esercitare l'azione penale, in caso di procedimenti condotti da diversi PED nei confronti della stessa o delle stesse persone: è previsto che essa possa riunirli e decidere in quale Stato membro debba svolgersi il processo (art. 36 § 4)⁹⁹. E' auspicabile che le Camere permanenti facciano uso di tali poteri con grande moderazione, se non in casi eccezionali, e comunque sempre supportando la decisione con un adeguato apparato motivazionale.

⁹⁹ Considerazioni fortemente critiche, al riguardo, esprime TRAVERSA E., *op. cit.*, pagg. 13-14, secondo il quale «Questa grande latitudine lasciata alle camere permanenti nell'assegnazione, trasferimento, riunione o separazione e riassegnazione di procedimenti da uno Stato membro ad un altro Stato membro, sia nella fase delle indagini, che nella fase dell'esercizio dell'azione penale, pone tuttavia un serio problema istituzionale di compatibilità degli art. 26 e 36 del regolamento EPPO, o quantomeno della loro applicazione nei singoli procedimenti, con l'art. 48, par. 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea in forza del quale "Il rispetto della difesa è garantito ad ogni imputato". Non va dimenticato infatti che la Carta "ha lo stesso valore giuridico dei Trattati" e quindi ha un rango di natura costituzionale, e quindi superiore, rispetto agli atti legislativi dell'Unione. Come acutamente osservato in uno dei primi commenti a queste importanti norme del regolamento EPPO, ogni cambiamento di Stato membro incide profondamente ed in modo fortemente pregiudizievole sulla strategia difensiva dell'imputato».

7. *Le indagini dell'EPPO: un complesso connubio tra sistema europeo e sistemi nazionali*

Con riguardo alla *fase delle indagini*, è stabilito, dall'attuale disciplina, che gli Stati membri mettano a disposizione dei PED *un 'pacchetto' minimo di misure investigative* (art. 30), che possono venire direttamente ordinate oppure richieste da parte del procuratore delegato, relativamente a reati sanzionati con una pena massima di almeno quattro anni, ma «soltanto qualora vi sia fondato motivo di ritenere che le misure specifiche in questione possano fornire informazioni o prove utili all'indagine, e qualora non sia disponibile alcuna misura meno intrusiva che consenta di conseguire lo stesso obiettivo» (§ 5). Ove non già previste negli ordinamenti nazionali, esse dovranno perciò essere introdotte dagli Stati partecipanti, con ciò realizzandosi una parziale armonizzazione delle normative nazionali, ma solo sotto tale limitato aspetto. A queste si aggiungono le misure, ulteriori, disponibili per casi analoghi in base alla normativa nazionale.

Questa dotazione “minima” prevede la possibilità di effettuare od ottenere: a) perquisizioni, estese anche ai sistemi informatici, nonché qualsiasi misura cautelare necessaria a preservare l'integrità delle prove; b) produzione di oggetti o documenti; c) produzione di dati informatici, inclusi i dati relativi a conti bancari e quelli relativi al traffico, con espressa esclusione però dei dati specificamente conservati ai sensi dell'art. 15, § 1 seconda frase, della direttiva 2002/58/CE (tra i quali quelli per motivi legati alla salvaguardia della sicurezza dello Stato, della difesa, della sicurezza pubblica); d) congelamento dei proventi o degli strumenti di reato, anche al fine di assicurarne la successiva confisca; e) intercettazione delle comunicazioni elettroniche; f) tracciamento e rintracciamento di un oggetto mediante mezzi tecnici, comprese le consegne controllate di merci.

Le misure relative alla produzione di dati informatici, all'intercettazione delle comunicazioni elettroniche ed al tracciamento (lettere c), e) e f) sono assoggettabili alle ulteriori condizioni e limitazioni previste dal diritto nazionale applicabile in materia ed è inoltre consentito, agli Stati, limitare le ultime due categorie di misure (intercettazioni e tracciamento) a specifici reati gravi, con il solo onere, per lo Stato che intenda avvalersi di tale facoltà, di notificare all'EPPO l'elenco di questi reati.

Circa le *modalità di svolgimento delle indagini e di compimento degli atti investigativi*, il procuratore europeo delegato, incaricato del caso, può adottare le misure d'indagine personalmente oppure incaricarne le autorità competenti del suo Stato membro, le quali conserveranno comunque il potere di mettere in atto in qualsiasi momento le misure urgenti necessarie per garantire l'efficacia delle indagini stesse, anche quando non agiscano su sua specifica istruzione. La camera permanente competente, su proposta del procuratore europeo incaricato della supervisione, può decidere di trasferire l'indagine ad altro PED dello stesso Stato membro ove quello già incaricato sia impossibilitato a svolgerla od abbia omesso di seguire le istruzioni che gli sono state impartite dalla camera o dal procuratore europeo. Quando tale meccanismo di riassegnazione non abbia dato risultati od in altri casi eccezionali, legati alla gravità del reato (in particolare alla luce delle sue possibili ripercussioni a livello dell'Unione) od al fatto che l'indagine riguardi funzionari o membri delle istituzioni UE, il procuratore europeo incaricato della supervisione, previa approvazione della competente camera permanente, potrà assumere direttamente la conduzione dell'indagine, adottando le relative misure di persona o dandone incarico alle autorità competenti del suo Stato membro (art. 28).

Una volta assunta la diretta conduzione delle indagini, gli Stati membri dovranno assicurare che il procuratore europeo sia autorizzato a disporre od a chiedere misure d'indagine e altre misure e che abbia poteri, responsabilità ed obblighi propri di un procuratore europeo delegato. Il Regolamento precisa, come sopra anticipato, che «Le procedure e le modalità per l'adozione delle misure sono disciplinate dal diritto nazionale applicabile» (§ 5).

8. *Le indagini transfrontaliere*

A tale tema sono dedicate, per quanto qui interessa, due apposite disposizioni, gli articoli 31 e 32 del Regolamento (ai quali si aggiunge la disposizione sull'arresto e detenzione preventiva: art. 33), che pongono una disciplina piuttosto articolata.

Se una misura deve essere adottata in uno Stato diverso da quello del PE che ha in carico il caso (appartenente allo Stato ove verrà celebrato il giudizio), quest'ultimo decide qual è la misura necessaria – che può essere una qualsiasi di quelle previste dall'art. 30 o anche una ulteriore e diversa purchè prevista dalla normativa nazionale -

e la assegna al PED avente sede nello Stato membro tenuto a prestare assistenza. Ciascuno dei PED interessati dovrà preoccuparsi di chiedere ed ottenere le autorizzazioni giudiziarie eventualmente necessarie nel rispettivo Stato di appartenenza – ossia anche solo nello Stato del PE incaricato del caso, quando non è prevista anche in quello dello Stato che deve prestare assistenza -, fermo restando che, in relazione a ciascuna misura, essa non dovrà comunque esser richiesta due volte (si veda il considerando n. 72).

E' interessante notare che, ove l'autorizzazione giudiziale venga rifiutata (vale a dire «una volta esperite tutte le vie di ricorso»: considerando n. 72), il PED incaricato del caso «ritira l'assegnazione», il che equivale ad una sostanziale rinuncia a quell'atto investigativo o probatorio.

L'art. 31 § 2 prescrive inoltre che «La giustificazione e l'adozione di tali misure sono disciplinate dal diritto dello Stato membro del procuratore europeo delegato incaricato del caso». Ciò significa che i requisiti legali richiesti per l'emissione della misura sono quelli previsti dalla normativa nazionale del PED incaricato del caso, che conduce le indagini. Per contro, la disciplina concernente l'esecuzione della stessa è quella stabilita dal Regolamento e dal diritto nazionale dello Stato membro del PED incaricato di prestare assistenza, il quale è però tenuto ad osservare «le formalità e le procedure espressamente indicate dal procuratore europeo delegato incaricato del caso, a meno che tali formalità e procedure non siano in conflitto con i principi fondamentali del diritto dello Stato membro del procuratore europeo delegato incaricato di prestare assistenza» (art. 32).

Il meccanismo previsto dagli articoli 31 e 32 replica quello stabilito per l'ordine di indagine europeo, ossia una combinazione di *lex fori* e *lex loci*: a richiesta del PED che conduce le indagini, le modalità di compimento dell'atto e le relative forme possono seguire la *lex fori* - salvo che ciò contrasti con i principi fondamentali dell'ordinamento ove deve essere eseguita la misura - mentre, in mancanza di indicazioni, il PED che deve prestare assistenza applicherà la *lex loci*. Tuttavia, la disciplina è estremamente scarna e solo l'esperienza applicativa consentirà di verificare quali problematiche si porranno e con quali modalità esse verranno risolte.

In definitiva, ai sensi del Regolamento, il PED dello Stato membro che deve prestare assistenza è tenuto a dare immediata esecuzione - personalmente ovvero

dando incarico all'autorità nazionale competente - alla misura indicata dal PED incaricato del caso, senza la necessità del ricorso ad alcuno strumento di reciproco riconoscimento o mutua assistenza, in quanto articolazione locale dell'unico ufficio del procuratore europeo.

Vi sono però alcune situazioni in cui gli è consentito non «intraprendere» la misura e di rimettere la questione sia al PE responsabile della supervisione, sia a quello incaricato del caso, al fine di trovare una soluzione «a livello bilaterale». Si tratta dei casi in cui «una misura alternativa, ma meno intrusiva, consenta di conseguire gli stessi risultati della misura assegnata; o ... la misura assegnata non esista o non sarebbe disponibile in un caso nazionale analogo ai sensi del diritto del suo Stato membro» (art. 31 § 5), oltre che di situazioni di incompletezza o errore dell'assegnazione nonché di impossibilità di compiere l'atto nei termini. In mancanza di soluzione 'concordata', la questione viene rimessa alla camera permanente competente, che decide sollecitamente se si deve applicare la misura indicata dal PED ovvero una sostitutiva.

Tra le situazioni che impediscono la sollecita esecuzione della misura non è espressamente indicata la contrarietà ai principi generali del diritto dello Stato incaricato di prestare assistenza, ma è del tutto verosimile che, anche in tal caso, si seguirà la procedura sopra indicata, in mancanza di qualunque altra indicazione contenuta nel Regolamento, giacché, in caso contrario si verificherebbe una situazione di stallo non superabile.

Ove la misura non sia prevista dal diritto interno, ma sia disponibile ricorrendo agli strumenti giuridici di reciproco riconoscimento o di cooperazione transfrontaliera, i PED interessati potranno allora far uso di tali strumenti di concerto con i procuratori (§ 6).

Non è chiaro come, in concreto, verranno superate le difficoltà in questione, specie ove si consideri che gli strumenti richiamati richiedono anch'essi, per essere attivati, che la misura alternativa sia disponibile in un caso interno analogo (così la disciplina sull'OEI).

Infine, il Regolamento detta una disposizione che concerne l'utilizzabilità del risultato probatorio acquisito dalla Procura europea e della cui effettiva utilità sembra lecito dubitare. L'art. 37 si premura, per un verso, di vietare che la prova assunta in

uno Stato membro possa essere esclusa per il solo fatto di essere stata raccolta in altro Stato membro ed in base alle regole di quest'ultimo; per altro verso, afferma che la disciplina posta dal Regolamento «non pregiudica» la libera valutazione della prova, offerta dall'imputato o dai procuratori europei, da parte delle autorità giurisdizionali nazionali. Si tratta, ad avviso della scrivente, di principi ovvi, già insiti nel sistema, la cui applicazione non richiedeva una espressa enunciazione.

9. Il controllo giurisdizionale sugli atti del procuratore europeo

L'art. 42 del Regolamento EPPO¹⁰⁰ attribuisce ai tribunali nazionali, secondo le regole domestiche, il controllo sugli «atti procedurali dell'EPPO destinati a produrre effetti giuridici nei confronti di terzi» compiuti prima dell'imputazione, compresi quelli omissivi, nei casi in cui l'EPPO ha l'obbligo legale di provvedere. La legittimità degli atti verrà da questi verificata sulla base del diritto dell'Unione, compreso il

¹⁰⁰ 1. Gli atti procedurali dell'EPPO destinati a produrre effetti giuridici nei confronti di terzi sono soggetti al controllo degli organi giurisdizionali nazionali competenti conformemente alle procedure e ai requisiti stabiliti dal diritto nazionale. Lo stesso vale per la mancata adozione da parte dell'EPPO di atti procedurali destinati a produrre effetti giuridici nei confronti di terzi la cui adozione era obbligatoria ai sensi del presente regolamento.

2. Conformemente all'articolo 267 TFUE, la Corte di giustizia è competente a pronunciarsi, in via pregiudiziale su:

a) la validità degli atti procedurali dell'EPPO nella misura in cui una tale questione di validità sia sollevata dinanzi a un organo giurisdizionale di uno Stato membro direttamente sulla base del diritto dell'Unione;

b) l'interpretazione o la validità di disposizioni del diritto dell'Unione, compreso il presente regolamento;

c) l'interpretazione degli articoli 22 e 25 del presente regolamento relativamente a eventuali conflitti di competenza tra l'EPPO e le autorità nazionali competenti.

3. In deroga al paragrafo 1 del presente articolo, le decisioni dell'EPPO di archiviare un caso, nella misura in cui siano contestate direttamente sulla base del diritto dell'Unione, sono soggette al controllo giurisdizionale della Corte di giustizia conformemente all'articolo 263, quarto comma, TFUE.

4. Conformemente all'articolo 268 TFUE, la Corte di giustizia è competente in eventuali controversie relative al risarcimento dei danni causati dall'EPPO.

5. Conformemente all'articolo 272 TFUE, la Corte di giustizia è competente per eventuali controversie relative a clausole compromissorie contenute in contratti conclusi dall'EPPO.

6. Conformemente all'articolo 270 TFUE, la Corte di giustizia è competente per eventuali controversie relative a questioni connesse al personale.

7. La Corte di giustizia è competente per la rimozione del procuratore capo europeo o dei procuratori europei a norma, rispettivamente, dell'articolo 14, paragrafo 5, e dell'articolo 16, paragrafo 5.

8. Conformemente all'articolo 263, quarto comma, TFUE il presente articolo lascia impregiudicato il controllo giurisdizionale della Corte di giustizia delle decisioni dell'EPPO che incidono sui diritti degli interessati, ai sensi del capo VIII, e delle decisioni dell'EPPO che non sono atti procedurali, quali le decisioni dell'EPPO riguardanti il diritto di accesso del pubblico ai documenti, o le decisioni di rimozione di procuratori europei delegati adottate a norma dell'articolo 17, paragrafo 3, del presente regolamento, o di qualsiasi altra decisione amministrativa.

Regolamento, e del diritto nazionale, che si applica agli aspetti non trattati da quest'ultimo (considerando n. 88).

E' una soluzione coerente con la scelta, fatta a monte, di applicare prevalentemente il diritto nazionale, nel corso delle indagini, agli atti dell'EPPO, che sono strettamente collegati alla successiva azione penale, e pertanto producono i loro effetti negli ordinamenti giuridici degli Stati partecipanti.

E' un caso di «deroga del tutto eccezionale» - ma che rinviene l'esplicita base legale nell'art. 86 TFUE - al principio generale dell'ordinamento europeo secondo il quale spetta alla Corte di Giustizia europea la competenza esclusiva sul controllo di legittimità sugli atti dell'Unione, ai sensi dell'art. 263 TFUE¹⁰¹. La giustificazione di questo eccezionale potere di deroga attribuito al legislatore europeo risiede nella natura specifica dei compiti e della struttura dell'EPPO, che è diversa da tutti gli altri organi e agenzie dell'Unione e richiede norme speciali in materia di controllo giurisdizionale (considerando n. 86).

La disposizione del Regolamento è scarna, ma alcuni considerando (nn. 86-89) forniscono preziosi chiarimenti.

In primo luogo, sembra significativo che il legislatore europeo abbia tenuto a precisare che tra gli atti impugnabili rientrano espressamente quelli «relativi alla scelta dello Stato membro i cui organi giurisdizionali saranno competenti a procedere, che sarà determinata sulla base dei criteri stabiliti nel presente regolamento», i quali «dovrebbero pertanto essere assoggettati al controllo giurisdizionale degli organi giurisdizionali nazionali al più tardi nella fase processuale» (considerando n. 87). Per quanto la previsione sia ovvia, essa è comunque opportuna, venendo in questione uno degli atti tra i più delicati dell'EPPO, come sopra visto, per le ripercussioni sulla individuazione della normativa domestica applicabile e delle garanzie difensive.

Gli Stati non sono invece tenuti a prevedere il controllo giurisdizionale degli atti procedurali che non sono destinati a produrre effetti giuridici nei confronti di terzi, come la nomina di esperti o il rimborso delle spese sostenute dai testimoni; ove ciò sia però previsto dagli ordinamenti interni, il Regolamento non è ostativo ad essi.

Meno ovvio, stante la diversità dei regimi nazionali, è che per «terzi» cui devono essere assicurati i rimedi giurisdizionali debbano intendersi «l'indagato, la vittima e

¹⁰¹ TRAVERSA E., op. cit., pag. 34.

altri interessati i cui diritti potrebbero essere pregiudicati da tali atti» (considerando n. 87). In forza del Regolamento EPPO, gli Stati che non ne siano provvisti, saranno pertanto tenuti a predisporre adeguati rimedi in favore di soggetti, diversi dall'indagato, attinti dalle misure investigative emesse dalla Procura europea.

Il Regolamento richiama l'obbligo degli Stati membri di assicurare «rimedi giurisdizionali effettivi ai sensi dell'articolo 19, paragrafo 1, secondo comma, TUE», obbligo che, secondo l'interpretazione della Corte di giustizia, si sostanzia nella previsione di modalità procedurali nazionali non meno favorevoli di quelle previste per ricorsi analoghi di natura interna (principio di equivalenza), né tali da rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione (principio di effettività) (considerando n. 88). Nessuna armonizzazione del sistema delle impugnazioni è prevista; ciò significa che restano ferme le differenze, anche consistenti, tra Stato e Stato sui rimedi giurisdizionali attivabili. Si ripropongono pertanto considerazioni del tutto analoghe a quelle svolte in merito alle garanzie procedurali, circa la sostanziale disparità di trattamento tra cittadini europei indagati per i medesimi reati, ai quali sarà assicurato un diverso livello di tutela impugnatoria.

I tribunali nazionali decidono altresì su eventuali conflitti di competenza tra l'EPPO e le autorità nazionali (art. 25 §6), ma alla Corte di Giustizia alla Corte di Giustizia è affidato il compito di interpretare, in sede di rinvio pregiudiziale, le norme regolamentari che regolamentano la ripartizione delle competenze (art. 42 § 2 lett. c).

La loro competenza non si estende invece alla decisione dell'EPPO di archiviare un caso, che appartiene alla Corte di Giustizia nella misura in cui essa venga contestata sulla base del diritto dell'Unione e ad una serie di ulteriori casi (controversie relative al risarcimento dei danni causati dalla Procura europea, a clausole compromissorie da essa stipulate, a questioni inerenti il personale, decisioni dell'EPPO, che incidono sui diritti degli interessati, in materia di protezione dei dati personali, atti non procedurali (concernenti il diritto di accesso del pubblico ai documenti), decisioni di rimozione di procuratori europei delegati o qualunque altra decisione amministrativa (§§ da 3 a 8).

Rimane ferma poi la generale competenza della Corte di Giustizia, prevista dall'art. 267 TFUE, sull'interpretazione, in via pregiudiziale, del diritto dell'Unione, compresi il regolamento e le direttive applicabili (§ 2), tra le quali, segnatamente, la

direttiva PIF e quelle sulle garanzie procedurali, ma non anche «sulla validità degli atti procedurali dell'EPPO per quanto riguarda il diritto processuale nazionale o le disposizioni nazionali di recepimento di direttive, anche se il presente regolamento vi fa riferimento» (considerando n. 88).

CAPITOLO QUARTO

LA PROVA DIGITALE

NUOVI PARADIGMI NELLA DIMENSIONE TRANSFRONTALIERA DELL'ACQUISIZIONE PROBATORIA ED IMPATTO SUI DIRITTI FONDAMENTALI

SOMMARIO: 1. *Le questioni sul tappeto: cenni preliminari* - 2. *La centralità della prova digitale: a) Il dato quantitativo b) La cifra qualitativa* - 3. *Le ricadute sul modello processuale penale nazionale* - 4. *L'impatto sui diritti fondamentali* - 5. *Il quadro normativo sovranazionale. La Convenzione di Budapest sulla criminalità informatica: a) un inedito modello di cooperazione b) i nuovi mezzi di raccolta della prova digitale c) il criterio di graduazione delle misure in relazione all'impatto sui diritti fondamentali* - 6. *Lo scambio spontaneo di informazioni e la cooperazione volontaria degli Internet Server Provider* - 7. *Le soluzioni individuate in ambito internazionale: il «Cloud Act»* - 8. *Le prospettive de jure condendo: la proposta di un Secondo Protocollo addizionale alla Convenzione di Budapest* - 9. *... Le iniziative legislative dell'Unione Europea. La proposta di Regolamento sulle prove elettroniche in materia penale*

1. Le questioni sul tappeto: cenni preliminari

Il tema della prova digitale riveste un particolare interesse ai fini della presente ricerca, non solo per il dato quantitativo, è di gran lunga quella più ricorrente nei processi penali, ma soprattutto per due caratteri peculiari che la contraddistinguono: la naturale vocazione transnazionale e la più penetrante capacità di intrusione, nella sfera privata degli individui, degli strumenti investigativi di ultima generazione, che si avvalgono della più avanzata tecnologia informatica e che costituiscono una seria minaccia per i diritti fondamentali della persona.

Essa pone, in generale, una serie di questioni inedite, a livello sia nazionale che sovranazionale, giacché i tradizionali mezzi di investigazione e di prova sono stati pensati in (e per) un contesto sociale e storico profondamente diverso da quello attuale, nel quale la digitalizzazione e la globalizzazione erano ancora molto di là a venire e probabilmente neanche erano immaginabili, quanto meno nella odierna portata. Questi, immaginati per essere applicati in una dimensione spaziale fisica ben delimitata (si pensi alle perquisizioni ed ai sequestri), mal si attagliano, specie in alcuni casi, ad essere applicati in uno spazio immateriale, quale è tipicamente quello virtuale, che invece non ha confini, e mostrano chiaramente i segni del tempo, perché superati dall'evoluzione tecnologica. Soprattutto, si

rivelano inadeguati ad assicurare le necessarie garanzie di tutela dei diritti fondamentali, sia di quelli ‘tradizionali’, consacrati dalla Carta costituzionale e dalle Carte sovranazionali dei diritti, sia di quelli di nuova generazione, anch’essi frutto dello sviluppo della scienza informatica (si pensi al domicilio ed alla riservatezza informatici).

La carica innovativa delle questioni sollevate dalla prova digitale ha una portata dirompente, che va ben oltre l’ambito delle categorie probatorie ed attinge i principi fondanti del nostro ordinamento nazionale ed anche di quello sovranazionale.

Si è infatti progressivamente acquisita la consapevolezza che il prepotente ingresso della prova scientifica, nella quale rientra la prova digitale, in ambito penale ha modificato di fatto il nostro modello processuale che, da accusatorio, ha assunto aspetti più marcatamente inquisitori, con lo spostamento del baricentro del diritto alla prova dal dibattimento alla fase investigativa, sede privilegiata della ricerca ed acquisizione della prova digitale¹⁰².

La ulteriore prospettiva della prova digitale predittiva – ancora allo studio nel nostro Paese, ma già sperimentata in altri, e sulla quale si sta oggi concentrando il prevalente dibattito dottrinario – apre poi scenari futuri del tutto vergini e, per certi versi, inquietanti. Attraverso l’elaborazione di algoritmi che elaborano i dati immessi nel sistema informatico, si generano automaticamente dei risultati che dovrebbero fornire al giudice strumenti di conoscenza basati su calcoli probabilistici, che potrebbero essere applicati nella determinazione della pena¹⁰³.

L’obsolescenza dei tradizionali istituti probatori è ancor più evidente in materia di cooperazione internazionale, terreno molto scivoloso per la prova digitale, che tende a sottrarsi, per le sue caratteristiche intrinseche, a forme di collaborazione tra Stati. In questo ambito essa mette in massima tensione – e rende di fatto inapplicabili - i tradizionali principi di territorialità e di sovranità, che da sempre sono i cardini sui quali si fondano il diritto

¹⁰² Con riguardo, in generale, al proliferare della *scientific evidence* nel processo penale, LUPARIA L., *Investigazione penale e tecnologia informatica. L’accertamento del reato tra progresso scientifico e garanzie fondamentali*, Milano, 2007, pag. 128, si interroga «se abbia ancora senso parlare della prova orale in termini di chiave di volta del processo accusatorio, allorché sempre più giudizi paiono fondarsi su evidenze scientifiche formatesi nella prima fase del procedimento e che, veicolate nella scansione dibattimentale, riducono il “contraddittorio per la prova” ad un mero esercizio di dialettica su materiali non facilmente decifrabili e già “preconfezionati” in sede di indagini preliminari».

¹⁰³ Si veda COSTANZI G., *Big data e garantismo digitale. Le nuove frontiere della giustizia penale nel XXI secolo*, in www.lalegislazionepenale.eu, 31 dicembre 2019. In generale, sul tema si possono leggere i numerosi contributi pubblicati su penalecontemporaneo.it, n. 2/2019, numero speciale, *Nuove frontiere tecnologiche e sistema penale. Sicurezza informatica, strumenti di repressione e tecniche di prevenzione*.

internazionale ed i rapporti tra gli Stati: i dati digitali sono contenuti in uno spazio non fisico, ma virtuale e globale, spesso difficilmente localizzabile e addirittura ‘mobile’, privo di confini interni perché sostanzialmente unico. Il fatto che gli attuali strumenti investigativi di sorveglianza occulta consentano, dal punto di vista tecnologico, di accedere direttamente ai dati digitali anche oltre il territorio nazionale, senza che sia necessaria la intermediazione di autorità straniere, entra in rotta di collisione col principio di giurisdizione, che impone alle autorità investigative di uno Stato di attivare gli strumenti di cooperazione internazionale, con il coinvolgimento delle autorità straniere, per ricercare e raccogliere elementi di prova che si trovano in un altro Stato.

Insomma, l’attuale livello dello sviluppo tecnologico ‘preme’ verso la ricerca di soluzioni giuridiche innovative, in grado di fronteggiare le nuove sfide, non potendosi più applicare, in molti casi, le categorie concettuali e gli istituti tradizionali.

Tali soluzioni sono state individuate in un nuovo modello di cooperazione internazionale che si sta consolidando, efficacemente definito «di terzo tipo»¹⁰⁴, caratterizzato dal fatto che le procedure di raccolta della prova transnazionale non si configurano più come rapporti tra autorità governative (di mutua assistenza) o giudiziarie (di mutuo riconoscimento), ma come rapporti tra autorità giudiziarie e soggetti privati, ossia i rappresentanti legali degli *Internet Server Provider (ISP)*, che sono i principali detentori mondiali di dati digitali.

Con ciò, anche un altro storico caposaldo degli ordinamenti nazionali è intaccato: l’attività di ricerca e raccolta della prova transnazionale – tradizionalmente e gelosamente riservata all’autorità pubblica e diretta manifestazione del potere statale e della sua sovranità – viene svolta attraverso la partecipazione, imprescindibile, di soggetti privati e senza il coinvolgimento dello Stato di esecuzione (quanto meno in prima battuta). Con accenti preoccupati si parla di «privatizzazione di un’attività tradizionalmente riservata ad organi pubblici»¹⁰⁵ perché il controllo circa il rispetto dei diritti fondamentali verrebbe ad

¹⁰⁴ Così SIRACUSANO F., *La prova informatica*, relazione svolta al XXX Convegno Nazionale dell’Associazione tra gli studiosi del processo penale “G.D. Pisapia”, *Investigazioni e prove transnazionali*, Roma, 20-21 ottobre 2016 – Università La Sapienza, pag.10. Per l’Autore, questa modalità di raccolta della prova transnazionale «sigla il passaggio dalla cooperazione “mediata” dal controllo politico-amministrativo, alla cooperazione “diretta” fra autorità giudiziarie, fino ad approdare ad una cooperazione filtrata dal solo “consenso” del soggetto che può legalmente disporre del dato che può acquisire».

¹⁰⁵ In questi termini, DANIELE M., *L’acquisizione delle prove digitali dai service provider: un preoccupante cambio di paradigma nella cooperazione internazionale*, in *Rev. Bras. de Direito Processual Penal*, vol. 5, n. 3, set.-dez. 2019, p. 1288. Il fatto che la proposta di Regolamento sulle prove elettroniche preveda, per la

essere demandato a soggetti privati, le azioni dei quali sono orientate da criteri di tipo economico e di lucro, e comunque certamente non di tutela di interessi estranei a quelli propri.

Le origini di questo nuovo modello di cooperazione si rinvergono, in ambito internazionale, nella Convenzione sulla criminalità informatica del Consiglio d'Europa, stipulata a Budapest nel 2001, che è stata ratificata, tra gli altri, dagli Stati membri dell'Unione Europea (salvo Irlanda e Svezia).

De jure condendo, esso è destinato ad essere recepito dal diritto europeo, essendo stato previsto nella proposta di Regolamento elaborata nel 2018 dalla Commissione europea in materia di prova elettronica, come meglio si dirà più avanti, che tuttavia lo proietta verso orizzonti più avanzati.

Allo stato attuale, non può tuttavia non rilevarsi che alla novità e complessità delle problematiche poste dalla prova digitale fanno da contraltare la perdurante inadeguatezza del quadro normativo sovranazionale stabilito nell'ambito del Consiglio d'Europa, anche per l'insoddisfacente attuazione data alla Convenzione dai legislatori nazionali, e la mancanza di una specifica disciplina nel diritto dell'Unione Europea.

A ciò si accompagna un quadro normativo nazionale fortemente diversificato e frammentato, e comunque in continua evoluzione. Il risultato è che, in questa situazione, non vi sono adeguate garanzie di tutela dei diritti fondamentali e nemmeno una risposta soddisfacente alle esigenze di celerità ed efficienza dell'azione repressiva, specie nei casi in cui è invece più urgente un immediato contrasto, a tutela della sicurezza ed incolumità pubbliche.

Al contempo, il contesto dell'Unione Europea, oltre che del Consiglio d'Europa, è quello nel quale si stanno discutendo le iniziative normative più interessanti in tema di prova informatica: con una decisa inversione di tendenza rispetto agli altri strumenti di cooperazione in ambito probatorio, la menzionata proposta elaborata dalla Commissione europea, attraverso la scelta del regolamento anziché della direttiva, coraggiosamente imbocca la via della disciplina uniforme della prova transnazionale digitale in tutti gli Stati

prima volta, che le richieste dell'autorità giudiziaria di acquisizione dei dati digitali vengano indirizzate agli *Internet server providers* segna, a suo dire, «un cambio di paradigma della filosofia della cooperazione giudiziaria di non poco conto. I nuovi congegni non sostituirebbero, ma si affiancherebbero alla rogatoria e all'OEI, ampliando così le possibilità per le autorità giudiziarie dell'Unione di venire in possesso delle prove digitali non disponibili nei propri paesi. Non è difficile prevedere, tuttavia, che, grazie alla loro maggiore efficacia applicativa, essi assumerebbero un'importanza preminente» (*ibidem*, pag. 1283).

membri, un obiettivo senz'altro consentito dall'art. 82 TFUE ed anzi incentivato, ma sinora rimasto inattuato, come si è detto nel capitolo precedente. E', questo, un percorso necessario perché imposto dalle peculiari caratteristiche della prova digitale, caratteristiche che nei prossimi paragrafi rapidamente si vanno ad esaminare.

2. La centralità della prova digitale: a) Il dato quantitativo b) La cifra qualitativa

Si calcola che in più della metà dei procedimenti penali pendenti innanzi agli Stati membri dell'Unione Europea vi sia la necessità di formulare richieste transnazionali di acquisizione di dati elettronici¹⁰⁶ - e ciò anche quando l'accertamento concerna reati nazionali - e che, in oltre l'80% di quelli italiani, la prova raccolta dalle autorità investigative abbia natura digitale o informatica¹⁰⁷, ossia concerna informazioni, contenute in supporti elettronici, costituiti da flussi elettrici che hanno natura immateriale e che necessitano di essere 'decriptati' in un linguaggio (scritto, sonoro, visivo) intellegibile a chiunque.

Si tratta di una conseguenza direttamente collegabile all'evoluzione tecnologica ed al massiccio ingresso dell'informatica nella vita quotidiana delle persone, almeno nelle società

¹⁰⁶ Dato raccolto dalla Commissione europea nel 2018: si veda il *Commission Staff working document, Impact Assessment*, SWD (2018), pag. 14.

¹⁰⁷ I termini vengono qui utilizzati in modo atecnico. E' però forse utile ricordare che le parole «digitale» e «informatico» non hanno lo stesso significato, sebbene vengano spesso impropriamente interscambiati: con «digitale» ci si riferisce alla rappresentazione di un dato mediante un simbolo numerico (*bit*: 0 e 1), mentre per «informatico» si intende la capacità di elaborazione automatica dei dati – attraverso l'uso di macchine - resa possibile dai metodi e dalle teorie dell'informatica, che è una disciplina scientifica.

Il termine digitale deriva dal latino *digitus*, ossia «dito» (col quale si contano i numeri), divenuto *digit* in inglese, che significa «cifra», e può essere considerato sinonimo di numerico. Attualmente esso si riferisce al codice binario, ovvero a un sistema numerico che contiene solo i numeri 0 e 1. Un dato o un'informazione digitale è quindi una sequenza di numeri che appartengono ad un insieme ben definito e circoscritto, in contrapposizione al dato analogico, che indica una forma di rappresentazione dell'informazione attraverso elementi che non appartengono ad un insieme finito.

Le competenze digitali sono di tipo operativo, mentre quelle informatiche sono scientifiche perché implicano l'applicazione dei principi e delle tecniche dell'informatica.

Se la rappresentazione di dati attraverso simboli numerici era già conosciuta nell'antichità (specie da Babilonesi ed Egizi), invece la possibilità di elaborarli in modo automatico è un'acquisizione relativamente recente, successiva alla rivoluzione industriale ed alla quale si è arrivati con l'invenzione dei *computer*. La rivoluzione informatica si è realizzata nel momento in cui una macchina ha cominciato ad effettuare operazioni di tipo cognitivo, mediante l'elaborazione automatica di dati numerici inseriti dall'uomo e l'utilizzazione di competenze scientifiche.

Oggi molte tecnologie si avvalgono del digitale per riprodurre un'onda (sonora o luminosa) - che in origine è analogica - attraverso un *modem*, un apparecchio che è in grado di convertire un segnale analogico in una sequenza di *bit* (0/1). Per esempio, i televisori di nuova generazione (LCD) trasmettono segnali digitali, a differenza di quelli precedenti, che emettevano segnali analogici.

I normali strumenti investigativi convertono segnali analogici (suoni, immagini) in uno equivalente digitale, costituito da una serie di numeri.

industrializzate come la nostra (si stima che oltre tre miliardi di individui, nel mondo, hanno ad oggi accesso alla rete *internet*), persone la cui vita commerciale, lavorativa, sociale e finanche privata si svolge ormai in larga misura in una dimensione virtuale, per effetto della pervasiva diffusione di dispositivi digitali, che consentono di compiere *online* buona parte degli atti quotidiani. Questi dispositivi sono in grado di memorizzare e contenere, in formato miniaturizzato, una mole enorme di informazioni, concernenti i vari ambiti in cui si esplica la vita di una persona (si pensi allo scambio della comunicazioni attraverso la posta elettronica ed i *social networks*, alla *home banking*, agli acquisti *online*, allo *smart working*, e poi ancora ai *webinar* ed alle riunioni in stanze virtuali sino ad arrivare alla didattica a distanza). Si può anzi affermare che essi, se in origine sono nati come *strumenti* finalizzati al compimento di una serie di atti o di attività con modalità tecniche o tecnologiche, col progredire del tempo hanno acquisito la caratteristica di custodire veri e propri *spazi* virtuali all'interno dei quali si esplica la personalità degli individui¹⁰⁸. Al punto che oggi efficacemente si evoca «una sorta di “corpo elettronico” – *pendant* del “corpo fisico” di ogni individuo – che ormai ciascuno di noi possiede e che lascia tracce ovunque. Un “corpo elettronico” dotato di sconfinata capienza, idoneo ad accogliere una messe sterminata d'informazioni capaci di rilevare il contenuto d'interesse esistenze e adatte a sedare anche la più bulimica istanza di conoscenza. Un corpo, tra l'altro, estremamente *light*; facile da trasportare; rapido nei suoi spostamenti sì da renderlo, spesso, delocalizzabile»¹⁰⁹.

La rivoluzione informatica che caratterizza l'attuale evoluzione della società industriale, chiamata anche società digitale, ha comportato un radicale cambiamento nella modalità di acquisizione e trasmissione delle informazioni: dalla diretta percezione sensoriale (principalmente attraverso la vista e l'udito) a quella tecnica e meccanica, attraverso flussi di elettricità trasmessi in codici binari di tipo numerico (*bit*: 0 e 1). I dispositivi digitali oggi comunemente in uso sono infatti in grado di trasformare immagini, statiche (fotografie) o in

¹⁰⁸ In questo senso, si veda P. GALDIERI, *Il domicilio informatico: l'interpretazione dell'art. 615-ter cod. pen. tra ragioni di carattere sistematico e forzature*, in *Diritto inf.*, 2013, p. 88 ss., a detta del quale «Nel corso degli anni si è modificato il rapporto “uomo-computer”, considerato che, se in origine era effettivamente un mezzo per svolgere una attività professionale, attualmente è un vero e proprio ambito spaziale all'interno del quale l'individuo proietta tutta la sua personalità. È allora facile immaginare che a breve non avrà più senso distinguere tra domicilio comune e domicilio informatico, nel senso che quest'ultimo si avvicinerà come contenuti sempre più al primo, con la conseguenza che i criteri da seguire per apprestare adeguata protezione saranno meno incerti rispetto a quanto accade oggi». Il concetto è ripreso da CUOMO L., *La prova digitale*, in CANZIO G. - LUPARIA L., *Prova scientifica e processo penale*, Milano, 2018, p. 670.

¹⁰⁹ Così SIRACUSANO F., *op. cit.*, pag. 1.

movimento (video), suoni, conversazioni telefoniche e telematiche, messaggi di testo o vocali (*sms, whatsapp, tweet, hashtag* e simili, in una evoluzione che sembra senza fine e che forse arriverà sino alla trasmissione del pensiero), in una sequenza di *bit*, ossia di impulsi elettrici che, grazie alla scienza informatica, vengono convertiti in un linguaggio scritto, visivo, sonoro.

E' di intuitiva evidenza che le informazioni contenute in questi dispositivi sono di grande interesse sotto il profilo investigativo perché sulla base di essi è possibile ricostruire una serie considerevole di accadimenti relativi all'utilizzatore. E' la ragione per la quale l'attività di indagine ha focalizzato la sua attenzione su di essi.

b) La cifra qualitativa

Considerata la *rilevanza quantitativa*, è un dato di fatto che la prova digitale, già solo per questo, ha assunto un'importanza centrale in ambito penale. Sarebbe però estremamente riduttivo un approccio che ne considerasse la rilevanza sulla base di questo mero dato.

La vera cifra della sua specificità risiede nelle peculiari *caratteristiche qualitative*, che sono state ben enucleate nei numerosi studi scientifici degli ultimi anni, in mancanza di una definizione legislativa, nazionale e sovranazionale, di prova digitale. Le uniche definizioni che si rinvencono nell'attuale quadro normativo concernono, infatti, il dato informatico, che, per il Codice dell'Amministrazione Digitale (cosiddetto CAD: D.lgs. n. 82/2005) è la "*rappresentazione informatica di atti, fatti o dati giuridicamente rilevanti* ", in contrapposizione al documento analogico ("*rappresentazione non informatica di atti, fatti o dati giuridicamente rilevanti*") e, per la Convenzione di Budapest del 2001, è "*qualunque presentazione di fatti, informazioni o concetti in forma suscettibile di essere utilizzata in un sistema computerizzato, incluso un programma in grado di consentire a un sistema computerizzato di svolgere una funzione*" (art. 1, lett. b).

La definizione di prova digitale tradizionalmente condivisa dagli studiosi in ambito internazionale (il «complesso delle informazioni digitali che sono in grado di stabilire se un crimine è stato commesso o che possono rappresentare un collegamento tra un crimine e i suoi esecutori»¹¹⁰): in sostanza, qualsiasi dato o informazione di natura digitale in grado di

¹¹⁰ Così CASEY E., *Digital evidence and computer crime*, in *Academic Press*, 2000, p. 196 ss.

assumere una valenza probatoria) non ne mette in luce le caratteristiche intrinseche¹¹¹, generalmente individuate nella:

- *Immaterialità*: come si è detto, è un insieme di impulsi elettrici che necessita di essere custodito in un supporto fisico – chiavetta USB, *personal computer*, *smartphone*, *tablet* e simili –, ma è da esso distinto ed autonomo.

- *Fragilità o volatilità*: è facilmente alterabile, col semplice accesso al sistema informatico od al supporto nel quale è custodita, ed anche inconsapevolmente ed involontariamente, da parte di chi, nel ricercarla ed acquisirla, non disponga delle necessarie competenze tecniche. Uno dei profili di maggiore criticità della prova digitale concerne l'individuazione delle modalità procedurali idonee a preservarne la autenticità, ossia la integrità e genuinità. Ad oggi, la metodologia di estrazione e trattamento dei dati digitali non è disciplinata dalla legge, forse anche per la consapevolezza che l'intero settore dell'informatica è naturalmente destinato a rapida obsolescenza tecnica e che il medesimo destino potrebbe facilmente avere una normativa tecnica che ambisca a stabilire nel dettaglio la procedura di acquisizione, conservazione e presentazione della prova digitale. L'unica garanzia di genuinità è quella data dalla non alterazione, ossia dalla conservazione integrale (in copia immodificabile) delle tracce fisiche che esso lascia, e dalla indicazione, attraverso *report*, delle procedure applicate (la cosiddetta «catena di custodia»), che consente la successiva verificabilità della procedura seguita e che è tanto più importante in quanto il contraddittorio è generalmente differito. Il rispetto dei principi costituzionali del contraddittorio e della parità delle armi (art. 111 Cost.) può essere assicurato infatti solo dalla successiva verificabilità del procedimento di ricerca, acquisizione, conservazione e presentazione della prova¹¹², la cui attendibilità ed utilizzabilità in sede giudiziale potrebbe essere pregiudicata da eventuali errori commessi in fase di estrazione.

Per altro verso, la prova informatica è volatile perché facilmente cancellabile o trasferibile in altro sistema informatico o modificabile, nel tempo di un *click*: presenta un alto rischio di dispersione e richiede strumenti di acquisizione che siano attivabili rapidamente.

¹¹¹ Sulle quali si veda, in generale, DANIELE M., *La prova digitale nel processo penale*, in *Riv. Dir. Proc. Pen.* Marzo-Aprile 2011, pag. 283 e ss..

¹¹² Così E. PRIOLO, *La prova scientifica informatica e la sua eterna imperfezione*, in *Il penalista.it*, 21 agosto 2018.

▪ *Promiscuità*: le informazioni digitali rilevanti sotto il profilo probatorio si trovano insieme a numerosi altri dati parimenti custoditi nel medesimo spazio virtuale, la maggior parte dei quali non ha rilevanza probatoria penale, ma concerne aspetti privati della vita personale. Poiché non è possibile, almeno allo stato dell'evoluzione tecnologica, la ricerca ed acquisizione selettiva dei soli dati digitali di interesse investigativo, è evidente che la prova informatica presenta un grado di invasione nella sfera personale ben più elevato rispetto alle altre perché la tecnologia consente di accedere e di muoversi all'interno di spazi immateriali potenzialmente molto vasti (si pensi alla posta elettronica o ai vari archivi elettronici personali o all'intero sistema informatico) e di accedere all'interno di numerosi ambiti privati, vale a dire tutti quelli che lasciano una traccia digitale. Le indagini informatiche si prestano inoltre ad essere utilizzate anche per la ricerca di *notitiae criminis*, perché possono facilmente trasformarsi in attività di tipo esplorativo.

▪ *Scientificità*: con l'ingresso della prova digitale, il sapere giuridico processuale si è arricchito – intorno alla metà degli anni ottanta dello scorso secolo¹¹³ - di una nuova scienza, la *computer forensics* (ora *digital forensics*), la quale si occupa della individuazione, acquisizione, analisi e presentazione del dato digitale rilevante sotto il profilo investigativo o probatorio (è definita come “*the science of acquiring, preserving, retrieving, and presenting data that has been processed electronically and stored on computer media*”¹¹⁴). Quella digitale è, sotto il profilo dogmatico, una prova scientifica perché richiede competenze tecniche specialistiche.

▪ *Transnazionalità*¹¹⁵: è noto che i dati digitali raramente sono memorizzati (solo) in dispositivi fisici (*pen drive*, *hard disk*, *DVD* e simili) nella disponibilità del destinatario delle misure investigative o probatorie e che essi sono invece custoditi, nella gran maggioranza dei casi, in *server* allocati fuori del territorio italiano e gestiti dagli *Internet Server Providers*, i quali sono prevalentemente società americane (*Google*, *Microsoft*,

¹¹³ Si veda MOLINARI F., *Le attività investigative inerenti alla prova di natura digitale*, in *Cass. pen.*, fasc. 3, 2013, pag. 1259B.

¹¹⁴ NOBLETT M.G., POLLITT M.M., PRESLEY L.A., *Recovering and Examining Computer Forensics Evidence «Forensics Science Communications»*, Vol.2.No.4,2000.

¹¹⁵ Preferisce parlare di «rischio della loro dispersione» DANIELE M., *op. ult. cit.*: «Molto più frequentemente delle prove tradizionali, le prove digitali di un reato si trovano dislocate in luoghi distanti tra loro: ad esempio in *servers* e in *personal computers* fisicamente molto lontani. Considerata l'estensione mondiale delle reti informatiche, potenzialmente la dispersione può riguardare l'intero globo terrestre». Si veda, del medesimo Autore, *La vocazione espansiva delle indagini informatiche e l'obsolescenza della legge*, in *Proc. pen. e giust.* n. 5/2018, pag. 831 e ss..

Facebook, Apple, Twitter, Yahoo e simili). Queste forniscono un insieme di servizi o risorse *hardware* e *software* (archiviazione, elaborazione, trasmissione di dati), che viene chiamato *Cloud computing* (una sorta di ‘nuvola informatica’) ¹¹⁶. La caratteristica del *Cloud computing* è che i servizi offerti sono accessibili da remoto, mediante la connessione ad *internet*, da qualunque punto del globo terrestre, a prescindere dal luogo ove il fornitore ha sede ed ovunque esso si trovi, anzi senza che sia necessario conoscerne la localizzazione, semplicemente perché la tecnologia lo permette. Di fatto può capitare che il luogo in cui si trova il *server* sia ignoto ed accade, inoltre, spesso che il fornitore sposti i dati altrove, in un ambito soggetto ad altra giurisdizione, per scelte soggettive di riallocazione temporanea fondate su ragioni organizzative e/o economiche (cosiddetto *load balancing*).

▪ *Natura ibrida*: alcuni degli attuali strumenti digitali maggiormente usati dagli investigatori combinano le caratteristiche di più misure investigative e probatorie tipiche e non sono classificabili esclusivamente in alcuno dei modelli previsti dall’ordinamento. Anzi, aggiungono facoltà ulteriori agli strumenti tradizionali, che comprendono nuove capacità di percezione, sconosciute ai sensi umani, e consentono modalità di sorveglianza occulta e monitoraggio continui, impensabili sino a non molti anni fa. Si pensi al captatore informatico o al pedinamento satellitare, che ampliano e potenziano enormemente le facoltà percettive fisiche degli investigatori, ben oltre quello che è consentito alla dimensione umana.

E’ ampiamente noto che, attraverso l’installazione occulta di un *malware*, denominato *Trojan horse* (o di altri analoghi), nel dispositivo informatico dell’utilizzatore (*personal computer*, *smartphone*, *tablet* e simili), è possibile apprendere dati conservati in archivi informatici, flussi di conversazione telefonica e telematica ed anche colloqui vocali tra presenti in VoIP, estrarre copia informatica di documenti scritti e di comunicazioni vocali, monitorare in tempo reale i movimenti, informatici e fisici dell’utilizzatore, localizzarlo, visionare il *desktop* e conoscere i tasti della tastiera che vengono digitati. In sostanza, esso cumula in sé una serie di strumenti: l’ispezione, la perquisizione, il sequestro,

¹¹⁶ Secondo la definizione del NIST (*National Institute for Standards and Technology*), il *Cloud Computing* è un insieme di servizi ICT accessibili *on-demand* e in modalità *self-service* tramite tecnologie *Internet*, basati su risorse condivise, caratterizzati da rapida scalabilità e dalla misurabilità puntuale dei livelli di performance, che vengono pagati in base al consumo.

l'intercettazione, la sorveglianza occulta¹¹⁷. In questo senso, le indagini informatiche aggiungono un fattore di ulteriore 'liquidità' al complessivo scenario¹¹⁸.

L'avvento di questi strumenti informatici ha indotto ad interrogarsi sulla opportunità, o addirittura necessità, di elaborare nuove categorie probatorie, stante l'inadeguatezza dei modelli tipici¹¹⁹. Si è segnalata l'urgenza di una regolamentazione, per le pericolose conseguenze, sotto il profilo della tutela dei diritti fondamentali, di un vuoto legislativo in questo campo, che ha avuto come effetto lo sviluppo di prassi operative di accesso a sistemi informatici, siti in altri stati, a prescindere da qualunque cooperazione ed assenso del destinatario e delle competenti autorità statuali straniere, perché non indispensabile, dal punto di vista materiale, per l'apprensione dei dati e quindi superata nei fatti. Ciò anche per la concomitante spinta di contingenze emerse nell'esperienza concreta (si pensi all'impellenza di acquisire i dati digitali contenuti nei telefoni cellulari di presunti indiziati di reato, in occasione di attacchi terroristici). Con espressione immaginifica, si è descritta questa situazione come un «far-west tecnologico, in cui il diritto soccombe alla tecnologia»¹²⁰.

¹¹⁷ Di qui la definizione del captatore informatico come «ispe-perqui-intercettazione "itinerante"»: FILIPPI L., *L' ispe-perqui-intercettazione "itinerante": le sezioni Unite azzeccano la diagnosi, ma sbagliano la terapia (a proposito del captatore informatico)*, in *Arch. Pen.*, 2016, pag. 351.

¹¹⁸ Di «scenario "liquido" delle indagini informatiche» parla DANIELE M., *L'acquisizione delle prove digitali dai service provider: un preoccupante cambio di paradigma nella cooperazione internazionale*, *cit.*, pag. 1292.

¹¹⁹ MARAFIOTI L., *op. cit.*, pag. 4509B. Si veda anche NICOLICCHIA F., *Il controllo occulto e continuativo come categoria probatoria: premesse teoriche di una sistematizzazione*, in *penalecontemporaneo.it*, n. 2/2019, pag. 430, per il quale la prova digitale impone l'urgente individuazione di strumenti normativi adeguati all'evoluzione tecnologica e forse anche la creazione di nuove categorie probatorie, come pure la necessità di ripensare il sistema delle garanzie procedurali con specifico riferimento alle indagini informatiche, per renderle effettive al nuovo contesto storico. Di opinione in parte diversa, quanto alla necessità di individuare nuove categorie probatorie, DANIELE M., *Digital evidence e categorie probatorie*, in PITTIRUTI M. (a cura di), *Digital evidence e procedimento penale*, Torino, 2017, pag. 21, per il quale «la natura digitale dell'informazione da apprendere al procedimento non appare, di per sé, tale da consentire una classificazione preventiva della fonte di prova. Il che impone di verificare, caso per caso, se lo strumento probatorio relativo al dato digitale utilizzato nel caso di specie sia estraneo o meno – e, se sì, sotto quale profilo: fonte di convincimento del tutto nuova, oppure diverse modalità operative di mezzo già noto – al catalogo legale; e ciò, soprattutto, con riferimento ai mezzi di ricerca della prova digitale». In termini analoghi, MOLINARI F., *op. cit.*, pag. 1260B.

¹²⁰ PANZAVOLTA M., *Intercettazioni e spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, in F. RUGGIERI – L. PICOTTI (a cura di), *Nuove tendenze della giustizia penale di fronte alla criminalità informatica. Aspetti sostanziali e processuali*, Torino, 2011, pag. 69.

3. *Le ricadute sul modello processuale penale*

La carica innovativa della tecnologia informatica va però ben oltre l'ambito delle categorie probatorie.

L'impatto che essa sta avendo, nel mondo del diritto, è gravido di conseguenze, sotto il profilo dogmatico e sistematico, a diversi e superiori livelli, che concernono il nostro *modello processuale penale* ed i *diritti individuali fondamentali*.

L'impiego della scienza informatica impone di rimodellare gli schemi concettuali ai «profili di dirompente novità» che connotano le indagini informatiche, che portano con sé «una più profonda mutazione che finisce con il coinvolgere addirittura la stessa essenza epistemologica del giudizio penale»¹²¹, sicché essa pone oggi, in termini sempre più pressanti, l'interrogativo «se l'interazione fra processo e scienza abbia mutato il sapere giuridico processuale, oltre che dal punto di vista quantitativo, anche sotto il profilo qualitativo», ossia per quanto concerne «il diritto delle prove penali» nonché «il metodo investigativo»¹²².

Il preponderante spazio occupato dalle indagini informatiche ha infatti avuto importanti ricadute sul nostro *modello processuale penale*: poiché la sede, per eccellenza, di ricerca e di raccolta della stessa è la fase investigativa, la prova principe nel nostro ordinamento penale – ossia quella dichiarativa, deputata a formarsi nel dibattimento, in contraddittorio tra le parti – ha progressivamente perso rilevanza e, correlativamente, il baricentro dell'attività probatoria si è spostato dalla fase dibattimentale a quella investigativa, con accentuazione degli aspetti inquisitori del nostro sistema e con perdita delle garanzie proprie del processo penale¹²³. La prova digitale si forma, per sua natura, al di fuori e prima del processo, ha una «matrice extraprocedimentale»¹²⁴.

¹²¹ LUPARIA L., *Processo penale e scienza informatica: anatomia di una trasformazione epocale*, in LUPARIA L. – ZICCARDI G., *Investigazione penale e Tecnologia informatica, L'accertamento del reato tra progresso scientifico e garanzie fondamentali*, pagg. 133-134, il quale parla anche di «erosione dei pilastri tradizionali del rito penale sotto i colpi dell'evoluzione tecnologica» (pag. 129).

¹²² DANIELE M., *Digital evidence e categorie probatorie*, cit., pag. 2.

¹²³ NEGRI D., *La regressione della procedura penale ad arnese poliziesco (sia pure tecnologico)*, in *Arch. pen.*, f. 3, 2015, p. 53. Concorde, al riguardo, le opinioni degli studiosi: si vedano ILLUMINATI G., *Editoriale*, in *Revista Ítalo-Española de Derecho Procesal* Vol. 1/2019, pag. 1, MARAFIOTI L., *Digital evidence e processo penale*, in *Cass. pen.*, fasc.12, 2011, pag. 4510B, ALLEGREZZA S., *Prova scientifica e dimensione europea*, in CANZIO G. - LUPARIA L. (a cura di), *Prova scientifica e processo penale*, Milano, 2016, per la quale «l'ingresso prorompente della prova digitale nel processo penale è idoneo a mettere in crisi il principio accusatorio, che si impernia sull'oralità e sulla formazione della prova in dibattimento».

¹²⁴ SIRACUSANO F., *op. cit.*, pag. 3.

Anche il ruolo del giudice risulta modificato, in conseguenza della scelta del nostro legislatore di non tipizzare le procedure di acquisizione della prova digitale secondo le migliori metodologie della scienza informatica (*best practices*) e di non subordinare l'ammissibilità della stessa, nel processo penale, alla loro applicazione, come invece accade in altri sistemi, primo fra tutti quello americano.

Il legislatore non ha stabilito specifiche procedure per la sua acquisizione e, tanto meno, regole di esclusione al riguardo¹²⁵, ma ha solo indicato l'obiettivo da perseguire, imponendo l'adozione di misure tecniche idonee ad assicurare la integrità e genuinità dei dati acquisiti¹²⁶. Ciò comporta che il giudizio sulla attendibilità delle procedure e metodologie concretamente applicate viene spostato in avanti, ad una fase successiva a quella di ammissione delle prove, che è quella della loro valutazione, resa ancora più delicata dalla mancata previsione legislativa di forme di invalidità, quali la nullità e/o la inutilizzabilità, conseguenti all'applicazione di procedure inidonee ad assicurare il risultato prefisso.

L'attività valutativa del giudice circa l'attendibilità del risultato probatorio vede allora accresciuta la sua centralità, in funzione della salvaguardia dei diritti individuali, quale *gatekeeper*, per l'attribuzione del delicato compito di controllore della regolarità e correttezza della procedura di formazione della prova digitale¹²⁷. Il giudice non è vincolato dalla forza persuasiva *ex se* della prova ammessa e resta libero di esaminarle criticamente, senza ritenerne passivamente la autoevidenza¹²⁸.

¹²⁵ In questo MOLINARI F., *op. cit.*, ravvisa «una differenza essenziale rispetto al nostro ordinamento: mentre negli Usa l'adozione di specifiche metodologie di informatica forense (*best practices*) costituisce condizione necessaria di ammissibilità e quindi d'ingresso della *digital evidence* all'interno del processo, nel nostro sistema, invece, vige il criterio di rilevanza per idoneità della fonte e/o del mezzo di prova, il quale implica un giudizio sulla capacità dello stesso a conseguire un risultato fruibile in sede deliberativa; con la conseguenza che il giudice è tenuto ad ammettere tutte le prove richieste dalle parti che non risultino connotate in termini di assoluta inidoneità probatoria».

¹²⁶ La l. n. 48/2008, ha introdotto l'obbligo di attenersi alle *best practices*, ossia quelle procedure che, secondo la comunità scientifica consentono di acquisire con modalità corrette i dati informatici preservandone l'autenticità ed integrità. Essa ha altresì imposto di conservare traccia delle operazioni compiute, ossia di preservare la *chain of custody*, attraverso *report*, al fine di poter successivamente verificare eventuali alterazioni dei dati. Si veda, al riguardo, COLACCICO A., *La rilevanza delle best practices nell'acquisizione della digital evidence alla luce delle novelle sulla cooperazione giudiziaria*, in *Arch. Pen.* 2019, n. 1, pag. 2. nonché, più diffusamente, MOLINARI F., *op. cit.*, pag. 1262 e ss.

¹²⁷ Per ALLEGREZZA S., *op. cit.*, pag. , in essa attribuisce al giudice, nazionale e unitario, una nuova centralità perché ad esso è affidata la valutazione della prova: la salvaguardia è nel controllo dei processi di formazione della *digital evidence*, che non può essere affidata alla sola contestazione da parte dell'imputato (è una tutela fittizia), e nella motivazione.

¹²⁸ MOLINARI F., *op. cit.*, pag. 1260.

Non si tratta però di opinione condivisa. In senso opposto, si è paventato il rischio concreto di un suo ‘appiattimento’ sulle posizioni del consulente tecnico, se non addirittura di una «sottomissione» ad esso, a causa di un *deficit* di conoscenza della scienza informatica superabile solo attraverso il metodo dialettico del contraddittorio e la verifica *ex post* delle modalità di acquisizione della prova mediante la disamina delle contrapposte tesi¹²⁹.

4. L'impatto sui diritti fondamentali

E' indubbio che lo sviluppo dei mezzi tecnologici ha reso possibili nuove forme di interferenza, e addirittura intrusione, nella vita privata degli individui, di gran lunga più penetranti e invasive di quelle tradizionali, ponendo delicate questioni di compatibilità con i tradizionali diritti, costituzionalmente tutelati, al *domicilio*, alla *segretezza della corrispondenza*, alla *libertà di circolazione e di manifestazione del pensiero*, alla *riservatezza*, ed inoltre alla *parità delle armi processuali*¹³⁰ e, più in generale, alla libertà morale e alla dignità delle persone¹³¹. Finanche il diritto di intere comunità di

¹²⁹ Così LUPARIA L. *cit.* pag. . Della stessa opinione MARAFIOTI L., *op. cit.*, , il quale si interroga «se nel processo penale odierno l'esperto non stia scalzando poco a poco il giudice, diventando una sorta di "segreto padrone" del processo. L'organo giurisdizionale, infatti, rischia di perdere il proprio fondamentale ruolo rispetto alla "gestione" e alla valutazione della prova. In particolare, può risultare particolarmente arduo un confronto tra risultanze probatorie non scientifiche, necessariamente ancorate a comuni canoni di attendibilità, e quelle frutto della *novel science*, legate a parametri diversi, frutto della ricerca tecnico-scientifica e perlopiù sconosciuti al giudice; ed è facile prevedere che la risultanza probatoria tradizionale sia destinata a soccombere e ad essere sorpassata da una, tanto affascinante quanto rischiosa, prova "perfetta". Per limitare il pericolo di una simile sottomissione del giudice all'esperto (...) il metodo migliore sinora sperimentato nel processo è rappresentato dal contraddittorio, che assume il ruolo di fondamentale presidio rispetto a possibili distorsioni».

¹³⁰ QUATTROCOLO S., *Equità del processo penale e automated evidence alla luce della Convenzione Europea sui diritti dell'Uomo*, in *Revista Ítalo-Española de Derecho Procesal*, Vol. 2/2019, pag. 14 e ss, mette in evidenza come «la riservatezza non sia l'unico diritto fondamentale messo a repentaglio dall'utilizzo nel processo penale di dati trattati e generati automaticamente» e che «se l'essenza dell'equità processuale risiede nella parità delle armi, che si sostanzia (anche) nel diritto della difesa di contestare l'ammissibilità e l'accuratezza della prova, l'impossibilità di verificare a posteriori l'output di un algoritmo può costituire in nuce una violazione dell'art. 6§1 Cedu (a prescindere dall'esistenza di una violazione, a monte, del diritto alla vita privata e familiare) ... Il dato, ottenuto o elaborato digitalmente rischia di divenire di per sé attendibile perché la verifica del processo che lo ha generato è troppo complessa o sfugge, almeno in parte, per via del ricorso a forme più o meno sofisticate di intelligenza artificiale, ad un controllo *ex post*. In tale quadro, l'accusa ha accesso, per evidenti ragioni, alla migliore tecnologia, i cui risultati vengono trasferiti nel processo penale come prove. La difesa, per le ragioni sopra esposte, non ha la possibilità di mettere convincentemente in dubbio l'attendibilità di tale prova, poiché non ha gli elementi necessari alla falsificazione. Il giudice, per parte sua –soprattutto in quegli ordinamenti più nettamente ispirati al principio dispositivo della prova– può non avere motivo di dubitare di tale prova, in assenza di elementi concreti addotti dalla difesa, ‘adagiandosi’ sul convincimento che il dato digitale sia scevro da rischi di inaccuratezza».

¹³¹ Si veda, su questi temi, CANESCHI G., *Le nuove indagini tecnologiche e la tutela dei diritti fondamentali. L'esperienza del captatore informatico*, in *penalecontemporaneo.it*, n. 2/2019, numero speciale, pag. 417 e ss.

autodeterminarsi e di eleggere i propri rappresentanti senza condizionamenti esterni, che attiene al *principio democratico* su cui si fonda lo Stato di diritto, è stato minacciato da presunte manipolazioni di votazioni elettroniche, da parte di *hacker*.

Da tempo si è messo in rilievo che l'evoluzione tecnologica ha creato nuovi luoghi e dimensioni nelle quali la personalità dell'individuo si manifesta, si articola e si sviluppa: se il sistema informatico costituisce una proiezione dell'individuo nello spazio virtuale – tanto da affermare l'esistenza di una sorta di «corpo informatico» – è chiaro che questo corpo, al pari di quello fisico, merita tutela, ovunque esso si trovi. E' stato perciò affermato il *diritto all'autodeterminazione informativa*, ossia alla tutela del sistema informatico quale espressione della personalità umana, nell'ambito di una rinnovata e più ampia concezione della *privacy*, che comprende anche il diritto a controllare i dati informatici e che circolano sul *web*.

Si pensi alle straordinarie potenzialità lesive del captatore informatico, che consente di memorizzare i tasti premuti sulla tastiera e di venire a conoscenza delle credenziali di accesso al sistema informatico, acquisendone il pieno controllo dall'esterno, come pure di verificare quali siti *web* sono stati visitati dall'utente e ricostruire tutti i suoi movimenti in *internet*, di entrare nei suoi archivi informatizzati e visualizzare messaggi di ogni tipo, immagini, video, suoni, e finanche modificarli o cancellarli. Attraverso la sua utilizzazione si può avere accesso ad un contenuto ben più ampio delle mere comunicazioni, che comprende informazioni non destinate ad alcuno, che concernono le attività compiute *online* dall'utente, nei più disparati settori di interesse umano, e che però, messe insieme, compongono un quadro dal quale si possono desumere i suoi orientamenti politici, sessuali e religiosi, le abitudini quotidiane, le preferenze, i gusti, gli interessi. Non solo. Il captatore può altresì attivare una telecamera e/o un microfono e, in tal modo, realizzare una forma di sorveglianza occulta continuativa, attraverso intercettazioni telematiche ed ambientali.

A fronte di queste nuove realtà (di diritti e di loro possibili lesioni), si è detto che il catalogo tradizionale dei diritti fondamentali, contenuto nella Carta costituzionale, appare insufficiente. E' stato individuato un nuovo bene giuridico, il *domicilio informatico* (l. n. 574/1993), ma se ne è subito avvertita l'insufficienza a perseguire pienamente l'interesse ad escludere terzi dalla propria sfera personale virtuale. Si è detto che questo *jus excludendi alios* non è limitato, in sé, al sistema informatico che è nella disponibilità del singolo, ma si estende a tutte le informazioni personali di tipo digitale, che circolano *on line*, e comporta il

diritto di disporre e di averne il controllo esclusivo¹³², che rientra in un più vasto concetto di *riservatezza informatica*.

E' ampiamente noto il dibattito dottrinale sull'art. 2 Cost. e, in particolare, se esso costituisca o meno una fattispecie aperta¹³³, idonea anche a ricomprendere il concetto di riservatezza. Un arricchimento fondamentale ad esso è derivato dal riconoscimento del rango di norme interposte alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo¹³⁴ e dal conseguente valore assunto, nel nostro ordinamento, dai diritti fondamentali ivi affermati. Fra questi, il diritto al rispetto della vita privata, sancito dall'art. 8, che, anche nell'interpretazione datane dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, accoglie una nozione molto ampia di *privacy*, idonea ad includere anche la riservatezza informatica. Oggi la base legale di questo diritto fondamentale è quindi costituito dal citato art. 8 nonché dagli articoli 7 e 8 della Carta dei diritti Fondamentali dell'Unione Europea, che tutelano i diritti al rispetto della vita privata e familiare, del domicilio e delle comunicazioni nonché quello alla protezione dei dati personali. Questi diritti sono presidiati dalla riserva di legge e di giurisdizione, nonché dal principio di proporzionalità (art. 52 CDFUE)¹³⁵.

Con riguardo al domicilio informatico, alla riservatezza informatica, all'autodeterminazione informativa si è parlato di 'nuovi' diritti rispetto a quelli riconosciuti dalla nostra Carta costituzionale. A sommosso avviso della scrivente, appare più convincente l'opinione di chi ritiene «forse più corretto parlare di nuove manifestazioni dei diritti inviolabili già riconosciuti, o di contenuti impliciti nella tutela dei diritti espressamente nominati, se non addirittura di diritti preesistenti e coesenziali allo stesso ordinamento costituzionale»¹³⁶.

¹³² Si veda, più diffusamente, IOVENE F., *Le c.d. perquisizioni online tra nuovi diritti fondamentali ed esigenze di accertamento penale*, in *penalecontemporaneo.it*, n. 3-4/2014, pag. 9 e ss..

¹³³ Non si può riportare qui i termini dell'ampio dibattito, ma solo menzionare i propugnatori delle opposte tesi: BARILE P., *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, e BARBERA A. Art. 2, in BRANCA A., (a cura di), *Commentario della Costituzione. Principi fondamentali*, Bologna, 1975.

¹³⁴ Corte cost., 24 ottobre 2007, nn. 349 e 349.

¹³⁵ Sul contenuto e l'esatta portata del principio di proporzionalità, in ambito sovranazionale e nazionale, il dibattito è aperto. Si veda, in generale, CAIANIELLO M., *Il principio di proporzionalità nel procedimento penale*, in *penalecontemporaneo.it*, pag. 134 e ss., nonché, con specifico riferimento alle indagini informatiche, TORRE M., *Indagini informatiche e principio di proporzionalità*, in *Proc. pen. giust.*, n. 6/2019, pag. 1433 e ss., e 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 *penalecontemporaneo.it*, 8 gennaio 2018.

¹³⁶ ILLUMINATI G., *op. cit.*, pag. 2.

Più che di nuovi diritti, si tratta, infatti, di nuove declinazioni dei medesimi diritti (alla libera estrinsecazione della personalità, al domicilio, alla corrispondenza, alla manifestazione del pensiero), che si vestono di forme diverse da quelle tradizionali perché si collocano in un contesto sociale e storico profondamente mutato rispetto all'epoca in cui essi sono stati consacrati nella Carta costituzionale. Non ne muta l'intima essenza, ma le modalità attraverso le quali questa essenza si estrinseca, che si adeguano ai tempi ed all'attuale livello dello sviluppo tecnologico (e che probabilmente sono destinate ad essere superate dalla successiva evoluzione scientifica).

Ciò che invece manca, nella carta costituzionale, è un sistema di tutela dei 'nuovi' (*rectius*, delle nuove declinazioni dei) diritti fondamentali che sia adeguato alle inedite insidie della tecnologia: le tutele apprestate dagli articoli 2, 14 e 15 della Costituzione sono insufficienti a presidiare tutti gli ambiti della sfera privata attinti dai più sofisticati strumenti investigativi informatici.

La vera questione, allora, non è tanto l'esistenza di nuovi diritti, quanto le garanzie approntate dall'ordinamento, che devono essere modellate e ritagliate sulle peculiari caratteristiche dei nuovi strumenti investigativi. In questo senso, è «necessaria una normativa più articolata, corrispondente alle diverse forme che il controllo occulto può assumere: non è più sufficiente una generica riserva di legge e di giurisdizione, ma occorre differenziare presupposti, limiti e modalità a seconda del grado di intrusività della singola misura restrittiva»¹³⁷.

La via maestra per la graduazione della tutela è il principio di proporzionalità, che deve orientare, in via generale ed astratta, il legislatore e, nella fattispecie concreta, il giudice chiamato a verificarne l'osservanza.

E' questo il criterio indicato dalla Carta dei diritti Fondamentali dell'Unione Europea dalla ed anche dalla Corte costituzionale tedesca, in una celebre sentenza del 2008, ampiamente nota e condivisa dalla comunità scientifica¹³⁸, nonché in altra, più recente, nella quale ha ribadito il suo orientamento¹³⁹: spetta al legislatore trovare un equilibrio tra il

¹³⁷ ILLUMINATI G., *op. cit.*, pag. 3.

¹³⁸ Sentenza del Bundesverfassungsgericht del 27 febbraio 2008, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 3, 2009, pag. 679 e ss..

¹³⁹ Sentenza del Bundersverfassungsgericht del 20 aprile 2016, in <http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/EN/2016/bvg16-019.html>. Per un commento ad entrambe le sentenze, si veda VENEGONI A. – GIORDANO L., *La Corte Costituzionale tedesca*

dovere dello Stato di proteggere la popolazione da gravi minacce, come quella terroristica, prevenendo i reati, e la garanzia dei diritti fondamentali della persona all'inviolabilità del domicilio, alla segretezza delle comunicazioni, alla riservatezza ed all'integrità dei sistemi informatici. Il bilanciamento tra i contrapposti valori costituzionali va condotto in forza del principio di proporzionalità, in base al quale i poteri investigativi che incidono in misura profonda nella vita privata delle persone sono legittimi a condizione che siano limitati dalla legge alla tutela di interessi sufficientemente rilevanti (la vita, l'incolumità fisica, la libertà dei singoli, i beni della collettività che attengono al fondamento dello stato, al suo mantenimento o alla base dell'esistenza umana), quando è prevedibile che essi siano minacciati da un pericolo specifico¹⁴⁰. E' inoltre necessario stabilire la riserva di giurisdizione, che contempli anche un controllo successivo all'autorizzazione.

Su questi presupposti, la Corte ha dichiarato incostituzionale nel 2008, per difetto di proporzionalità e determinatezza con riguardo alle garanzie offerte, una legge che consentiva ai servizi segreti, attraverso l'installazione di un captatore informatico, di cercare e di intercettare in modo occulto comunicazioni via *internet*, ed inoltre di accedere segretamente a qualsiasi sistema informatico collegato in rete. Sempre per difetto di proporzionalità ha dichiarato incostituzionali, nel 2016, alcune disposizioni della disciplina legale che autorizzava le autorità investigative a ricorrere a misure di sorveglianza occulte.

Nel fare ciò, essa ha affermato l'esistenza di un nuovo diritto costituzionale: il «diritto fondamentale alla garanzia dell'integrità e della riservatezza dei sistemi informatici», inteso come espressione del più generale «diritto alla dignità» dell'individuo-utente; che «protegge la vita personale e privata dei titolari dei diritti dall'accesso statale a dispositivi tecnologici di informazione, in particolare dall'accesso da parte dello Stato ai sistemi tecnologici di

sulle misure di sorveglianza occulta e sulla captazione di conversazioni da remoto a mezzo di strumenti informatici, in *penalecontemporane.it*, 8 maggio 2016.

¹⁴⁰ La Corte non ha quindi ritenuto incostituzionali, in sé, le norme che consentivano l'utilizzo del captatore informatico. D'altra parte, l'utilizzazione dei più evoluti strumenti tecnologici è una condizione imprescindibile per l'efficacia dell'azione di contrasto all'attività criminosa, che di essi si avvale: è ancora fresca, nella memoria, l'immagine del procuratore di Parigi, Francois Molin che, nell'immediatezza dell'attacco terroristico al Bataclan, aveva urgente bisogno di acquisire su *Facebook* informazioni inerenti i presunti attentatori, mentre ancora vi era il concreto rischio che vi fossero altri elementi delle cellule terroristiche non identificati, ancora attivi ed operanti. E tuttavia non aveva gli strumenti, non essendo previsti obblighi di legge a carico dei *service provider* di fornirli né, tanto meno, in tempi rapidi sicchè egli poteva disporre delle sole informazioni che volontariamente essi fornivano alle sue richieste, ma con tempi di risposta assolutamente non rispondenti all'urgenza del momento. Le esigenze di tutela della sicurezza ed incolumità pubbliche e quelle, contrapposte, di tutela delle libertà individuali fondamentali impongono dunque di trovare un necessario bilanciamento nella previsione di adeguate garanzie processuali.

informazione nel loro complesso, non solo dunque per eventi di comunicazione individuale o memorizzazione dei dati».

A detta dei giudici tedeschi, il rispetto della proporzionalità comporta che la raccolta segreta di dati personali si può estendere a terzi solo in condizioni particolari, che il nucleo della vita privata deve essere rigorosamente presidiato da un più alto livello di garanzia, che i titolari di segreto professionale devono essere sufficientemente tutelati, che gli interessati devono essere informati, dopo l'esecuzione delle misure, e messi in condizione di attivare un controllo giurisdizionale, che deve essere previsto un obbligo di relazione al Parlamento e all'opinione pubblica su queste misure, che i dati personali devono essere cancellati, dopo l'utilizzo.

5. Il quadro normativo sovranazionale. La Convenzione di Budapest sulla criminalità informatica: a) un inedito modello di cooperazione b) i nuovi mezzi di raccolta della prova digitale c) il criterio di graduazione delle misure in relazione all'impatto sui diritti fondamentali

De jure condito, nell'Unione Europea gli strumenti di cooperazione che possono essere utilizzati per la ricerca e la raccolta della prova digitale sono, in primo luogo, quelli di mutua assistenza e di reciproco riconoscimento comuni agli altri tipi di prove: la *rogatoria* (con i paesi terzi e con gli stati membri che hanno scelto di non aderire alla direttiva sull'ordine europeo di indagine penale: Irlanda e Danimarca), le *squadre investigative comuni* e l'*ordine europeo di indagine penale* (tra gli Stati membri dell'Unione, salvo quelli detti). La disciplina di quest'ultimo istituto non contiene tuttavia disposizioni specifiche con riguardo ai dati informatici ed inoltre in taluni casi (per esempio: Germania e Olanda) le normative nazionali di attuazione non hanno disciplinato le intercettazioni telematiche, che quindi, se richieste con tale strumento, vengono negate. Inoltre, il fatto che l'Irlanda, un paese ove hanno sede importanti *providers*, non abbia aderito alla Direttiva sull'OIE non consente di attivarne il meccanismo, con importanti ripercussioni pratiche.

In un ambito che coinvolge tutti gli Stati membri dell'Unione Europea, ad eccezione di Irlanda e Svezia¹⁴¹, ma che è ben più ampio in quanto comprende, ad oggi, complessivamente 65 paesi, vi sono gli strumenti previsti dalla Convenzione sulla

¹⁴¹ Ad oggi, questi due Stati membri hanno firmato la Convenzione, ma non l'hanno ratificata.

criminalità informatica del Consiglio d'Europa, siglata a Budapest il 23 novembre 2001 ed entrata in vigore il 1° luglio 2004¹⁴².

Si tratta del primo trattato internazionale in materia di reati informatici e di acquisizione delle prove elettroniche di un reato (art. 14) ed è attualmente l'unico atto internazionale vincolante in tale ambito. La Convenzione costituisce la base giuridica per la cooperazione internazionale tra gli Stati che l'hanno ratificata, o che vi hanno aderito, e contiene disposizioni che incentivano l'armonizzazione delle normative nazionali sostanziali e processuali ed altre che si occupano specificamente della cooperazione internazionale in questo campo. Essa nasce dalla consapevolezza, per un verso, della inadeguatezza dei tradizionali strumenti di cooperazione a far fronte alle esigenze di celerità di acquisizione della prova digitale, correlate anche alle caratteristiche di volatilità e dispersione, e, per altro verso, della particolare intrusività delle indagini informatiche nella sfera individuale delle persone.

La sua importanza risiede nei principi e negli strumenti innovativi introdotti¹⁴³ - che, hanno tracciato la direttrice anche per le successive proposte normative, attualmente in discussione nell'ambito sia del Consiglio d'Europa che dell'Unione Europea -, come pure nel dato di fatto che essa è stata sottoscritta anche da numerosi stati terzi, che non fanno parte del Consiglio d'Europa, fra i quali prima di tutto gli Stati Uniti d'America (ove hanno sede i più importanti *Internet Server Provider*), il Canada e il Giappone, ciò che ha rilevanti ricadute concrete ai fini dell'efficacia della cooperazione in questo specifico settore.

L'Italia ha ratificato la Convenzione con la l. n. 48/2008.

Limitando lo sguardo a quanto di interesse per la presente indagine, le innovazioni principali attengono: a) all'individuazione di un inedito modello di cooperazione tra Stati, che si affianca, e non sostituisce, quelli tradizionali, fondati sulla mutua assistenza e sulla reciproca fiducia; b) alla creazione di strumenti di raccolta della prova digitale di nuovo conio, l'ordine di produzione e l'ordine di conservazione di dati digitali; c) all'introduzione del criterio di graduazione dei mezzi investigativi e probatori consentiti, diversificata in

¹⁴² Del Consiglio d'Europa, organizzazione internazionale nata nel 1949, sono membri 47 Stati.

¹⁴³ ALLEGREZZA S., *op. cit.*, pagg. 117-157, non esita a definire il Consiglio d'Europa «quale motore dell'adeguamento degli ordinamenti nazionali alle nuove tecnologie», per il contributo che esso ha dato, su questo terreno e più in generale, «al rapporto fra prova scientifica e processo penale (...). Anche a fronte dell'inerzia dei legislatori nazionali, gli organi di Strasburgo hanno favorito e stimolato lo sviluppo di regole specifiche che fossero in grado di disciplinare le novità tecnologiche e scientifiche, fuori e dentro la giustizia penale».

ragione del livello di lesività dei diritti fondamentali attinti ed imperniato sul principio di proporzionalità.

a) un inedito modello di cooperazione

L'art. 32 della Convenzione, situato nel capitolo terzo dedicato alla raccolta transnazionale delle prove digitali, consente l'accesso diretto ai dati custoditi in un sistema informatico situato in altro Stato o quando essi sono disponibili pubblicamente, perché la fonte è aperta (i dati sono, in tal caso, accessibili a tutti, da qualunque parte del mondo), o, nel caso essi non siano pubblici (perché visibili solo entrando nel *server* con le credenziali di autenticazione), quando vi è il consenso, legale e volontario, del soggetto legalmente autorizzato a divulgarli¹⁴⁴. Questa locuzione, per la sua ampiezza, consente di ritenere compresi, nella categoria dei soggetti legalmente autorizzati a divulgare i dati, non soltanto il titolare, ma anche i fornitori di servizi informatici, che li detengono legalmente e che potrebbero trasmetterli alle autorità investigative o volontariamente o perché destinatari di un obbligo di legge¹⁴⁵.

In sostanza, la Convenzione, muovendo dal dato di fatto che la prova digitale non incontra confini geografici, recepisce e 'normativizza' tale situazione e consente agli stati di accedere a sistemi informatici situati in altri stati, da un dispositivo situato sul proprio territorio, senza il ricorso agli strumenti di mutua assistenza o reciproco riconoscimento, e quindi a prescindere dal coinvolgimento dello Stato territorialmente competente.

Sebbene tale accesso sia limitato ai dati immagazzinati (cosiddetti *stored data*), ossia a quelli giacenti e conservati nel sistema informatico, e non concerna invece i dati in transito (cosiddetti *real time communication* o flussi informatici), è indubbio che questo approccio, come si è anticipato al paragrafo 1, ha una carica dirompente sul sistema di cooperazione perché si fonda su un criterio che è sganciato dal principio – di tipo oggettivo - di territorialità e, con esso, da quello di sovranità – da sempre considerati le pietre miliari nelle

¹⁴⁴ «Articolo 32 Accesso transfrontaliero a dati informatici immagazzinati con il consenso o quando pubblicamente disponibili. Una Parte può, senza l'autorizzazione di un'altra Parte: a. accedere ai dati informatici immagazzinati disponibili al pubblico (fonti aperte), senza avere riguardo al luogo geografico in cui si trovano tali dati; o b. accedere o ricevere, attraverso un sistema informatico nel proprio territorio, dati informatici immagazzinati situati in un altro Stato, se la Parte ottiene il consenso legale e volontario della persona legalmente autorizzata a divulgare i dati allo Stato attraverso tale sistema informatico».

¹⁴⁵ Il nostro legislatore, tuttavia, nel recepire la Convenzione di Budapest ha limitato la possibilità di acquisire documenti informatici al solo caso del previo consenso del legittimo titolare (art. 234 *bis* cod. proc. pen.).

dinamiche dei rapporti internazionali tra Stati - ed è imperniato, invece, su un collegamento di tipo soggettivo, che valorizza la figura dei detentori di dati digitali (chi ha il «potere di disposizione dei dati»¹⁴⁶), indipendentemente dal luogo fisico in cui essi si trovano (purché interno a quello dei Paesi aderenti alla Convenzione).

La peculiarità risiede nel fatto che la richiesta è inoltrata dall'autorità giudiziaria direttamente a soggetti privati, le società che svolgono attività di *internet server provider* e, dunque, instaura un rapporto di cooperazione internazionale non più tra autorità statali (governative o giudiziarie), ma tra autorità giudiziarie e fornitori di servizi digitali. In questo senso, la Convenzione introduce, come si è sopra detto, un «terzo tipo» di cooperazione, che si colloca al di fuori dei tradizionali paradigmi giuridici e culturali.

E' chiaro che questa soluzione presuppone un elevato livello di fiducia tra gli Stati, che preventivamente – ossia con l'adesione o la ratifica della Convenzione - accettano di rinunciare reciprocamente ad una parte della loro sovranità e si obbligano ad acconsentire ad intrusioni, da parte di autorità giudiziali di altri stati, nella loro giurisdizione (ove vi sono collegamenti con i detentori di dati digitali, che la radicherebbero, secondo i tradizionali criteri) per l'acquisizione degli stessi.

Questo nuovo approccio si avvale di nuovi strumenti di raccolta della prova, modellati sulle caratteristiche specifiche di quella digitale, che la Convenzione fa obbligo agli stati di introdurre negli ordinamenti interni: l'ordine di produzione e l'ordine di conservazione di dati digitali.

b) i nuovi mezzi di raccolta della prova digitale

L'ordine di produzione, emesso dalla competente autorità nazionale, è indirizzato a chiunque abbia la disponibilità o il controllo di dati digitali custoditi in un sistema o in un dispositivo informatico presente sul proprio territorio o che offra i servizi in ambito nazionale e, specificamente, ai fornitori di servizi digitali. Esso consente di ottenere informazioni relative agli abbonati e concernenti tali servizi, attinenti i cosiddetti “meta-dati”, vale a dire elementi informativi estranei al contenuto rappresentativo del dato digitale, quali le informazioni sul sottoscrittore del servizio di comunicazione *online* (*basic subscriber information*), il tipo di servizio usato, l'identità del sottoscrittore, il numero telefonico associato, l'indirizzo IP usato per la registrazione del servizio, l'indirizzo postale

¹⁴⁶ Su tali questioni si veda, diffusamente, SIRACUSANO F., *op. cit.*, pagg. 10 e ss.

o area geografica di riferimento, altre informazioni relative al pagamento del servizio, i dati di registrazione del dominio informatico (art. 18)¹⁴⁷.

Gli ordini di produzione possono avere ad oggetto anche il contenuto di comunicazioni in corso, e quindi intercettazioni di comunicazioni telematiche, ma solo per gravi illeciti, la cui individuazione viene demandata al diritto nazionale, e non per tutti i reati (art. 19)¹⁴⁸.

Gli ordini di conservazione consentono di ottenere una sorta di congelamento dei dati digitali immagazzinati, inclusi quelli sul traffico, secondo le modalità stabilite dagli artt. 16 e 17¹⁴⁹.

¹⁴⁷ Articolo 18 «*Ingiunzione di produrre*. 1. Ogni Parte deve adottare le misure legislative ed di altra natura che dovessero essere necessarie per consentire alle autorità competenti di ordinare: a. ad un soggetto nel proprio territorio di trasmettere specifici dati informatici nella propria disponibilità o controllo, che siano immagazzinati in un sistema informatico in un supporto informatico per la conservazione di dati; e b. a un fornitore di servizi che offre le proprie prestazioni nel territorio della Parte di fornire i dati in proprio possesso o sotto il suo controllo relativi ai propri abbonati e concernenti tali servizi. 2. I poteri e le procedure di cui al presente articolo devono essere soggette agli articoli 14 e 15. 3. Ai fini del presente articolo, l'espressione "informazioni relative agli abbonati" designa ogni informazione detenuta in forma di dato informatico o sotto altra forma da un fornitore di servizi e relativa agli abbonati ad un proprio servizio e diversa dai dati relativi al traffico o al contenuto e attraverso la quale è possibile stabilire: a. il tipo di servizio di comunicazione utilizzato, le disposizioni tecniche prese a tale riguardo e il periodo del servizio; b. l'identità dell'abbonato, l'indirizzo postale o geografico, il telefono e gli altri numeri d'accesso, i dati riguardanti la fatturazione e il pagamento, disponibili sulla base degli accordi o del contratto di fornitura del servizio; c. ogni altra informazione sul luogo di installazione dell'apparecchiatura della comunicazione, disponibile sulla base degli accordi o del contratto di fornitura del servizio».

¹⁴⁸ Articolo 21 «*Intercettazione di dati relativi al contenuto*. 1. Ogni Parte deve adottare le misure legislative e di altra natura che dovessero essere necessarie, in relazione ad una serie di gravi infrazioni che devono essere definite dal diritto nazionale, per consentire alle proprie competenti autorità di: a. raccogliere o registrare attraverso l'utilizzo di strumenti tecnici esistenti nel territorio della Parte, e b. obbligare un fornitori di servizi, nell'ambito delle sue capacità tecniche a: i. raccogliere o registrare attraverso l'utilizzo di strumenti tecnici esistenti nel territorio della Parte, o II. cooperare ed assistere le autorità competenti nella raccolta o registrazione in tempo reale di dati relativi al contenuto di comunicazioni specifiche eseguite nel proprio territorio attraverso un sistema informatico. 2. Qualora una Parte, a causa dei principi del proprio ordinamento giuridico, non è in grado di applicare le misure previste al paragrafo 1.a, può invece adottare misure legislative e di altra natura che dovessero essere necessarie per assicurare la raccolta o la registrazione in tempo reale dei dati relativi al contenuto di comunicazioni specifiche eseguite sul proprio territorio, attraverso l'utilizzo di strumenti tecnici in quel territorio. 3. Ogni Parte deve adottare le misure legislative ed di altra natura che dovessero essere necessarie per obbligare un fornitore di servizi a mantenere segreto il fatto che un qualsiasi potere previsto nel presente articolo sia stato sia stato esercitato e ogni informazione relativa. 4. I poteri e le procedure di cui al presente articolo devono essere soggette agli articoli 14 e 15».

¹⁴⁹ Articolo 16 «*Conservazione rapida di dati informatici immagazzinati*. 1. Ogni Parte deve adottare le misure legislative ed di altra natura che dovessero essere necessarie per consentire alle competenti autorità di ordinare o ottenere in altro modo la protezione rapida di specifici dati informatici, inclusi i dati sul traffico, che sono stati conservati attraverso un sistema informatico, in particolare quando vi è motivo di ritenere che i dati informatici siano particolarmente vulnerabili e soggetti a cancellazione o modificazione. 2. Quando una Parte rende effettive le previsione di cui al precedente paragrafo 1. attraverso l'ordine ad un soggetto di conservare specifici dati informatici immagazzinati che siano in suo possesso o sotto il suo controllo, la Parte deve adottare le misure legislative e di altra natura che siano necessarie per obbligare tale soggetto a proteggere e mantenere l'integrità di quei dati informatici per il periodo di tempo necessario, per un massimo di novanta giorni, per consentire alle autorità competenti di ottenere la loro divulgazione. Una Parte

E' importante sottolineare che, con riguardo ad entrambi i tipi di ordine, la Convenzione, attraverso il richiamo finale alle disposizioni contenute agli articoli 14 e 15, impone agli Stati di garantire che essi siano soggetti «alle condizioni e alle tutele previste dal proprio diritto interno», il quale «deve assicurare un'adeguata tutela dei diritti umani e delle libertà, in particolare dei diritti derivanti da obblighi assunti in base alla Convenzione e (...) deve considerare il principio di proporzionalità».

Stabilisce inoltre che, in relazione «alla natura del potere o della procedura», le condizioni e tutele previste dal diritto interno «devono includere, fra l'altro, una supervisione giudiziaria o di altra natura purché indipendente, dei motivi che giustifichino l'applicazione e la limitazione del campo di applicazione e della durata del potere o procedura»¹⁵⁰. Essa stessa pone limiti di durata della conservazione dei dati, che non può eccedere i novanta giorni (eventualmente rinnovabili: art. 16 § 2).

Vengono così delineate alcune garanzie procedurali imprescindibili che devono accompagnare le indagini informatiche transnazionali e che sono funzionali al rispetto dei diritti fondamentali: la previsione legale, a livello domestico, dei presupposti e delle condizioni di applicazione (i), il controllo da parte di un'autorità giudiziaria, o comunque

può prevedere che tale ordine possa essere successivamente rinnovato. 3. Ogni Parte deve adottare le misure legislative ed di altra natura che dovessero essere necessarie per obbligare il custode o la persona incaricata di conservare i dati informatici di mantenere il segreto sulla procedura intrapresa per il periodo di tempo previsto dal proprio diritto interno. 4. I poteri e le procedure di cui al presente articolo devono essere soggetti agli articoli 14 e 15».

Articolo 17 «*Conservazione e divulgazione rapide di dati relativi al traffico* 1. Al fine di assicurare la conservazione dei dati relativi al traffico in applicazione di quanto previsto all'articolo 16 ogni Parte deve adottare le misure legislative ed di altra natura che dovessero essere necessarie per: a. assicurare che la conservazione dei dati relativi al traffico sia disponibile nonostante uno o più fornitori di servizi siano stati coinvolti nella trasmissione di tale comunicazione; e b. assicurare la rapida trasmissione all'autorità competente della Parte, o al soggetto designato da tale autorità, di una quantità di dati relativi al traffico sufficiente per consentire alla Parte di identificare il fornitore di servizi e la via attraverso la quale la comunicazione fu trasmessa. 14 2. I poteri e le procedure di cui al presente articolo devono essere soggette agli articoli 14 e 15».

¹⁵⁰ Articolo 15 «*Condizioni e tutele*. 1. Ogni Parte deve assicurarsi che l'instaurazione, implementazione e applicazione dei poteri e delle procedure previste in questa sezione siano soggette alle condizioni e alle tutele previste dal proprio diritto interno, che deve assicurare un'adeguata tutela dei diritti umani e delle libertà, in particolare dei diritti derivanti da obblighi assunti in base alla Convenzione del Consiglio d'Europa del 1950 per la tutela dei diritti umani e delle libertà fondamentali, alla Convenzione Internazionale delle Nazioni Unite del 1966 sui diritti civili e politici, e agli altri strumenti internazionali applicabili in materia di diritti umani, e che deve considerare il principio di proporzionalità. 2. Quando sia il caso, avuto riguardo alla natura del potere o della procedura, queste condizioni e tutele devono includere, fra l'altro, una supervisione giudiziaria o di altra natura purché indipendente, dei motivi che giustifichino l'applicazione e la limitazione del campo di applicazione e della durata del potere o procedura. 3. Nella misura in cui ciò sia rispondente all'interesse pubblico e, in particolare, alla buona amministrazione della giustizia, ogni Parte deve considerare l'impatto dei poteri e delle procedure di questa sezione sui diritti, le responsabilità e gli interessi legittimi dei terzi».

indipendente (ii), e l'obbligo di motivazione con riguardo alle ragioni giustificative della compressione dei diritti individuali e alla valutazione di proporzionalità del tipo di misura applicata e della sua durata (iii).

In definitiva, la Convenzione àncora l'emissione degli ordini ai principi della riserva di legge e di giurisdizione, oltre che a un generale criterio di graduazione in relazione alla lesività della sfera privata.

c) il criterio di graduazione delle misure in relazione all'impatto sui diritti umani

La Convenzione pone un'importante distinzione tra intercettazione di dati digitali che concernono il contenuto di comunicazioni e gli altri dati, vincolando espressamente gli stati a limitare le prime a «gravi infrazioni», la cui individuazione, in concreto, rimette al diritto interno.

Si tratta evidentemente di una limitazione che consegue alla diversa incisività del mezzo nella sfera privata, che deve essere giustificata dall'esigenza di repressione di condotte di maggiore allarme per la collettività.

Attraverso il richiamo al principio di proporzionalità ed all'obbligo di specifica motivazione delle ragioni giustificative della misura, dei limiti di applicazione e della durata, essa impone inoltre di graduare le misure in ragione del bilanciamento tra gravità delle condotte illecite e intrusività nella sfera privata.

6. Lo scambio spontaneo di informazioni e la cooperazione volontaria degli Internet Server Provider

In aggiunta agli strumenti indicati, vi sono altre modalità di acquisizione della prova digitale transnazionale, sia previste dalla normativa sovranazionale, sia sviluppatesi nella prassi.

Sotto il primo profilo, la Convenzione è intervenuta anche sulle procedure di mutua assistenza, in primo luogo imponendo un obbligo di collaborazione agli Stati¹⁵¹, ed inoltre aprendo la via a forme di cooperazione il più possibile deformalizzate, semplificate e rapide:

¹⁵¹ Articolo 23 «*Principi generali relativi alla cooperazione internazionale*. Le parti devono cooperare tra loro nella misura più ampia possibile nelle indagini o nei procedimenti riguardanti i reati collegati a sistemi e dati informatici, o per raccogliere le prove, in forma elettronica, di un reato, in conformità alle disposizioni di questo capitolo e in applicazione degli strumenti internazionali sulla cooperazione internazionale in materia penale, degli accordi stipulati sulla base di una legislazione uniforme o in condizione di reciprocità e del loro diritto nazionale».

è consentito, in caso di urgenza, il ricorso a comunicazioni via *fax* o posta elettronica¹⁵², a prescindere da una rituale domanda di assistenza, che può eventualmente seguire al richiesta informale.

E', inoltre, incentivato lo scambio spontaneo di informazioni¹⁵³ ed è prevista la creazione, in ciascuno Stato, di un punto di contatto tra autorità giudiziarie, sempre disponibile (24/24 h, 7/7 giorni), per assicurare assistenza immediata¹⁵⁴.

Nel suo complesso, però l'attuazione della Convenzione di Budapest è stata parziale e/o incompleta giacché, in molti casi, gli Stati aderenti e ratificanti non hanno sfruttato a pieno le possibilità offerte.

Attualmente il quadro normativo relativo al diritto nazionale in materia di prova digitale è, in Europa, molto variegato e l'obiettivo di un'armonizzazione delle legislazioni sostanziali e processuali è ben lontano dall'essere raggiunto.

Il regime giuridico di accesso ai dati informatici varia da paese a paese, con riguardo ai criteri per radicare la giurisdizione (che sono stabiliti, alternativamente, in relazione alla sede del fornitore, al luogo ove sono custoditi i dati o offerti i servizi e simili), all'esistenza o meno di un obbligo dei fornitori di adempiere la richiesta, alle misure sanzionatorie in caso di inadempimento, ai tempi di esecuzione, alla necessità o meno della previa autorizzazione giudiziale.

¹⁵² Articolo 25 «*Principi generali relativi alla mutua assistenza*», paragrafo «3. Ogni Parte può, in casi d'urgenza, fare richieste di mutua assistenza o comunicazioni ad essa relative attraverso strumenti rapidi di comunicazione, come il fax o la posta elettronica, a condizione che tali strumenti diano appropriate garanzie di sicurezza e autenticazione (inclusa la crittazione, se necessaria), seguite da conferma ufficiale ulteriore se lo Stato richiesto lo esige. Lo Stato richiesto deve accettare la domanda e rispondere alla richiesta con uno qualsiasi di tali mezzi rapidi di comunicazione».

¹⁵³ Articolo 26 «*Informazioni spontanee*. 1. Una Parte può, nei limiti della propria legislazione nazionale e senza una richiesta preventiva, trasmettere ad un'altra Parte informazioni ottenute nell'ambito delle proprie indagini qualora ritenga che la comunicazione di tali informazioni possa aiutare la Parte ricevente nell'avvio o nello svolgimento di indagini o procedimenti riguardanti reati definiti in base alla presente Convenzione o possa giovare ad una richiesta di quella Parte in base al presente capitolo. (...)».

¹⁵⁴ Articolo 35 «*Rete 24/7*. 1. Ogni Parte deve designare un punto di contatto disponibile 24 ore su 24 e 7 giorni su 7, per assicurare un'assistenza immediata per le indagini relative a reati connessi a sistemi e dati informatici, o per la raccolta di prove in formato elettronico di un reato. Tale assistenza deve includere la facilitazione o, se il diritto interno e la prassi nazionale lo consentono, l'applicazione diretta delle seguenti misure: a. apporto di consigli tecnici; b. conservazione dei dati in base agli articoli 29 e 30; c. raccolta di prove, trasmissione di informazioni di carattere giuridico e localizzazione dei sospetti. 2. a. Il punto di contatto di una Parte deve poter comunicare con il punto di contatto di un'altra Parte secondo una procedura accelerata. b. Se il punto di contatto designato da una Parte non dipende dall'autorità della Parte o delle autorità responsabili per la mutua assistenza internazionale o per l'estradizione, il punto di contatto dovrà garantire di essere in grado di coordinarsi con quella o con queste secondo una procedura accelerata. 3. Ogni Parte farà in modo di disporre di personale formato ed equipaggiato al fine di facilitare le attività della rete».

Tale situazione ingenera confusione ed incertezza negli operatori giuridici e nei destinatari delle richieste di acquisizione delle prove.

L'efficacia dell'azione repressiva è fortemente compromessa anche per il fatto che le procedure di cooperazione di mutua assistenza e reciproco riconoscimento sono molto lente, assolutamente non compatibili con le esigenze di contrasto alla criminalità, specie quella più efferata (terroristica e mafiosa), che impone una risposta immediata, a tutela della sicurezza e dell'incolumità collettiva.

Con specifico riferimento alla cooperazione transnazionale, la Convenzione di Budapest, pur introducendo soluzioni fortemente innovative e maggiormente adeguate alle peculiari caratteristiche della prova informatica, non ha fornito una risposta soddisfacente, perché non ha previsto espressamente ordini di produzione e conservazione internazionali, indirizzati a fornitori stabiliti in stati diversi da quello procedente (ma solo, come sopra si è visto, a quelli aventi sede o offerenti servizi all'interno del territorio nazionale). Ciò ha senz'altro costituito un ostacolo all'applicazione di questi ordini oltre l'ambito domestico.

Nella concreta esperienza applicativa è accaduto, e accade di frequente, che gli *Internet Service Provider* oppongano, alle richieste delle autorità giudiziarie, dinieghi fondati principalmente sul difetto di giurisdizione e sui limiti stabiliti dal diritto nazionale al quale sono soggetti. E' infatti innegabile che, allo stato attuale della legislazione, essi si trovano sottoposti a discipline ed obblighi differenziati nei diversi ambiti - nazionale, sovranazionale e, in quest'ultimo caso, a seconda che si trovino nell'Unione Europea oppure al di fuori di essa – e che le disposizioni, ai vari livelli, sono talvolta in conflitto tra loro. Ciò oggettivamente crea serie difficoltà anche a chi è intenzionato ad ottemperare alle richieste.

E' questo il caso, soprattutto, dei fornitori di servizi digitali statunitensi, i quali rifiutano di dare corso alle richieste di intercettazioni telefoniche ed ambientali perché non ammesse dalle proprie norme costituzionali, acconsentendo, al più, a condividere con le autorità straniere gli esiti delle indagini effettuate nell'ambito di proprie indagini.

La legge americana (*Electronic Communications Privacy Act*) permette però agli *Internet Server Provider* di fornire i dati esterni delle comunicazioni, i cosiddetti 'meta-data' (relativi al sottoscrittore del servizio). Ciò ha consentito il consolidarsi di una prassi operativa che li vede partecipi di procedure di cooperazione su base volontaria, anche accelerate in caso di urgenza, sebbene limitatamente ai dati menzionati.

Per quanto riguarda, invece, i dati relativi al contenuto, diversi dalle intercettazioni telematiche (messaggi scritti, comunicazioni già avvenute e non in corso, *video-files*), occorre attivare le tradizionali procedure rogatorie, che hanno tempi non compatibili con le esigenze investigative.

Al di fuori dello scambio spontaneo di informazioni tra autorità statali e della produzione volontaria di dati digitali esterni da parte dei fornitori di servizi, il vuoto normativo provocato dall'assenza di norme europee uniformi e la presenza, per contro, di normative nazionali fortemente differenziate comportano una situazione di incertezza giuridica sulle modalità concrete da esperire, per ottenere la cooperazione internazionale, ed hanno favorito prassi operative spesso di dubbia legittimità, che vedono l'utilizzazione del captatore informatico per superare gli ostacoli giuridici alla cooperazione.

Da parte sua, la Corte di Cassazione penale italiana, facendo applicazione, ed ulteriormente sviluppando, il concetto di instradamento, ha ritenuto che non vi sia violazione della sovranità di uno stato estero in caso di sequestro dei dati contenuti in un *server* allocato nel territorio di un altro stato (si trattava di messaggi di posta elettronica, in entrata e in uscita, relativi ad una casella gestita da un *provider* estero), allorché i dati vengono prelevati da un sistema informatico sito in Italia attraverso la captazione del segnale digitale proveniente dall'estero, che viene immesso su nodi nazionali e di qui acquisito. In tal caso, tutta l'attività d'intercettazione viene interamente compiuta nel territorio italiano e non vi è la necessità di ricorrere a procedure rogatorie¹⁵⁵. Ha anche affermato che i messaggi di posta elettronica non inviati dall'utente, ma salvati nella cartella "bozze" del proprio account o in apposito spazio virtuale (come *Dropbox* o *Google Drive*), accessibili solo digitando il nome utente e la *password*, costituiscono dei documenti informatici, ai sensi dell'art. 234 cod. proc. pen., che, possono essere sequestrati nel luogo ove avviene l'accesso da parte dell'utente attraverso l'inserimento delle credenziali, indipendentemente dalla localizzazione all'estero del *provider*, dovendosi escludere che si tratti di corrispondenza, soggetta alla disciplina di cui all'art. 254 cod. proc. pen., o di dati informatici detenuti dal *provider*, sequestrabili nell'ambito della procedura prevista dall'art. 254-bis cod. proc. pen. (nel caso specifico, tutti gli indagati accedevano ad un'unica e comune casella di posta elettronica dalla medesima postazione di un *internet point*, le cui

¹⁵⁵ Cass. pen. sez. IV, sentenza n. 40903 del 28 giugno 2016.

credenziali di accesso gli organi inquirenti avevano individuato grazie all'installazione di un captatore informatico).

Secondo il ragionamento della Corte, i dati contenuti in uno spazio virtuale di memoria, sebbene questo sia stato generato da un *server* allocato all'estero, sono detenuti dal titolare delle credenziali di accesso e non dalla società che gestisce il server che genera lo spazio di memoria virtuale, titolare che ne ha la piena disponibilità in territorio nazionale.

Più di recente, i giudici di legittimità hanno ribadito questo concetto con riguardo a messaggi scambiati mediante sistema protetto Blackberry (traffico telematico cosiddetto "pin to pin") qualora le comunicazioni siano avvenute in Italia¹⁵⁶.

7. Le soluzioni individuate in ambito internazionale: il «Cloud Act»

Difficoltà del tutto analoghe a quelle dianzi illustrate hanno incontrato gli Stati Uniti, con riguardo all'acquisizione di prove digitali situate sul territorio dell'Unione Europea. È noto che un'autorità giudiziale statunitense si è sentita rifiutare, nel 2014, la richiesta di acquisizione di dati digitali indirizzata direttamente ad un *Internet Server Provider* americano (si trattava di dati relativi ad un *account* di *Microsoft*) perché essi erano custoditi in un *server* situato in Irlanda, ottenibili solo attivando le tradizionali procedure di cooperazione internazionale¹⁵⁷.

Per ovviarvi, il Congresso degli Stati Uniti d'America ha adottato, il 23 marzo 2018, il cosiddetto *CLOUD Act* (*Clarifying Overseas Use of Data Act*) che obbliga i fornitori di servizi digitali di diritto americano a comunicare alle autorità statunitensi i contenuti delle comunicazioni telematiche ed i dati ad esse correlati, anche se essi hanno sede in altri paesi, evitando così di dover ricorrere alle ordinarie e lente procedure di mutua assistenza.

Questo atto normativo è di particolare importanza anche per l'Europa, per due ragioni.

Esso prevede la possibilità di stipulare accordi bilaterali, tra Stati Uniti e paesi terzi, che consentano a questi ultimi di accedere direttamente, in condizioni di reciprocità, ai dati informatici custoditi da fornitori in territori statunitense, superando i meccanismi di mutua

¹⁵⁶ Cass. pen., sez. IV, n. 46968 del 5 aprile 2017.

¹⁵⁷ Si tratta della nota causa *United States vs. Microsoft Corporation*, nella quale il giudice irlandese ha rifiutato il trasferimento di dati digitali al di fuori dell'Unione Europea, da parte del server provider americano che li custodiva in Irlanda, perché non consentito dal Regolamento generale per la protezione dei dati personali.

assistenza. Costituisce quindi la base giuridica per la conclusione di futuri accordi tra gli USA e l'Unione Europea, in questo campo.

Al contempo, il *Cloud Act* subordina l'efficacia di questi accordi bilaterali al rispetto della *privacy* e dei diritti fondamentali, sia sostanziali che procedurali, e dunque vincola il funzionamento di questo meccanismo di cooperazione a specifiche garanzie.

8. Le prospettive de jure condendo: la proposta di un Secondo Protocollo addizionale alla Convenzione di Budapest

Pur con i limiti evidenziati, la Convenzione di Budapest ha tracciato la linea dei futuri interventi normativi, da parte dello stesso *Consiglio d'Europa* ed anche del legislatore europeo, che ha mostrato di voler riprendere, e ulteriormente sviluppare, molte delle innovazioni da essa introdotte.

Proprio per superare (tra le altre) le criticità menzionate, la Commissione per la Convenzione di Budapest sta lavorando alla predisposizione di un Secondo Protocollo addizionale, concernente l'accesso transfrontaliero alle prove elettroniche, con gli ambiziosi obiettivi di:

- rendere più efficienti le procedure di mutua assistenza giudiziaria, attraverso la semplificazione di quelle concernenti le informazioni relative agli abbonati e la disciplina di quelle urgenti,
- stabilire forme di cooperazione diretta fra le autorità giudiziarie e consentire indagini congiunte e squadre investigative comuni,
- introdurre ordini di produzione internazionali,
- consentire la cooperazione diretta con i fornitori di servizi in altre giurisdizioni per quanto riguarda le richieste di informazioni sugli abbonati, le richieste di conservazione e le richieste d'emergenza,
- stabilire un quadro più chiaro e maggiori garanzie in relazione alle prassi esistenti di accesso transfrontaliero ai dati, nonché maggiori tutele, in materia di protezione dei dati¹⁵⁸.

¹⁵⁸ E' questo il mandato approvato dalla Commissione del Consiglio d'Europa in data 8 giugno 2017.

9. E le iniziative legislative dell'Unione Europea. La proposta di Regolamento sulle prove elettroniche in materia penale

Nell'ambito dell'Unione Europea, si segnalano due recenti iniziative in materia di prova informatica, che fanno parte di un unico pacchetto presentato il 17 aprile 2018 dalla Commissione europea: la proposta di Regolamento relativo agli ordini europei di produzione e conservazione di prove elettroniche in materia penale¹⁵⁹ e la proposta di Direttiva recante norme armonizzate sulla nomina di rappresentanti legali ai fini dell'acquisizione di prove nei procedimenti penali¹⁶⁰.

L'obiettivo è quello di rendere più efficiente l'accesso transnazionale alla prova elettronica, superando i problemi di individuazione della giurisdizione e favorendo l'ottemperanza, da parte dei fornitori di servizi digitali, alle richieste giudiziali di accesso a dati digitali, principalmente mediante l'individuazione dei soggetti responsabili, di precisi obblighi normativi e di misure sanzionatorie a loro presidio, di tempi rapidi e, in generale, di un quadro normativo più chiaro. Al contempo, le proposte si prefiggono di introdurre «forti meccanismi di tutela dei diritti fondamentali»¹⁶¹.

L'iniziativa è sorta nel 2015 ma, sotto la spinta degli attentati terroristici di Parigi del novembre 2015 e di Bruxelles del marzo 2016, ha avuto un rinnovato impulso, tanto da

¹⁵⁹ COM (2018) 225 final.

¹⁶⁰ COM (2018) 226 final. Su queste proposte si vedano, in generale, i contributi di PEZZUTO R., *Accesso transnazionale alla prova elettronica nel procedimento penale: la nuova iniziativa legislativa della Commissione europea al vaglio del Consiglio dell'unione*, in *penalecontemporaneo.it*, n. 1/2019, pag. 57 e ss., GERACI R. M., *La circolazione transfrontaliera delle prove digitali in UE: la proposta di regolamento*, in *Cass. Pen. fasc. 3*, 2019, pag. 1390 e ss., POLLICINO O- BASSINI M., *La proposta di Regolamento e-evidence: osservazioni a caldo e possibili sviluppi*, in *Medialaws.ue*, 26 ottobre 2018, p. 15 e ss., GIALUZ M. – DELLA TORRE J., *Lotta alla criminalità nel cyberspazio: la Commissione presenta due proposte per facilitare la circolazione delle prove elettroniche nei processi penali*, in *penalecontemporaneo.it*, n. 5/2018, pag. 277 e ss., TONDI V., *L'accesso transfrontaliero all'electronic evidence, tra esigenze di effettività e tutela dei diritti*, in *penalecontemporaneo.it*, n. 2/2019, pag. 439.

¹⁶¹ La Relazione accompagnatoria alla proposta, consultabile al sito [eur-lex.europa.eu > legal-content > TXT > uri=CELEX:52018PC0225](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/TEXT/uri=CELEX:52018PC0225), così indica gli obiettivi: «La presente proposta affronta il problema specifico dalla natura volatile delle prove elettroniche e della loro dimensione internazionale. Essa mira ad adattare i meccanismi di cooperazione all'era digitale, fornendo alle autorità giudiziarie e di contrasto gli strumenti per stare al passo con le attuali modalità di comunicazione dei criminali e combattere le forme moderne di criminalità. Tali strumenti sono subordinati alla condizione di essere soggetti a forti meccanismi di tutela dei diritti fondamentali. La presente proposta intende migliorare la certezza del diritto per le autorità, i prestatori di servizi e le persone interessate e mantenere uno standard elevato per le richieste delle autorità di contrasto, garantendo così la protezione dei diritti fondamentali, la trasparenza e la responsabilità. Essa inoltre rende più rapido il processo per assicurare ed ottenere prove elettroniche conservate e/o detenute da prestatori di servizi stabiliti in un'altra giurisdizione. Lo strumento proposto si affiancherà agli attuali strumenti di cooperazione giudiziaria, che rimangono pertinenti e possono essere usati dalle autorità competenti quando lo ritengono appropriato».

essere inserita tra le priorità legislative dell'Unione, e se ne auspicava l'approvazione addirittura prima delle elezioni europee del 2019.

Le proposte rinviengono la base giuridica nel principio di mutuo riconoscimento e nell'art. 82, paragrafo 1, TFUE. Esse si inseriscono nel solco del modello di cooperazione delineato dalla Convenzione di Budapest, riprendendone alcune delle innovazioni più salienti ed introducendone altre, finalizzate ad ovviare alle criticità emerse in quell'ambito.

Analogamente alla Convenzione del Consiglio d'Europa, il legislatore europeo mira ad instaurare *rapporti di cooperazione diretta tra autorità giudiziarie e fornitori di servizi informatici*, avvalendosi degli *ordini di produzione e di conservazione* dei dati digitali, strumenti nuovi per il diritto dell'Unione, la cui circolazione transfrontaliera è diversamente modulata a seconda della natura dell'ordine (di produzione o di conservazione) e della tipologia del dato (relativo agli abbonati ed agli accessi, ovvero concernente le operazioni ed il contenuto), in ragione del diverso impatto che essa produce sui diritti fondamentali attinti dalla misura.

L'emissione è subordinata ad una preventiva valutazione di *necessità e proporzionalità*, oltre che di legittimità, da parte di un'autorità giudiziaria¹⁶². Non è invece necessario il requisito della doppia incriminazione.

Sono escluse dall'ambito di applicazione le procedure nazionali (l'iniziativa concerne la sola raccolta transfrontaliera della prova digitale), come pure le intercettazioni in tempo reale di flussi di comunicazione, stante il dichiarato intento di non prevedere misure finalizzate alla prevenzione della criminalità, ma solo quelle necessarie ad un procedimento penale in corso¹⁶³ (l'accesso diretto è consentito per i soli dati giacenti nei sistemi informatici, come già stabilito, nell'ambito della cooperazione internazionale, dall'art. 32

¹⁶² Così la Relazione: «Il regolamento proposto istituisce ordini europei di produzione e di conservazione vincolanti. Entrambi gli ordini devono essere emessi o convalidati da un'autorità giudiziaria di uno Stato membro. Un ordine può essere emesso per chiedere di conservare o produrre dati che sono conservati da un prestatore di servizi situato in un'altra giurisdizione e che sono necessari come prova in indagini o procedimenti penali. Tali ordini possono essere emessi solo se una misura dello stesso tipo è disponibile per lo stesso reato in una situazione nazionale comparabile nello Stato di emissione. Entrambi gli ordini possono essere notificati ai prestatori di servizi di comunicazione elettronica, alle reti sociali, ai mercati online, ad altri prestatori di servizi di hosting e ai fornitori di infrastrutture internet quali l'indirizzo IP e registri di nomi di dominio, o ai loro rappresentanti legali, se esistenti. L'ordine europeo di conservazione, analogamente all'ordine europeo di produzione, è rivolto al rappresentante legale al di fuori della giurisdizione dello Stato membro di emissione affinché provveda alla conservazione di dati in vista di una successiva richiesta di produzione dei medesimi, ad esempio tramite i canali di assistenza giudiziaria in caso di paesi terzi o attraverso un OEI tra gli Stati membri partecipanti.»

¹⁶³ Così la Relazione accompagnatoria alla proposta di Regolamento, pag. 7.

della Convenzione). Per le intercettazioni, restano attivabili l'ordine europeo di indagine penale (ove possibile) e gli altri strumenti di cooperazione internazionale.

Nelle proposte dell'Unione alcuni obiettivi prioritari, quali l'armonizzazione normativa, il superamento dei problemi di giurisdizione, il miglioramento dell'efficienza dei meccanismi di cooperazione (sotto il profilo della tempistica e della semplificazione), vengono affrontati con soluzioni più efficaci rispetto alla Convenzione di Budapest. Vi è invece il dubbio che, al di là delle affermazioni di principio, la proposta non faccia significativi passi in avanti sul piano della tutela dei diritti fondamentali.

All'obiettivo della *armonizzazione normativa* è mirata la scelta del tipo di atto normativo di diritto europeo, il regolamento, che è direttamente applicabile negli Stati membri e, a differenza della direttiva, non richiede normative interne di attuazione che, come l'esperienza ha dimostrato, prestano il fianco a discipline nazionali non necessariamente uniformi nel territorio europeo.

E', questo, un cambio di passo senz'altro importante rispetto all'esperienza passata: è la prima volta che il legislatore europeo intraprende, in materia di prova transfrontaliera, la via del regolamento per stabilire una normativa uniforme in tutti gli Stati membri, che è consentita, ed anzi incentivata, dall'art. 82 TFUE¹⁶⁴.

L'effettiva portata di tale novità è tuttavia ridimensionata dalla dichiarata intenzione di limitare l'uniformità all'accesso transfrontaliero alle prove elettroniche, e non anche di armonizzare le misure nazionali¹⁶⁵.

Questo intento trova puntuale conferma nella previsione che gli ordini di produzione possono essere emessi solo «se una misura dello stesso tipo è disponibile per lo stesso reato in una situazione nazionale comparabile nello Stato di emissione» (art. 5, paragrafo 2), quindi solo se la legge interna lo consente. La perdurante esistenza di normative domestiche molto differenziate tra loro continuerà a costituire un importante ostacolo al buon fine della

¹⁶⁴ Vi è però chi, come GIALUZ M. – DELLA TORRE J., *op. cit.*, pag. 292, vede, in senso opposto, nel ricorso allo strumento del regolamento la manifestazione di una sostanziale sfiducia nei confronti degli Stati membri, come desumibile peraltro dalle ragioni della scelta effettuata, indicate nella Relazione accompagnatoria: «Poiché la proposta riguarda procedure transfrontaliere, per le quali sono necessarie norme uniformi, non occorre lasciare un margine agli Stati membri per recepirle. Il regolamento è direttamente applicabile, offre chiarezza e maggiore certezza giuridica e consente di evitare interpretazioni divergenti negli Stati membri e altri problemi di recepimento incontrati dalle decisioni quadro sul riconoscimento reciproco delle sentenze e delle decisioni giudiziarie. Inoltre permette che lo stesso obbligo sia imposto in modo uniforme in tutta l'Unione».

¹⁶⁵ Così la Relazione alla proposta di Regolamento, pag. 7.

cooperazione e darà luogo a situazioni differenziate da paese a paese, a seconda delle misure previste negli ordinamenti interni¹⁶⁶.

Lo scopo di stabilire un quadro giuridico chiaro ed uniforme è quindi solo parzialmente soddisfatto.

La soluzione proposta per superare le problematiche inerenti l'*individuazione della giurisdizione*, scaturenti dalle peculiari caratteristiche della prova digitale, prescinde dalla ubicazione dei dati e si basa sulla constatazione che, in genere, la scelta di tale ubicazione è determinata dal fornitore di servizi sulla base di ragioni commerciali, che le autorità statali non hanno alcun collegamento col reato perseguito né controllo sui dati custoditi sul loro territorio e che la prestazione di servizi informatici non richiede necessariamente un'infrastruttura fisica né la presenza di un'azienda o di personale negli Stati membri in cui sono offerti.

Il nuovo criterio è misto, di tipo soggettivo ed oggettivo, e si incentra sulla figura del rappresentante legale della società che fornisce i servizi informatici¹⁶⁷ e sul luogo in cui i servizi informatici vengono da essi offerti all'interno del territorio europeo, purché il fornitore abbia col territorio europeo un collegamento sostanziale stabile, desumibile da una serie di indici, quali l'avere uno stabilimento o un numero significativo di utenti in uno o più Stati membri, oppure l'orientare le attività verso uno o più di essi (circostanza desumibile dall'uso di una lingua o di una moneta di uno Stato membro, dalla disponibilità di un'app nell'apposito negozio *online* ("app store") nazionale, dalla fornitura di pubblicità a livello locale o nella lingua usata in uno Stato membro, e simili).

Ad una *maggiore efficienza* sono poi finalizzati, per un verso, il ricorso a moduli standardizzati, con campi da compilare predisposti e fissi, destinati alla circolazione transnazionale (i cosiddetti 'certificati'), e, per altro verso, la previsione di tempi stringenti per l'esecuzione dell'ordine (dieci giorni o, in caso di urgenza, sei ore: art. 9).

¹⁶⁶ La possibilità di acquisire prove da un *server provider* è prevista nel nostro ordinamento: art. 254 *bis* cod. proc. pen..

¹⁶⁷ I destinatari degli ordini di produzione e conservazione sono i *service provider*, da intendersi come «la persona fisica o giuridica che fornisce una o più delle seguenti categorie di servizi: (a) servizi di comunicazione elettronica (...); (b) servizi della società dell'informazione (...), per i quali la conservazione dei dati è una componente propria del servizio fornito all'utente, tra cui i social network, i mercati online che agevolano le operazioni tra utenti e altri prestatori di servizi di hosting; (c) servizi di nomi di dominio internet e di numerazione IP, quali i prestatori di indirizzi IP, i registri di nomi di dominio, i registrar di nomi di dominio e i connessi servizi per la privacy o proxy» (art. 2).

L'ottemperanza agli ordini è assicurata dalla previsione di sanzioni pecuniarie (artt. 13 e 14).

Si intende così assicurare la rapidità necessaria ad evitare la facile dispersione della prova digitale, naturalmente volatile perché facilmente e immediatamente trasferibile altrove, e l'efficacia dell'ordine.

Quanto ai *diritti umani*, la proposta muove dalla chiara consapevolezza che essi possono essere attinti a tre diversi livelli: quello individuale delle persone fisiche, con riguardo al diritto alla protezione dei dati personali, al rispetto della vita privata e familiare, alla libertà di espressione, alla difesa, al ricorso effettivo ad un giudice imparziale (i), quello del prestatore di servizi, con riguardo al diritto alla libertà di impresa e ad un ricorso effettivo (ii), ed infine quello della collettività, che afferisce ai diritti alla libertà e sicurezza (iii).

La loro tutela, indicata espressamente tra i prioritari obiettivi dichiarati dal legislatore europeo, è affidata, oltre che al Regolamento generale sulla protezione dei dati ed alle direttive in materia di garanzie procedurali penali, specificamente:

a) al vaglio preventivo di un'autorità giudiziaria al momento dell'emissione dell'ordine (articoli 4 e 5).

Gli ordini di produzione e di conservazione vengono emessi da autorità giudiziarie («un giudice, un organo giurisdizionale, un magistrato inquirente o un pubblico ministero»: art. 4) ovvero da altri soggetti che agiscano con la qualità di autorità inquirente, secondo il diritto interno.

L'ampiezza della previsione pare potervi includere la polizia giudiziaria. In quest'ultimo caso, è necessaria la convalida del giudice (sempre per gli ordini di produzione) o del pubblico ministero (per gli ordini di conservazione). Nel solo caso degli ordini di produzione aventi ad oggetto dati concernenti le operazioni ed il contenuto, l'emissione è riservata all'autorità giurisdizionale e non è consentita al pubblico ministero¹⁶⁸.

b) alla condizione della necessità e proporzionalità: è richiesto che l'autorità emittente compia una apposita valutazione in tal senso e che motivi specificamente le ragioni che

¹⁶⁸ Critico verso questa soluzione è DANIELE M., *L'acquisizione delle prove digitali dai service provider: un preoccupante cambio di paradigma nella cooperazione internazionale*, cit., pag. 1287, il quale lamenta che il vaglio giurisdizionale preventivo è assicurato per i soli ordini di produzione dei dati relativi alle operazioni ed al contenuto, mentre per quelli relativi agli abbonati ed agli accessi è previsto solo un ricorso *ex post* davanti all'organo giurisdizionale dello Stato di emissione (art. 17, paragrafo 3).

giustificano l'adozione dell'ordine, sia esso di produzione o di conservazione, (art. 5, paragrafo 5, e 6, paragrafo 2) anche tenendo conto di eventuali immunità riconosciute dal diritto nazionale (quanto ai soli ordini di produzione). Con riguardo alla conservazione dei dati, è stabilito che la durata non può eccedere sessanta giorni (art. 10);

c) all'esistenza di differenziati presupposti legittimanti l'emissione degli ordini, diversamente graduati a seconda che essi concernano la produzione o la conservazione ovvero il tipo di dato richiesto, stante il diverso impatto nella sfera privata. La conservazione mira, infatti, a 'congelare' i dati, evitandone la cancellazione e/o modifica, e non ne comporta la divulgazione; i dati esterni vengono utilizzati generalmente nella fase investigativa, per lo sviluppo delle indagini, mentre quelli di contenuto o concernenti le operazioni effettuate in rete possono avere un ben più pregnante peso probatorio in giudizio.

La proposta pone una disciplina così articolata (artt. 5 e 6): gli ordini di produzione concernenti dati digitali relativi ad «abbonati» e «accessi», nonché tutti gli ordini di conservazione, qualunque ne sia l'oggetto, non incontrano limiti edittali e possono essere emessi per qualsiasi tipo di reato.

Non altrettanto vale per gli ordini di produzione che hanno ad oggetto «operazioni» e «contenuto», adottabili soltanto per specifici reati, nominativamente indicati, e per quelli sanzionati con la reclusione di almeno tre anni, sempre che una misura dello stesso tipo sia disponibile per lo stesso reato in una situazione nazionale comparabile nello Stato di emissione (cosiddetta clausola di cortesia internazionale).

Essi, inoltre, quando emessi da un'autorità inquirente diversa da un magistrato, richiedono la convalida da parte di un giudice (non è prevista la convalida del pubblico ministero) e devono tener conto di eventuali immunità previste dal diritto interno, come si è sopra detto.

Riprendendo l'analogo criterio previsto nella Convenzione di Budapest, la proposta modula diversamente le misure, graduandole in ragione del diverso impatto sui diritti, ma ponendo una disciplina ben più dettagliata.

d) alle possibilità di rifiuto di ottemperanza all'ordine, da parte del prestatore di servizi, se esso «viola manifestamente la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea o (...) è

manifestamente arbitrario»¹⁶⁹, ed al coinvolgimento delle competenti autorità dello Stato di esecuzione.

Il prestatore di servizi informatici informa, in questa causa, l'autorità competente nello stato di esecuzione, che può chiedere chiarimenti a quella di emissione e, all'esito, può, o meno, confermare l'ordine. In caso di conferma, al destinatario è riconosciuto il diritto ad un rimedio giurisdizionale, il riesame.

e) ai rimedi attivabili, previsti con riguardo ai soli ordini di produzione.

Il legislatore europeo ha delineato due possibili rimedi attivabili dal prestatore di servizi, nel caso in cui questi appaiano in contrasto con il diritto applicabile di un paese terzo, che vieti la divulgazione dei dati richiesti per ragioni attinenti la necessità di tutelare i diritti fondamentali delle persone interessate o anche la sicurezza o la difesa nazionali (artt. 15 e 16).

Ha inoltre riconosciuto, ai titolari dei dati richiesti, il diritto ad un ricorso effettivo innanzi all'autorità dello Stato di emissione, che gli consenta di contestare la legittimità della richiesta, come pure la necessità e proporzionalità dell'ordine (art. 17).

I meccanismi finalizzati ad assicurare la tutela dei diritti fondamentali presentano diversi limiti e significative criticità.

In primo luogo, la proposta non prevede alcun rimedio avverso gli ordini di conservazione.

Se è vero che la loro lesività è minore, vi è pur sempre una compressione dei diritti del titolare dei dati a disporre liberamente e dunque la scelta è senz'altro criticabile, perché in contrasto col diritto ad un ricorso effettivo sancito dall'art. 47 della carta dei diritti fondamentali.

Soprattutto, la proposta affida un ruolo chiave di garanzia a soggetti privati, che non sono istituzionalmente preposti alla tutela di diritti altrui, come invece le autorità statali. Gli *Internet Server Provider* sono società private che agiscono secondo la logica del profitto e della libertà d'impresa; i loro comportamenti sono legittimamente orientati al raggiungimento di interessi personali di tipo prevalentemente economico, rispetto ai quali

¹⁶⁹ Art. 9, paragrafo 5: «Qualora ritenga di non poter ottemperare all'EPOC perché dalle sole informazioni ivi contenute risulta che esso viola manifestamente la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea o che è manifestamente arbitrario, il destinatario invia il modulo di cui all'allegato III anche all'autorità di esecuzione competente del proprio Stato membro. In tali casi l'autorità di esecuzione competente può chiedere all'autorità di emissione chiarimenti sull'ordine europeo di produzione, direttamente o tramite Eurojust o la Rete giudiziaria europea».

sono intrinsecamente estranee esigenze di tutela di diritti ed interessi altrui. E' quindi ragionevole pensare che essi propenderanno per l'ottemperanza agli ordini, senza compiere valutazioni adeguatamente approfondite, anche per la ristrettezza del tempo a loro disposizione (sei ore, in caso d'urgenza), a meno che il rischio di esporsi a serie sanzioni per la violazioni della normativa interna allo stato di esecuzione non li spinga ad attrezzarsi per compiere vagli attenti ed approfonditi. I rischi che pone la "privatizzazione" del vaglio circa il rispetto dei diritti fondamentali è evidente¹⁷⁰.

Anche in caso di rifiuto di ottemperanza, il coinvolgimento dello Stato di esecuzione non appare un rimedio adeguato giacché le esigenze della cooperazione potrebbero facilmente risultare compromesse, per il verosimile rallentamento della procedura, col rischio di disperdere la prova.

Per ovviare a questa criticità, vi è stato chi ha proposto «la creazione, in una logica federale, di un unico organo giurisdizionale europeo deputato a svolgere i controlli che la proposta vorrebbe affidare ai *provider*. Un organo a cui le autorità giudiziarie nazionali dovrebbero rivolgere gli ordini di conservazione e di produzione, e a cui i *provider* che prestino i loro servizi nell'Unione dovrebbero trasmettere le informazioni rilevanti in loro possesso. Dovrebbe spettargli, in particolare, valutare se le richieste istruttorie rispettano gli *standard* di tutela dei diritti richiesti dalla CEDU e dalla Carta di Nizza; non potrebbe esimersi, a questo proposito, dal considerare la gravità dei reati oggetto del procedimento, le modalità e le circostanze di emissione del provvedimento, la presenza di elementi di prova a carico del sospettato già presenti in quel momento, nonché il contenuto e la finalità del provvedimento»¹⁷¹. Al contempo, per garantire l'efficienza del meccanismo, dovrebbero prevedersi procedure accelerate per i casi più urgenti, che contemplino una fase sommaria

¹⁷⁰ L'espressione è di DANIELE M., *L'acquisizione delle prove digitali dai service provider: un preoccupante cambio di paradigma nella cooperazione internazionale*, cit., pag. 1288. L'autore evidenzia che non si tratta di un caso isolato, ma di una tendenza in atto nella normativa sovranazionale, sia europea, laddove in materia di privacy demanda agli *Internet Server Provider* una analoga valutazione, concernente la tutela di dati personali, con riguardo alla deindicizzazione di contenuti da siti di terzi, sia americana, che nel *Cloud Act*, riconosce ad essi un analogo potere di rifiutare l'ottemperanza all'ordine, nel caso ciò li esponga al rischio di una violazione del diritto straniero (pag. 1289).

Di diverso avviso POLLICINO O. - BASSINI M., *op. cit.*, pagg. 10 e ss., ti quali invece valutano molto positivamente il «ruolo di garanzia» svolto dai prestatori di servizi digitali, «veri e propri "arbitri" del bilanciamento tra diritti fondamentali», e ritengono che questa soluzione sia «rispondente alla migliore tutela degli interessi in gioco. Il destinatario di un ordine di produzione, infatti, si situa nella posizione più idonea alla valutazione delle eventuali circostanze ostative all'esecuzione di una richiesta» e comunque vi è la garanzia dell'eventuale coinvolgimento degli organi giurisdizionali, attraverso la procedura di riesame.

¹⁷¹ DANIELE M., *op- ult. cit.*, pagg. 1292-1293.

deputata al vaglio di non manifesta illegittimità dell'ordine, seguita da una fase più approfondita, successiva alla sua esecuzione, che potrebbe portare ad una valutazione di inutilizzabilità dei dati raccolti.

Ulteriori elementi di perplessità derivano dalla mancata previsione di soglie minime probatorie per l'emissione degli ordini e dalla incerta delimitazione tra le categoria dei dati relativi agli «accessi» ed alle «operazioni». Al riguardo, il considerando 20 alla proposta si limita a far riferimento ad una distinzione che «tranne per quanto riguarda i dati relativi agli accessi, esiste negli ordinamenti giuridici di molti Stati membri e nell'attuale quadro giuridico statunitense, che consente ai prestatori di servizi di condividere su base volontaria i dati non relativi al contenuto con le autorità di contrasto straniera».

La Relazione accompagnatoria precisa che «I dati relativi agli accessi sono richiesti allo stesso scopo dei dati relativi agli abbonati, ossia per individuare l'utente, e il livello di impatto sui diritti fondamentali è simile» (pag. 15). Resta il dubbio su come vadano classificati i dati relativi, per esempio alla cronologia delle operazioni effettuate, come pure quelli inerenti le ricerche sul *web*.

E' auspicabile che, in fase di approvazione, possano essere apportati correttivi alla proposta di Regolamento, la quale deve comunque raccordarsi alle previsioni contenute nel Secondo protocollo alla Convenzione di Budapest. I negoziati procedono parallelamente e con reciproci contatti, finalizzati a soluzioni coerenti tra loro.

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

Nell'arco di poco più di vent'anni, a partire dal Consiglio europeo di Tampere del 1999, la cooperazione penale in materia di prova transnazionale ha cambiato volto all'interno dell'Unione europea ed ha assunto caratteri propri, diversi da quelli che valgono nei rapporti internazionali con Stati terzi.

Il progredire del processo di integrazione europea, col quale essa è andata di pari passo, ci ha posto, e ci pone continuamente, di fronte alla necessità di confrontarci con sistemi giuridici e, prima ancora, con tradizioni culturali, anche profondamente diversi dai nostri, e quindi di misurarci con paradigmi, metodi e approcci molto distanti da noi, che non ci sono familiari e con i quali abbiamo scarsa dimestichezza.

Si è cercato di mettere in luce le principali novità, che hanno riguardato i protagonisti, gli strumenti, le fonti, i principi.

La cooperazione sovranazionale non è più materia delle autorità politiche (se non in limitati casi), ma è interamente affidata alle autorità giudiziarie e, talvolta, neanche esclusivamente ad esse. Si è detto che essa si è aperta ai privati, in un duplice senso: per la prima volta, e sia pure con tutti i limiti e le incertezze viste, è prevista la possibilità per la difesa di chiedere l'assunzione di prove all'estero, ed è inoltre a soggetti privati, gli *Internet Server Provider*, che le autorità giudiziarie devono necessariamente rivolgersi per ottenere prove elettroniche. Anch'essi stanno, dunque, per diventare, volenti o nolenti, protagonisti delle nuove forme di collaborazione sovranazionale, una cosa impensabile sino a non molti anni fa.

I modelli di cooperazione escono significativamente trasformati dalle riforme (già realizzate e di prossima realizzazione), anche perché oggi assumono forme diverse, modulabili a seconda del tipo di atto da compiere e del grado di invasività nella sfera privata. Addirittura neanche è più necessaria, talvolta, una formale richiesta all'autorità estera (nelle squadre investigative comuni). Il metodo dialogico ha preso il posto delle rigide formalità della rogatoria. E se resta vero che l'armonizzazione delle normative probatorie è un obiettivo ancora lontano, non può tacersi che è in atto un processo di ravvicinamento che si sviluppa attraverso due snodi principali: l'attività ermeneutica dei giudici, nazionali e sovranazionali, volta a riempire di contenuti concreti i principi e le clausole normative aperte, nonché il dialogo costante tra autorità giudiziarie nell'esperienza

operativa, che, giorno dopo giorno, silenziosamente ma ineluttabilmente, abbatte diffidenze e barriere, attraverso la conoscenza reciproca e la collaborazione maturata nella quotidianità della realtà lavorativa. L'armonizzazione è un processo che parte anche dal basso.

L'effettivo impatto delle riforme potrà essere pienamente apprezzato e valutato soltanto in un'ottica di più lungo periodo, alla luce delle interpretazioni e delle prassi applicative che si consolideranno. Sono tuttavia possibili prime riflessioni.

La materia della prova penale transnazionale riflette, per effetto principalmente della partecipazione del nostro Paese all'Unione europea e della conseguente 'contaminazione' con le tradizioni giuridiche e culturali degli altri Stati membri, i caratteri propri del diritto liquido e pluralista postmoderno, riproducendone il tratto tipico del sistema reticolare delle fonti normative e dei conseguenti effetti sul piano dei principi fondanti il nostro ordinamento giuridico, dall'eclissi della sovranità nazionale e del criterio della territorialità, alla crisi della legalità formale fondata sull'elaborazione di regole, secondo l'accezione propria della tradizione culturale italiana, ed al ruolo attivo, svolto dalla giurisprudenza europea e nazionale, nella produzione del diritto¹⁷².

E' chiara la consapevolezza che la scelta legislativa, fatta specialmente con l'ordine europeo di indagine penale, di costruire un diritto per principi anziché su regole, attraverso il ricorso a clausole aperte (proporzionalità, adeguatezza) che impongono all'interprete di operare, di volta in volta in relazione al caso concreto, un bilanciamento tra i valori coinvolti, ha assegnato all'attività interpretativa dei giudici un ruolo chiave in funzione dell'individuazione dei contenuti concreti e dell'effettività della tutela dei diritti fondamentali¹⁷³.

Con riguardo a questi ultimi – nei quali sono ricompresi quelli della difesa nell'esercizio dinamico delle attività di ammissione, raccolta ed utilizzazione della prova -, si è progressivamente consolidata l'idea che essi operino come limite rispetto agli obblighi di cooperazione giudiziaria penale ed anche al principio del mutuo riconoscimento, in

¹⁷² Per queste considerazioni sul diritto postmoderno si veda KOSTORIS R. E., *Processo penale, diritto europeo e nuovi paradigmi del pluralismo giuridico postmoderno*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.* 2015, 1177, nonché *Un diritto postmoderno*, in *Percorsi giuridici della postmodernità*, a cura di Roberto E. Kostoris, 2016. Sui rischi di abusi da parte dei giudici, pone l'accento DANIELE M., *La metamorfosi del diritto delle prove nella direttiva sull'ordine europeo di indagine penale*, in *penalecontemporaneo.it*, n. 4/2015, pag.91.

¹⁷³ Così, da ultimo, KOSTORIS R. E., *L'OEI nella dissolvenza tra regole e principi*, in *L'ordine europeo di indagine penale. Il nuovo volto della raccolta transnazionale delle prove nel d. lgs. N. 108 del 2017*, a cura di M. Daniele e R. E. Kostoris, Giappichelli, 2018, pagg. 3 e seguenti.

ragione della loro specialità e prevalenza¹⁷⁴, e ciò sia in ambito europeo, sia sul fronte interno.

Tale idea si è andata affermando, in via giurisprudenziale ed in assenza di espresse disposizioni normative, in materia di mandato di arresto europeo - il primo strumento di mutuo riconoscimento della cooperazione giudiziaria penale - e poi anche, di recente, in materia di prova transnazionale.

La Corte di Giustizia ha ripetutamente affermato che l'esistenza di un rischio reale di violazione del diritto fondamentale ad un equo processo, garantito dall'art. 47, secondo comma, della Carta dei diritti fondamentali dell'unione Europea (nel caso specifico, il pericolo che la persona arrestata venga consegnata all'autorità giudiziaria emittente, che non ha i requisiti di indipendenza propri di uno Stato di diritto), autorizza l'autorità giudiziaria dell'esecuzione ad astenersi, in via eccezionale, a dar seguito al mandato di arresto europeo, pur non essendo ciò previsto normativamente quale espresso motivo di rifiuto della cooperazione¹⁷⁵. La pronuncia si pone nel solco di altre precedenti, tra le quali segnatamente la sentenza del 5 aprile 2016 (Aranyosi e Caldaru), che già avevano riconosciuto che il principio del mutuo riconoscimento – il quale si fonda sulla fiducia reciproca tra gli Stati membri ed i rispettivi sistemi giuridici e perciò sulla premessa che tutti gli Stati condividono un comune patrimonio di valori (art. 2 TUE) e assicurano i diritti fondamentali riconosciuti dall'Unione Europea – può incontrare, «in circostanze eccezionali», limitazioni derivanti dalla necessità di rispettare i diritti fondamentali ed i principi giuridici sanciti dagli articoli 2 e 6 TUE.

Questa tendenza ha trovato, in seguito, precise conferme normative in materia di prova transnazionale, e precisamente nella direttiva in materia di ordine penale di indagine europeo, che ha codificato, quale espresso motivo di rifiuto dell'esecuzione della richiesta – sia pure facoltativo, il mancato rispetto dei diritti sanciti dall'art. 6 TUE e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'unione europea (art. 11, § 1, lettera f) della direttiva 2014/41/UE). A sua volta, il decreto di attuazione sancisce l'obbligo del «rispetto dei principi dell'ordinamento costituzionale e della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea in tema di diritti fondamentali, nonché in tema di libertà e di giusto processo» (art. 1) e

¹⁷⁴ CIAMPI A., *L'assunzione di prova all'estero in materia penale*, Padova, 2003, nonché PONTI C., *Riforma dell'assistenza giudiziaria penale e tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento italiano. Dalla legge n. 149 del 2016 al recepimento della direttiva 2014/41/UE*, in *Legisl. Pen.*, 2017.

¹⁷⁵ Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza del 25 luglio 2018, nella causa C-216/18 PPU.

prevede che l'incompatibilità della richiesta con gli obblighi derivanti dall'art. 6 TUE e dalla Carta integra motivo obbligatorio di rifiuto (art. 10, comma 1, lett. e) d. lgl. n. 108/2017). Si tratta della prima volta che viene sancita, a livello normativo, una regola di esclusione della prova (*rectius*, di rifiuto della cooperazione penale transnazionale per ragioni concernenti l'ammissibilità della prova).

L'obbligo del rispetto dei diritti fondamentali della persona, quale principio generale la cui violazione osta al riconoscimento ed all'esecuzione delle decisioni e dei provvedimenti giudiziari degli Stati membri, è ora espressamente sancito anche nel codice di rito (art. 696-ter cod.proc.pen.).

Sotto diverso profilo, l'incomprimibilità dei diritti fondamentali quali risultanti dagli ordinamenti costituzionali degli Stati membri è stata riaffermata (e, di recente, con rinnovato vigore), anche nei confronti del diritto dell'Unione Europea e con riguardo a profili fondamentali della legge penale. Si pensi alle recenti pronunce delle Corti italiane nel caso «Taricco», basate sulla teoria dei controlimiti alla cessione di sovranità statale, quale argine all'applicazione incondizionata della normativa europea e strumento di salvaguardia dei diritti fondamentali maggiormente tutelati sul piano domestico, nonché agli ultimi approdi cui è pervenuta la Corte costituzionale, con le sentenze nn. 269/2017, 20/2019, 63/2019, 112/2019 e, da ultimo, 117/2019 (sebbene ingenerando forti incertezze e disorientamenti sull'ordine delle pregiudizialità costituzionale ed europea¹⁷⁶).

I segnali di una mutata sensibilità della Corte di Giustizia in materia di tutela dei diritti fondamentali nel procedimento penale e della loro prevalenza, sia pure a determinate condizioni, sull'attuazione del diritto dell'Unione sembrano trovare conferma anche in una recente pronunzia concernente la questione della utilizzabilità di elementi probatori raccolti in violazione della normativa nazionale in materia di intercettazioni: nel ribadire che, nel perseguimento di reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione, i legislatori nazionali sono tenuti a garantire l'applicazione di sanzioni effettive e dissuasive (anche modificando, all'occorrenza, la propria normativa) ed i giudici nazionali a disapplicare le disposizioni interne che vi ostino, essa ha ribadito che il rispetto dei diritti fondamentali deve essere assicurato sin dalla fase delle indagini, e non soltanto nel processo, ed ha collocato le garanzie procedurali finalizzate a tutelarli («il potere repressivo») nell'alveo del principio di

¹⁷⁶ COSENTINO A., *Doppia pregiudizialità, ordine delle questioni, disordine delle idee*, in *questionegiustizia.it*, 6 febbraio 2020.

legalità, che costituisce il cardine dello stato di diritto, sì che la violazione delle relative norme contrasta con l'art. 2 TUE¹⁷⁷.

Con specifico riguardo alle garanzie difensive, nonostante le numerose criticità e deficienze evidenziate, soprattutto con riguardo alla tutela della persona offesa, del tutto ignorata, mi pare che l'introduzione dell'ordine europeo di indagine penale segni un progresso nel percorso, ancora lungo e difficile, verso una effettiva tutela dei diritti fondamentali in materia di ricerca e raccolta della prova transnazionale penale, quanto meno rispetto al passato.

I diritti della difesa trovano riconoscimento e concreta articolazione nelle singole fasi in cui si snoda la procedura e si sostanziano, a seconda della fase procedurale, in diritti informativi, di partecipazione e di impugnazione. La stessa procedimentalizzazione dell'attività rappresenta una garanzia per i soggetti coinvolti, perché consente di controllare il regolare esercizio delle facoltà e dei poteri.

Pur con i limiti evidenziati, è prevista una tutela anticipata rispetto all'adozione del provvedimento, attraverso il previo sindacato sulla sussistenza dei motivi di rifiuto, che consente di verificarne la legittimità sostanziale e non solo quella formale. Essa è estesa alla possibilità di contestare la proporzionalità dell'atto e la sua stretta necessità. Sono inoltre previsti poteri impugnatori, dei quali, per ora, la difesa ha mostrato di aver saputo fare adeguato uso.

E' presto però per trarre conclusioni, le incognite sono numerose, ma si può essere fiduciosi.

¹⁷⁷ Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Sezione Quarta, 17 gennaio 2019, causa C-310-16, rinvenibile sul sito della Corte: <https://curia.europa.eu>.