

## ORDINE EUROPEO DI INDAGINE E RIMEDI INTERNI: RIFLESSIONI SULLE PRIME APPLICAZIONI GIURISPRUDENZIALI

di Oscar Calavita

*(Dottorando di ricerca presso l'Università di Torino)*

Sommario: 1. Inquadramento europeo e nazionale – 2. Problemi applicativi emersi a seguito delle prime pronunce della Cassazione – 3. Considerazioni conclusive

1. A far data dal recepimento della direttiva 2014/41/UE, avente ad oggetto l'ordine europeo di indagine penale ("direttiva OEI"), ad opera del d.lgs. 21.6.2017 n. 108, la giurisprudenza di legittimità è stata chiamata in alcune occasioni a dirimere i dubbi interpretativi che si sono creati in merito al riconoscimento di un OEI, alla sua successiva comunicazione all'interessato e ai rimedi che possono essere esperiti. Dubbi che, come si vedrà, non sono stati del tutto sciolti.

In linea generale e da un punto di vista unionale, il riconoscimento di un OEI è suscettibile di essere impugnato ai sensi dell'art. 14 direttiva 2014/41/UE. Tale disposizione, dai contorni molto ampi, prevede genericamente che gli Stati membri debbano assicurare «che i mezzi di impugnazione equivalenti a quelli disponibili in un caso interno analogo siano applicabili agli atti di indagine richiesti nell'OEI» e che i motivi di merito dell'emissione dell'OEI debbano essere esperiti nello Stato di emissione. È altresì stabilito che l'impugnazione non abbia effetto sospensivo, che lo Stato di emissione "tenga conto" del fatto che il riconoscimento o l'esecuzione di un OEI sono stati impugnati fruttuosamente nello Stato di esecuzione e che, qualora non venga compromessa la riservatezza delle indagini, siano fornite all'indagato informazioni in merito ai rimedi a disposizione «in tempo utile per consentire che possano essere utilizzat[i] efficacemente».

Se proposti in tempo utile nello Stato di esecuzione, inoltre, i mezzi di impugnazione possono riverberare i propri effetti sul regime di trasmissione all'estero delle prove raccolte. Sul punto dispone l'art. 13, §2, direttiva 2014/41/UE, il quale affianca un regime sospensivo facoltativo a uno obbligatorio. Il primo possiede presupposti alquanto discrezionali, in quanto «il trasferimento delle prove può essere sospeso in attesa di una decisione relativa ad un mezzo di impugnazione, a meno che nell'OEI siano indicati motivi sufficienti per i quali il trasferimento immediato è essenziale al fine del corretto svolgimento delle indagini». Il secondo, al contrario,

impone di sospendere il trasferimento delle prove «se può provocare danni gravi e irreversibili alla persona interessata».

Sul versante interno, il d.lgs. 108/2017 prevede un doppio binario in tema di impugnazioni: dal punto di vista passivo, è stato introdotto un rimedio *ad hoc* avverso il decreto di riconoscimento (art. 13); mentre dal punto di vista attivo si è specificato che è possibile proporre richiesta di riesame contro gli ordini europei di indagine aventi ad oggetto un sequestro probatorio (art. 28).

L'art. 13 d.lgs. 108/2017 prevede tre differenti rimedi. Il primo è l'opposizione al decreto di riconoscimento: entro cinque giorni dalla comunicazione dello stesso ai sensi dell'art. 4 al difensore<sup>1</sup> (ma secondo una «interpretazione correttiva» anche all'indagato<sup>2</sup>), l'indagato e il suo difensore possono proporre opposizione (priva di effetto sospensivo) al GIP<sup>3</sup> che decide, sentito il Procuratore della Repubblica, con ordinanza *de plano*. Il secondo consiste nella richiesta di annullamento al GIP, quando è lo stesso giudice a dover dare esecuzione all'atto riconosciuto dal procuratore. Il terzo riguarda il decreto di riconoscimento avente ad oggetto un sequestro probatorio. In questo caso il novero dei soggetti legittimati ad opporsi aumenta (sono espressamente previsti anche la persona alla quale la prova o il bene sono stati sequestrati e quella che avrebbe diritto alla loro restituzione), il GIP decide in camera di consiglio ai sensi dell'art. 127 Cpp<sup>4</sup> e l'ordinanza è ricorribile per cassazione.

---

<sup>1</sup> La comunicazione dell'OEI è espressamente disciplinata dall'art. 4 d.lgs. 108/2017, secondo il quale «il decreto di riconoscimento è comunicato, a cura della segreteria del pubblico ministero, al difensore della persona sottoposta alle indagini entro il termine stabilito ai fini dell'avviso di cui ha diritto secondo la legge italiana per il compimento dell'atto. Quando la legge italiana prevede soltanto il diritto del difensore di assistere al compimento dell'atto senza previo avviso, il decreto di riconoscimento è comunicato al momento in cui l'atto è compiuto o immediatamente dopo».

<sup>2</sup> A. Mangiaracina, *L'acquisizione "europea" della prova cambia volto: l'Italia attua la Direttiva relativa all'ordine europeo di indagine penale*, in *DPP* 2018, 169. Di diverso avviso chi ritiene che il riferimento testuale al difensore denoti «che la comunicazione del decreto di riconoscimento non sia dovuta allorché l'atto di cui si chiede il compimento non preveda l'assistenza difensiva» (E. Lorenzetto, *I diritti della difesa nelle dinamiche dell'ordine europeo di indagine penale*, in M.R. Marchetti-E. Selvaggi (a cura di), *La nuova cooperazione giudiziaria penale*, Padova 2019, 350).

<sup>3</sup> Secondo G. Barrocu, *La cooperazione investigativa in ambito europeo*, Padova 2017, 268 il GIP che decide sull'opposizione dovrebbe essere diverso dal GIP che autorizza l'OEI (qualora questo procedimento sia necessario), in quanto si correrebbe il rischio di creare una «situazione di incompatibilità per "pre-giudizio", che trasforma l'opposizione in una sorta di "istanza di rinnovazione"»

<sup>4</sup> Nel caso in cui il provvedimento a seguito dell'opposizione venga assunto *de plano*, si è in presenza di una nullità di ordine generale a carattere assoluto. Sul punto v. Cass. 22.1.2020 n. 3520, in *www.dejure.it* (con nota di A. Fabbricatore, *L'opposizione al riconoscimento dell'ordine europeo di sequestro probatorio*, in *DPP* 2020, 798 ss.; A. Gaudieri, *Opposizione al decreto di riconoscimento dell'ordine europeo di sequestro: scenari*, in *GI* 2019, 2024 ss.; E. Lorenzetto, *Continua la saga dei vizi capitali: contraddittorio violato nell'opposizione al riconoscimento dell'ordine europeo di sequestro probatorio*, in *CP* 2020, 4093 ss.), secondo cui «deve ritenersi, conclusivamente, che il provvedimento che il Giudice assuma "de plano", senza fissazione dell'udienza in camera di consiglio, al di fuori dei casi espressamente stabiliti dalla legge, è affetto da nullità di ordine generale e a carattere assoluto

In relazione a quest'ultimo rimedio, vi è da domandarsi come i terzi interessati possano venire a conoscenza del sequestro probatorio – in quanto non sono destinatari del decreto di riconoscimento – e di conseguenza da quando decorra per loro il termine di cinque giorni previsto per l'opposizione. Se il sequestro afferisce direttamente ai beni di proprietà dei terzi di cui hanno il possesso non paiono sorgere particolari questioni: il terzo ne viene a conoscenza nel momento in cui viene eseguito e i cinque giorni decorreranno da tale momento. Al contrario, dubbi sorgono in merito a chi ha diritto alla restituzione dei beni, siccome potenzialmente questi soggetti possono venire a conoscenza dell'avvenuto sequestro anche a distanza di molto tempo dall'esecuzione dello stesso (possono infatti essere oggetto del provvedimento beni nel possesso di un soggetto ma di proprietà di un altro). Secondo la dottrina è possibile individuare il *dies a quo* per l'opposizione «nella data in cui l'interessato ha avuto l'effettiva conoscenza dell'avvenuto sequestro, come previsto dal combinato disposto degli artt. 257 e 324 c.p.p.»<sup>5</sup>. Così disegnato, tuttavia, il rimedio rischia di rivelarsi in concreto infruttuoso per l'opponente nello Stato di esecuzione in quanto verosimilmente gli oggetti sequestrati saranno già stati trasmessi all'estero al momento della decisione del GIP. Il beneficio dell'accoglimento dell'opposizione può comunque considerarsi indiretto, in quanto nello Stato di emissione il giudice precedente dovrà tenere conto – secondo la propria legge nazionale – dell'annullamento del decreto di riconoscimento ed eventualmente disporre la restituzione dei beni sequestrati (a parti invertite potrebbe trovare applicazione il procedimento per la restituzione delle cose sequestrate previsto dagli artt. 262 e 263 Cpp).

Dal punto di vista della procedura attiva, l'art. 28 d.lgs. 108/2017 prevede che, contro l'OEI avente ad oggetto un sequestro probatorio, imputato, indagato, difensore e interessati possono proporre richiesta di riesame ai sensi dell'art. 324 Cpp. La norma richiama altresì gli artt. 322 *bis* e 325 Cpp. Se per quanto riguarda l'art. 325 Cpp il riferimento può essere ritenuto tautologico, in quanto solo in presenza di una disposizione derogatoria il ricorso per Cassazione avrebbe potuto essere escluso (ma vi sarebbe comunque da domandarsi se non sarebbe stato preferibile prevedere il ricorso per cassazione contro tutti i decreti di riconoscimento e non solo quelli inerenti

---

per violazione dei diritti di difesa ex art. 178 c.p.p., comma 1, lett. c) e art. 179 Cpp, comma 1, derivandone, conseguentemente, l'annullamento senza rinvio del medesimo».

<sup>5</sup> A. Gaudieri, *Opposizione al decreto di riconoscimento*, cit., 2030. L'Autore sottolinea altresì come «la scelta di prevedere una facoltà più ampia di impugnazione al fine di chiedere un approfondimento sui presupposti del riconoscimento dell'ordine potrebbe giustificarsi in ragione del fatto che l'ordinamento italiano riconosce agli interessati il diritto al riesame e all'appello, in caso di diniego di restituzione dell'oggetto posto in sequestro, nonché la possibilità di ricorrere in Cassazione. La scelta del legislatore sarebbe orientata ad una politica di adeguamento delle modalità previste in tema di impugnazioni del diritto interno all'atto richiesto dall'estero mediante l'introduzione di un ricorso di legittimità anche avverso l'ordinanza resa all'esito dell'opposizione» (p. 2031).

il sequestro probatorio)<sup>6</sup>; dall'altro lato, il richiamo all'appello cautelare (art. 322 bis c.p.p.) sembra introdurre un inedito mezzo di impugnazione nei confronti del riconoscimento del sequestro probatorio.

Da una lettura sistematica dei rimedi nei confronti dei vari tipi di sequestro (e delle misure cautelari più in generale) si evince chiaramente che l'appello cautelare ha una funzione residuale rispetto all'istituto del riesame. Nello specifico, l'art. 322 bis Cpp apre con la clausola di riserva in favore dell'art. 322 Cpp («fuori dei casi previsti dall'art. 322») che stabilisce che contro il decreto di sequestro (preventivo) è possibile esperire il riesame. Pertanto, generalmente nei confronti del decreto applicativo del sequestro è azionabile esclusivamente il riesame<sup>7</sup>, mentre l'appello trova spazio avverso il provvedimento di diniego di restituzione delle cose sequestrate<sup>8</sup>.

In tema di OEI, tuttavia, pare che il rapporto di residualità dell'appello venga meno (probabilmente a causa di una "svista legislativa", in quanto i lavori preparatori fanno riferimento al solo riesame<sup>9</sup>). Invero, se si vuole fornire una lettura non abrogativa dell'art. 28 d.lgs. 108/2017, dovrebbe ritenersi che contro un OEI impositivo di un sequestro probatorio siano azionabili tanto l'appello cautelare quanto il riesame. Una soluzione, questa, che certamente causa una disparità di trattamento tra un sequestro probatorio "nazionale" e un sequestro probatorio "europeo", ma che non sembra presentare profili di incostituzionalità. Quest'ultimo, infatti, sarà sulla carta maggiormente tutelato, ma in concreto difficilmente le difese ricorreranno all'appello cautelare, in quanto strumento dai contorni applicativi ben più ristretti rispetto al

---

<sup>6</sup> Sul punto v. S. Marcolini, *L'ordine europeo di indagine alla prova dei fatti: prime pronunce in materia*, in CP 2019, 3379. L'Autore si domanda se «la scelta legislativa di restringere la ricorribilità in cassazione unicamente alla materia dei sequestri a fini di prova sia adeguata e proporzionata. L'invasività di un sequestro nella sfera patrimoniale del soggetto è indubbia; ma quella di un trattamento dei dati esterni del traffico o di una intercettazione nella sfera privata è forse da meno?».

<sup>7</sup> V., *ex multis*, Cass. 27.10.2015 n. 43341, in [www.dejure.it](http://www.dejure.it) secondo cui «in tema di misure cautelari reali, il sequestro probatorio è impugnabile solo con la richiesta di riesame, ex art. 325 c.p.p. e, indirettamente, con l'opposizione, ex art. 263 c.p.p., avverso il rigetto della richiesta di restituzione».

<sup>8</sup> Sul punto v. Cass. 27.10.2015 n. 43341, cit.; Cass. 13.03.2020 n. 9986, in [www.dejure.it](http://www.dejure.it). In dottrina P. Gualtieri-G. Spangher, *Le misure cautelari reali*, in G. Spangher-A. Marandola-G. Garuti-L. Kalb (a cura di), *Procedura penale. Teoria e pratica del processo*, Milano 2015, 443-444: «conseguentemente saranno appellabili: le ordinanze pronunciate dal giudice di rigetto dell'istanza di restituzione o, ancora, di diniego di concessione o di revoca della misura: in altri termini, tutti i provvedimenti comunque adottati da qualsiasi giudice, sia in quelle successive, diversi da quelli impositivi della misura».

<sup>9</sup> I lavori preparatori, infatti, evidenziano che «in base all'articolo 28, l'ordine europeo di indagine relativo al sequestro a fini probatori può essere impugnato dall'indagato, dall'imputato, dal loro difensore, dalle persone alle quali il bene oggetto di sequestro viene sottratto. Si procede con una richiesta di riesame da presentare al tribunale entro 10 giorni dal sequestro, con le modalità previste dal codice di rito per l'impugnazione delle misure cautelari reali (art. 324 c.p.p.)» (*Norme di attuazione della direttiva 2014/41/UE relativa all'ordine europeo di indagine penale. Atto del Governo n. 405. Art. 1, L. 9 luglio 2015, n. 114 - Scheda di lettura. Consultabile su <http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/01013394.pdf>*).

riesame. Al più, si potrebbe ipotizzare, come evidenziato in dottrina, che l'appello sia esperibile nei confronti di OEI aventi ad oggetto il sequestro di prevenzione, «anche se resterebbe incerta la disciplina applicabile [...] oltre che poco comprensibile il riferimento nella rubrica dell'art. 28 d.lgs. 108/2017 al solo sequestro "a fini di prova"»<sup>10</sup>.

Dal punto di vista degli effetti sospensivi della trasmissione degli atti di indagine, invece, la normativa interna si discosta in parte dalla disciplina unionale. L'art. 12 d.lgs. 108/2017 prevede infatti la trasmissione senza ritardo all'autorità di emissione dei verbali degli atti compiuti, i documenti e le cose oggetto della richiesta, nonché i verbali di prove o gli atti acquisiti in altro procedimento, ma non fa riferimento ad alcun effetto sospensivo in pendenza di un mezzo di impugnazione esperito in Italia (che invece è previsto come facoltativo dall'art. 13 della direttiva). Al contrario, l'art. 13 d.lgs. 108/2017 sancisce chiaramente che «l'opposizione non ha effetto sospensivo», salvo che ne possa derivare «grave e irreparabile danno» all'interessato. Così agendo, tuttavia, il legislatore italiano pare rendere facoltativo un motivo di sospensione della trasmissione che è previsto come obbligatorio dalla direttiva, ponendosi in aperto contrasto con la stessa. Sarebbe pertanto opportuno che il legislatore si facesse carico del problema con un intervento correttivo, così come meglio si evidenzierà *infra*.

2. Alla luce dell'inquadramento normativo sopra delineato, si sono posti i primi problemi applicativi nella giurisprudenza della Corte di Cassazione, che possono essere inquadrati nei seguenti termini: 1) qual è il mezzo di impugnazione esperibile contro il sequestro probatorio eseguito a seguito del decreto di riconoscimento di un OEI? Il solo rimedio previsto dall'art. 13 d.lgs. 108/2017 ovvero anche il riesame? 2) se il decreto di riconoscimento non viene comunicato nei termini previsti dall'art. 4 d.lgs. 108/2017, quali sono le conseguenze processuali e i relativi rimedi?

Con riferimento al primo dei due quesiti, un primo orientamento giurisprudenziale sostiene che «il decreto di riconoscimento dell'o.i.e. avente ad oggetto il sequestro a fini di prova può essere impugnato [...] attraverso un'opposizione presentata al G.i.p. a norma dell'art. 13 comma 7, D.Lgs. cit., mentre i verbali degli atti d'indagine specificamente compiuti, ed ai quali il difensore dell'indagato ha il diritto di assistere, secondo quanto previsto dalla disposizione di cui all'art. 4, comma 8, D.Lgs. cit., sono depositati nella segreteria del P.M. ai sensi dell'art. 366 Cpp, comma 1, cui lo stesso art. 4, comma 8, formalmente rinvia, in tal guisa consentendo, per gli atti richiesti nell'o.i.e., la esperibilità di mezzi di impugnazione "equivalenti a quelli

---

<sup>10</sup> E. Lorenzetto, *L'assetto delle impugnazioni*, in M. Daniele-R. Kostoris (a cura di), *L'ordine europeo di indagine penale*, Torino 2018, 178.

disponibili in un caso interno analogo", sì come espressamente stabilito dall'art. 14, par. 1, direttiva»<sup>11</sup>. Nel caso di sequestro, perciò, per mezzo del riesame<sup>12</sup>.

Di segno totalmente opposto, invece, un secondo filone interpretativo, il quale ritiene che «nel sistema di cooperazione passiva delineato dal decreto legislativo impugnabile è il solo decreto di riconoscimento e non in modo autonomo e diretto l'atto di indagine. La direttiva, pur richiedendo agli Stati membri di assicurare mezzi di impugnazione "equivalenti" a quelli disponibili in un caso interno analogo, ha espressamente delimitato il sindacato delle autorità giudiziarie dello Stato di esecuzione sull'atto di indagine, stabilendo che "le ragioni di merito dell'emissione dell'o.e.i. possono essere impugunate soltanto mediante un'azione introdotta nello Stato di emissione»<sup>13</sup>. Peraltro, ammettere due differenti mezzi di impugnazione comporterebbe gravi ripercussioni sull'economicità processuale, creerebbe scompensi sistematici (il riesame è infatti espressamente previsto per la procedura attiva ma non anche per quella passiva)<sup>14</sup> e potrebbe finanche determinare decisioni contrastanti tra loro, irrimediabili in mancanza di un meccanismo legislativo di coordinamento.

Sul punto vi è da segnalare che parte della dottrina, pur riconoscendo l'azionabilità del solo rimedio speciale, ritiene che la scelta legislativa susciti «ragionevoli perplessità, poiché si finisce così per sottrarre definitivamente a qualsivoglia sindacato atti che, in quanto regolati dalla legge interna, dovrebbero rinvenire in essa anche le condizioni della loro legittimità»<sup>15</sup> e che difficilmente possono trovare strumenti di tutela nell'ordinamento dello Stato di emissione.

Certo è che, quantomeno astrattamente, potrebbe immaginarsi anche una terza via interpretativa, che, ponendosi su una linea intermedia, distingue tra vizi di sostanziali e formali del decreto di sequestro probatorio emesso dal pubblico ministero. Generalmente il riesame è azionato per dolersi dei primi, vale a dire per lamentare l'insussistenza delle esigenze investigative poste alla base del decreto di sequestro ovvero la non riferibilità della *res* quale corpo del reato o cosa pertinente al

---

<sup>11</sup> Cass. 7.2.2019, n. 14413, in *www.dejure.it* con nota di M. Daniele, *Il riconoscimento "di fatto" dell'ordine europeo di indagine: un'altra censura dalla Cassazione*, in *Dir. Pen. Cont.*, 16.4.2019; conf. Cass. 31.1.2019 n. 8320, in *www.dejure.it* (con nota di M. Daniele, *Ordine europeo di indagine e ritardata comunicazione alla difesa del decreto di riconoscimento: una censura dalla Cassazione*, in *Dir. Pen. Cont.*, 11.3.2019; R.M. Geraci, *Ordine europeo di indagine ricevuto dall'estero e rimedi impugnatori praticabili*, in *CP* 2019, 3184 ss.); Cass. 29.1.2019 n. 4244, in *www.dejure.it*.

<sup>12</sup> In dottrina sono favorevoli G. Borgia, *Riconoscimento dell'ordine europeo di sequestro probatorio e prerogative difensive*, in *GI* 2019, p. 2536; R.M. Geraci, *Ordine europeo di indagine*, cit., 3195.

<sup>13</sup> Cass. 14.2.2019 n. 11491, in *www.dejure.it*; conf. Cass. 24.9.2020 n. 30885, in *www.dejure.it*; Cass. 29.11.2018 n. 4244, in *www.dejure.it*; Cass. 11.10.2018 n. 5940, in *www.dejure.it*.

<sup>14</sup> M. Daniele, *Ordine europeo di indagine*, cit. Analogamente, in relazione all'esperimento del solo rimedio ex art. 13 d.lgs. 108/2017, S. Marcolini, *L'ordine europeo di indagine alla prova dei fatti*, cit., 3378.

<sup>15</sup> T. Rafaraci, *Il procedimento passivo di riconoscimento ed esecuzione (artt. 4-6, 8, 12-14 d.lgs. n. 108/2017)*, in M.R. Marchetti-E. Selvaggi (a cura di), *La nuova cooperazione giudiziaria penale*, Padova 2019, 308-309.

reato: motivi chiaramente che ineriscono al merito e che, in conformità alla direttiva OEI, devono essere esperiti nello Stato di emissione. In relazione a vizi meramente formali dell'atto, casi quasi di scuola quali la mancanza di sottoscrizione del decreto o l'emissione dello stesso nei confronti di un soggetto manifestamente errato (eventualmente diverso da quello indicato nel decreto di riconoscimento dell'OEI), si potrebbe invece giungere a diverse conclusioni. In tal caso, infatti, non si sarebbe in presenza di motivi di merito, ma di vizi che potrebbero porre in discussione la stessa esistenza giuridica del decreto di sequestro, in relazione a motivi che non incidono in alcun modo sulle esigenze probatorie alla base dello stesso.

Una simile soluzione non pare in realtà essere in concreto percorribile, in quanto il riesame, essendo un mezzo di gravame puro e totalmente devolutivo, impone una rivalutazione a 360 gradi della vicenda, tanto da un punto di vista sostanziale quanto formale.

Autorevole dottrina<sup>16</sup> ipotizza ancora l'impossibilità di azionare il riesame ma sostiene che l'opposizione al decreto di riconoscimento possa, in taluni casi, essere utilizzato per lamentare ragioni di merito e, dunque, anche i presupposti di ammissibilità<sup>17</sup>. Si ritiene in particolare che l'art. 14, § 2, direttiva OEI, nel prevedere che queste ultime possano essere fatte valere nello Stato di emissione, ma nel far contestualmente «salve le garanzie dei diritti fondamentali nello Stato di esecuzione», consentirebbe di eccepire proprio nello Stato di esecuzione anche ragioni di merito che sarebbero in linea teorica precluse. E ciò anche alla luce della giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ("Corte EDU") che in tema di perquisizioni<sup>18</sup> (ma anche di intercettazioni<sup>19</sup> e di diritti procedurali dello straniero<sup>20</sup>) impone che siano fornite garanzie adeguate e sufficienti. Si deve però evidenziare che la sentenza *Brazzi*, in tema di perquisizione, precisa che «nei casi in cui la legislazione nazionale non prevede un controllo giurisdizionale *ex ante factum* sulla legalità e sulla necessità di tale misura istruttoria, dovrebbero esistere altre garanzie, in particolare sul piano dell'esecuzione del mandato, di natura tale da controbilanciare le imperfezioni legate all'emissione e, eventualmente, al contenuto del mandato di perquisizione»<sup>21</sup>.

Si potrebbe allora sostenere che il decreto di riconoscimento possa essere ricompreso tra le garanzie sul piano dell'esecuzione del mandato: l'art. 11 direttiva OEI,

---

<sup>16</sup> M. Daniele, *Ordine europeo di indagine*, cit.; M. Daniele, *L'ordine europeo di indagine entra a regime. Prime riflessioni sul d.lgs. n. 108 del 2017*, in *Dir. Pen. Cont.*, 28.7.2017.

<sup>17</sup> M. Daniele, *L'impatto dell'ordine europeo di indagine penale sulle regole probatorie nazionali*, in *Dir. Pen. Cont. Riv Trim.*, fasc. 3/2016, 69.

<sup>18</sup> C. eur., 27.9.2018, *Brazzi c. Italia*, §41.

<sup>19</sup> C. eur., 13.9.2018, *Big Brother Watch e altri c. Regno Unito*, §18 opinione concorrente.

<sup>20</sup> C. eur. GC, 15.10.2020, *Muhammad e Muhammad c. Romani*, §147.

<sup>21</sup> C. eur., 27.9.2018, *Brazzi c. Italia*, §43.

nell'elencare tassativamente i motivi di rifiuto, fa salvo l'art. 1, § 4, direttiva OEI, il quale stabilisce che «la presente direttiva non ha l'effetto di modificare l'obbligo di rispettare i diritti fondamentali e i principi giuridici sanciti dall'articolo 6 TUE». Se, tuttavia, il riconoscimento dell'OEI causa la violazione dei diritti fondamentali o dei principi giuridici tutelati dall'art. 6 TUE e dalla Carta di Nizza ivi richiamata, non può non riconoscersi un diritto dell'interessato a un'opposizione che faccia valere anche tali motivi. In altre parole, l'intervento del GIP italiano può considerarsi come una garanzia di natura tale da controbilanciare le eventuali imperfezioni legate all'emissione e al riconoscimento dell'OEI.

La normativa italiana ha tradotto le citate disposizioni europee in modo non del tutto identico. L'art. 10 d.lgs. 108/2017 elenca i medesimi motivi di rifiuto previsti dall'art. 11 Direttiva OEI, a cui si aggiunge quello di cui all'art. 9 co.1 d.lgs. 108/2017 che impone il non riconoscimento quando l'atto richiesto «non è previsto dalla legge italiana o non ricorrono i presupposti che la legge italiana impone per il suo compimento». Tale diversità di locuzione può comunque non destare eccessivi problemi interpretativi, in quanto può essere fornita una lettura complementare della direttiva e del decreto legislativo: i presupposti della legge italiana impongono il rispetto dei diritti fondamentali e i principi della Carta di Nizza richiamata dall'art. 6 TUE.

Questioni ancora più complesse sorgono dal secondo dei quesiti sopra prospettati.

Nella prassi si sono infatti verificati casi in cui il decreto di riconoscimento è stato comunicato tardivamente o non è stato comunicato affatto, in contrasto con quanto previsto dall'art. 4 d.lgs. 108/2017. In queste situazioni, il termine per proporre opposizione decorre dal momento in cui è comunicato il decreto di riconoscimento o non inizia proprio a decorrere se la comunicazione è mancata del tutto (fatto salvo ovviamente il caso in cui il difensore si faccia parte diligente e si rechi nella segreteria del pubblico ministero per chiederne copia). Tuttavia, salvo il caso di estrema accortezza del difensore o di tardività nella trasmissione degli atti allo Stato di emissione, vi è il rischio che la decisione del GIP sull'opposizione intervenga quando l'OEI è già stato eseguito e i relativi verbali e prove sono già stati trasmessi all'estero. Ora, se è vero che l'opposizione non ha generalmente effetto sospensivo, è altresì vero che la stessa potrebbe prospettare quel grave e irreparabile danno che consente al pubblico ministero di non trasmettere gli atti allo Stato di emissione. Pertanto, una comunicazione tardiva od omessa del decreto di riconoscimento può causare un'evidente lesione del diritto di difesa della persona interessata, anche in considerazione del fatto che, se l'opposizione venisse accolta tempestivamente, la successiva trasmissione non potrebbe avere luogo.



Nel tentativo di risolvere i problemi appena prospettati, la giurisprudenza ha fornito risposte ondivaghe.

Secondo un primo e (poco) più risalente orientamento, condiviso dalla dottrina<sup>22</sup>, la finalità della tempestiva comunicazione del decreto di riconoscimento è duplice. Da un lato consente «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»<sup>23</sup>; dall'altro, se i citati motivi di rifiuto o di mancanza di proporzionalità vengono ritenuti sussistenti tempestivamente (quando l'esecuzione è ancora in corso), ciò impedisce «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»<sup>24</sup>.

È stato altresì affermato che l'opposizione può essere proposta per dolersi tanto di vizi genetici quanto di comunicazione del decreto di riconoscimento<sup>25</sup> e che lo stesso non può essere validamente “incorporato” nel decreto di perquisizione e sequestro ai fini della relativa comunicazione, avendo i due atti «presupposti, funzioni, finalità e rimedi impugnatori del tutto diversi»<sup>26</sup>.

Alla luce di tali argomentazioni, la mancata o tardiva comunicazione del decreto di riconoscimento costituirebbe una chiara violazione del diritto di difesa, con conseguente nullità di ordine generale a regime intermedio per violazione delle disposizioni concernente l'intervento, l'assistenza e la rappresentanza dell'imputato (artt. 178 co. 1 lett. c e 179 co. 1 Cpp), in quanto impedisce «all'indagato e al suo difensore di proporre tempestiva opposizione al G.i.p. nei modi e nei termini previsti dall'art. 13» d.lgs. 108/2017<sup>27</sup>.

Più recentemente però si è registrato un contrapposto orientamento, secondo il quale la mancata o tardiva comunicazione del decreto di riconoscimento costituirebbe una mera irregolarità, non suscettibile come tale di determinare alcun

---

<sup>22</sup> M. Daniele, *Il riconoscimento “di fatto” dell'ordine europeo di indagine: un'altra censura dalla Cassazione*, in *Dir. Pen. Cont.*, 16.4.2019; G. Borgia, *Riconoscimento dell'ordine europeo di sequestro probatorio*, cit., 2535.

<sup>23</sup> Cass. 07.2.2019 n. 14413, in *www.dejure.it*.

<sup>24</sup> Cass. 07.2.2019 n. 14413, in *www.dejure.it*.

<sup>25</sup> Cass. 11.10.2018 n. 5940, in *www.dejure.it*; conf. Cass. 14.2.2019 n. 11491, in *www.dejure.it*.

<sup>26</sup> Cass. 31.1.2019 n. 8320, in *www.dejure.it*. In dottrina v. G. De Amicis, *Dalle rogatorie all'ordine europeo di indagine: verso un nuovo diritto della cooperazione giudiziaria penale*, in *CP 2018*, 33. In direzione parzialmente opposta S. Marcolini, *L'ordine europeo di indagine alla prova dei fatti*, cit., 3375. L'Autore concorda con la necessità di un autonomo decreto di riconoscimento, ma ritiene al contempo «eccessivo ravvisare una qualunque forma di invalidità nell'ipotesi in cui il p.m., viceversa, nel contesto dello stesso atto provveda al riconoscimento dell'OEI (con tutti i requisiti formali e di sostanza a ciò necessari) ed emetta il provvedimento richiesto dall'autorità estera».

<sup>27</sup> Cass. 31.1.2019 n. 8320, in *www.dejure.it*. In tal senso anche S. Marcolini, *L'ordine europeo di indagine alla prova dei fatti*, cit., 3374.

profilo di nullità<sup>28</sup>, il cui effetto sarebbe semplicemente quello di postergare il *dies a quo* di decorrenza del termine per impugnare. Tale impostazione pare fondarsi su un triplice ordine di argomentazioni.

In primo luogo, si osserva che la valida esecuzione di un OEI non è subordinata alla sua comunicazione all'indagato, bensì esclusivamente al (motivato) riconoscimento effettuato dalla Procura distrettuale. In altri termini, il decreto di riconoscimento non sarebbe un atto ricettizio ma sprigionerebbe i suoi effetti al momento dell'emissione.

In secondo luogo, la legge non riserverebbe all'indagato alcun diritto soggettivo alla sospensione dell'esecuzione di un OEI, anche qualora questo sia stato riconosciuto illegittimamente.

Infatti, e si giunge al terzo punto, non vi sarebbe alcuna menomazione del diritto di difesa, in quanto lo Stato di emissione è tenuto a considerare gli effetti delle decisioni emesse nello Stato di esecuzione. In altre parole, «l'accoglimento dell'opposizione con il conseguente annullamento del decreto di riconoscimento» integrerebbero «un titolo che lungi dal rivelarsi inutile, consente di invalidare gli atti di indagine eventualmente compiuti e che per quanto già trasmessi allo Stato di emissione, possono essere impugnati con i mezzi previsti dal relativo ordinamento»<sup>29</sup>.

Aderendo a questo secondo orientamento vi è però da domandarsi cosa accadrebbe se il decreto di riconoscimento non venisse mai comunicato (e l'indagato ne venisse a conoscenza, per esempio, nel corso del processo tenuto all'estero). Al di là di eventuali profili di responsabilità disciplinare determinati dal mancato compimento dell'atto dovuto (responsabilità che potrebbero sussistere, peraltro, anche in caso di comunicazione ritardata), non sembra evitabile il riconoscimento di una chiara ed evidente violazione del diritto di difesa e di conseguenza l'operatività di una nullità di ordine generale a regime intermedio ex artt. 178 co. 1 lett. c e 180 Cpp e l'annullamento del decreto di riconoscimento.

Alla luce delle considerazioni sin qui esposte, il primo degli orientamenti emersi in seno alla giurisprudenza, che ha ricevuto significativi avalli anche in dottrina, pare sicuramente da prediligere. La previsione di una nullità a regime intermedio, infatti, oltre a fornire una maggiore garanzia difensiva al soggetto interessato, potrebbe impedire che situazioni analoghe contemplino rimedi differenti. In particolare, si eviterebbe che alla mancata comunicazione del decreto di riconoscimento conseguiva una nullità a regime intermedio, mentre alla comunicazione tardiva una mera irregolarità non suscettibile di alcuna invalidità processuale.

---

<sup>28</sup> Cass. 24.9.2020 n. 30885, in [www.dejure.it](http://www.dejure.it).

<sup>29</sup> Cass. 24.9.2020 n. 30885, in [www.dejure.it](http://www.dejure.it).

Val la pena rimarcare, infine, come la trasmissione all'estero delle prove non sia affatto un atto "neutro" per le persone coinvolte, dal momento che possono venire in gioco interessi costituzionalmente garantiti che devono trovare adeguata tutela: diritto di difesa, diritto alla riservatezza, inviolabilità del domicilio e segretezza delle comunicazioni, solo per citarne alcuni.

Non pare dunque pienamente condivisibile l'orientamento giurisprudenziale, ispirato probabilmente ad un certo "pragmatismo conservativo", che limita il diritto di difesa interno a fronte del dovere dello Stato di emissione di "tener conto" di un eventuale annullamento del decreto di riconoscimento in Italia. L'annullamento, infatti, può intervenire in una fase avanzata del processo all'estero (o non intervenire affatto se il decreto di riconoscimento non viene comunicato).

3. In materia di rimedi, come ampiamente evidenziato in dottrina, la disciplina italiana «va ben oltre»<sup>30</sup> rispetto a quanto imposto dalla direttiva OEI, che si limitava a prescrivere che gli Stati prevedessero rimedi analoghi a quelli interni. La scelta del nostro legislatore, peraltro, si pone in linea con una delle due tecniche di recepimento della direttiva in tema di rimedi che si sono sviluppate anche in seno ad altri Paesi dell'Unione Europea: da un lato vi è chi non ha introdotto alcun rimedio specifico, lasciando così ampio spazio operativo ai mezzi di impugnazione preesistenti (Portogallo, Slovenia, Germania); dall'altro chi, come Italia, Austria e Croazia, ha disegnato uno strumento *ad hoc*<sup>31</sup>.

L'introduzione di un nuovo e ulteriore strumento impugnatorio presenta sia punti di forza sia punti critici. Da un lato, consente astrattamente di fornire un rimedio generalizzato ai decreti di riconoscimento riguardanti tutti gli atti di indagine (qualora conoscibili dall'indagato o imputato); dall'altro rischia di sovrapporsi, come si è visto in tema di sequestro probatorio, a quelli già esistenti.

Al contrario, scegliere di individuare rimedi equivalenti a un caso interno analogo rischia di creare una zona grigia di non impugnazione per quei decreti di riconoscimento relativi ad atti non impugnabili, anche in presenza di motivi di non riconoscimento non rilevati in sede di convalida; d'altro canto, però, non crea alcuna sovrapposizione di strumenti, con i relativi problemi di coordinamento.

Tra le due soluzioni quella prescelta dal legislatore italiano pare maggiormente rispettosa delle garanzie e dei diritti della difesa, anche se la stessa sembra suscettibile

<sup>30</sup>E. Lorenzetto, *L'assetto delle impugnazioni*, cit., 161; G. Barrocu, *La cooperazione investigativa*, cit., 266.

<sup>31</sup> Sul punto si veda il *comparative report* del progetto EIO-LAPD, pubblicato sul sito internet del progetto *EIO-LAPD (European Investigation Order – Last Application and Practical Dilemmas)*, finanziato dallo *European Union's Justice Programme (2014-2020)* (consultabile sul sito <https://eio-lapd.eu/materials>) ed ivi i *national reports* di Portogallo, Slovenia, Germania, Italia, Austria e Croazia.

di miglioramenti, in particolare con la previsione dell'esperibilità della sola opposizione al GIP contro il decreto di riconoscimento. Consentire una doglianza rispetto a vizi del decreto di riconoscimento a prescindere da un rimedio interno risulta infatti maggiormente garantista anche in considerazione del fatto che un OEI può essere richiesto tanto in sede di indagine quanto in fase dibattimentale<sup>32</sup> (fase nella quale fisiologicamente – a differenza della fase investigativa – gli atti non possono essere segreti). Impedire al contrario l'opposizione a un decreto di riconoscimento può causare vuoti di tutela enormi, dato che, una volta acquisito e trasmesso, l'atto diviene tendenzialmente utilizzabile nello Stato di emissione. Per fare un esempio, si pensi allo Stato X che emette un OEI finalizzato ad ottenere da Tizio informazioni coperte dal segreto di Stato o in relazione a una condotta non prevista come reato in Italia. Non essendo prevista nel nostro sistema processuale l'opposizione a un'escussione testimoniale, se fosse erroneamente riconosciuto l'OEI e non vi fosse la possibilità di opporsi, i risultati probatori diverrebbero utilizzabili nello Stato di emissione senza possibilità di interlocuzione. Lo stesso discorso vale per quegli atti a comunicazione differita (generalmente la maggior parte di quelli previsti dal codice di rito) che non sono impugnabili, come le intercettazioni telefoniche.

Ad ogni modo, nella maggior parte dei casi l'opposizione interviene, fisiologicamente, nel momento in cui l'atto è già stato compiuto e trasmesso, ma se viene accolta lo Stato di emissione «tiene conto» che il riconoscimento o l'esecuzione di un OEI sono stati impugnati con successo nello Stato di esecuzione.

Il “tener conto” è una categoria di (in)validità certamente inedita al sistema processuale italiano, ma senza dubbio una certa ampiezza o “genericità” tecnica è inevitabile nell'ambito di una direttiva che deve prendere in considerazione i sistemi di invalidità processuale di tutti gli Stati membri: una maggiore specificità, o volendo un maggior tecnicismo processuale nella concretizzazione delle previsioni di invalidità, avrebbe probabilmente scontato il rischio di includerne alcune ed escluderne altre, determinando effetti negativi nella prassi applicativa a livello unionale.

Per quanto riguarda l'Italia, in merito alla procedura attiva (la procedura passiva, infatti, è di competenza dello Stato di emissione), risulta tuttavia indispensabile verificare se il c.d. “tener conto” possa essere ricondotto o meno a una delle invalidità tipizzate dal nostro codice di rito: nullità, inutilizzabilità, inammissibilità o decadenza. Se da un lato la decadenza e l'inammissibilità paiono potersi escludere (essendo la prima riferita al compimento di atti entro determinati

---

<sup>32</sup> L'art. 3 Direttiva OEI, nel far riferimento genericamente alle «*investigative measures*», pare poter comprendere anche la fase processuale, anche in considerazione del fatto che non tutti i sistemi contemplano una differenza tra mezzi di prova e mezzi di ricerca della prova.

termini perentori e la seconda relativa alle modalità e i contenuti di presentazione di un atto), dall'altro anche la categoria delle nullità non pare confacente. Non vi è infatti alcuna disposizione specifica nel d.lgs. 108/2017 che la preveda, né si possono ipotizzare le nullità generali a regime intermedio o assoluto previste dall'art. 178 co. 1 lett. c, Cpp riguardanti l'intervento, l'assistenza e la rappresentanza dell'imputato e delle altre parti private o la citazione a giudizio della persona offesa dal reato e del querelante. Per il principio di tassatività delle nullità, quindi, queste ultime non sembrano poter trovare applicazione e un'unica eccezione potrebbe rinvenirsi qualora nello Stato di esecuzione l'OEI fosse stato annullato proprio a causa della violazione del diritto di difesa.

Maggiormente percorribile parrebbe la strada dell'inutilizzabilità<sup>33</sup>. In primo luogo, va osservato che né il codice di rito né la normativa speciale prevedono espressamente una causa di inutilizzabilità delle prove ottenute in seguito a un decreto di riconoscimento "invalidato" nello Stato di esecuzione<sup>34</sup>. Si può però ipotizzare che la declaratoria di invalidità di un decreto di riconoscimento di una prova già acquisita sia riconducibile a taluno dei divieti probatori sanciti dall'art. 191 co. 1 Cpp. Leggendo i motivi di non riconoscimento troviamo infatti – a titolo esemplificativo – la presenza di immunità e privilegi nello Stato di esecuzione, un'esecuzione lesiva degli interessi nazionali, la violazione del principio del *ne bis in idem*. Tali motivi, così come gli altri, conducono al non riconoscimento dell'OEI e, perciò, *a contrario* impongono divieti di riconoscimento che possono essere ricondotti alla categoria dell'inutilizzabilità generale di cui all'art. 191 Cpp<sup>35</sup>. Pertanto, se la comunicazione dell'annullamento del decreto avviene nel corso delle indagini, gli atti raccolti dal pubblico ministero non saranno riversabili nel fascicolo per il dibattimento, né tantomeno utilizzabili per le contestazioni (art. 500 Cpp), per le letture (artt. 511 ss. Cpp) o per indirizzare le ulteriori

<sup>33</sup> Dello stesso avviso T. Rafaraci, *Il procedimento passivo di riconoscimento ed esecuzione*, cit., p. 311: «in definitiva, in caso di OEI annullato, la conseguenza appropriata dovrebbe essere la inutilizzabilità della prova, ma questo esito non è stato chiaramente convenuto nella direttiva 2014/41/UE. Vi si potrebbe tuttavia pervenire rifacendosi al principio di diritto internazionale generale secondo cui nessuno Stato può compiere atti processuali in territorio straniero in assenza di una espressa previsione normativa o di uno specifico accordo tra i due Stati».

<sup>34</sup> L'unico riferimento normativo all'utilizzabilità si rinviene nell'art. 36 d.lgs. 108/2017, il quale tuttavia disciplina i casi in cui gli atti acquisiti all'estero sono inseriti nel fascicolo del dibattimento o, se facenti parte del fascicolo del pubblico ministero, possono essere letti ai sensi dell'art. 512 Cpp.

<sup>35</sup> In dottrina si è peraltro ipotizzato un ulteriore scenario interpretativo, sia pure nel caso inverso in cui l'Italia agisca quale stato di esecuzione: i risultati probatori ottenuti dallo Stato straniero di emissione, a seguito di un decreto di riconoscimento successivamente dichiarato nullo in Italia, sarebbero da ricondurre non tanto alle ipotesi codificate di invalidità, bensì sarebbero da considerare del tutto inesistenti, *tamquam non essent* (S. Marcolini, *L'ordine europeo di indagine alla prova dei fatti*, cit., 3377). Lo stesso ragionamento potrebbe trovare applicazione nell'ipotesi in cui sia proprio il giudice italiano a dover "tener conto" di un decreto di riconoscimento successivamente annullato all'estero

investigazioni. Se la comunicazione sopraggiunge a dibattimento in corso, con gli atti già acquisiti al fascicolo del giudice, le prove assunte per mezzo dell'OEI rimarranno in tale fascicolo, ma non potranno essere poste, in alcun modo, a fondamento della decisione (e tantomeno dovrebbero indirettamente influenzarla).

Ad ogni modo, qualora si ritenessero non percorribili le citate vie interpretative (inutilizzabilità o inesistenza), il giudice è comunque tenuto, secondo il principio del libero convincimento, a valutare ("tener conto") l'intervenuta invalidità del decreto di riconoscimento e fornire adeguata motivazione sulla decisione di utilizzare o meno gli atti acquisiti all'estero in relazione ai quali è intervenuto l'annullamento del decreto di riconoscimento che ne è alla base.

In conclusione, è innegabile la necessità di una particolare attenzione nel temperamento tra gli interessi dello Stato di emissione all'ottenimento della prova e i diritti fondamentali del singolo a non veder leso, *in primis*, il proprio diritto di difesa.

In questo senso, come spesso si riscontra in relazione all'applicazione di istituti che presentano una matrice originaria sovranazionale, sarebbe auspicabile il consolidarsi di buone prassi all'interno degli uffici della Procura che – nel caso di specie – potrebbero prevedere non solo un richiamo all'obbligo di comunicazione immediata del decreto di riconoscimento (già imposto dalla legge), ma altresì la sospensione della trasmissione delle prove acquisite nelle more della decisione del GIP.

Sarebbe poi opportuno che il legislatore intervenisse per riportare a maggior coerenza la disciplina interna a quella europea in tema di sospensione della trasmissione dell'ordine.

Innanzitutto, come si è già avuto modo di ricordare, l'art. 13 co. 4 d.lgs. 108/2017 prevede che «l'opposizione non ha effetto sospensivo dell'esecuzione dell'ordine di indagine e della trasmissione dei risultati delle attività compiute». Sarebbe tuttavia opportuno, come evidenziato in dottrina<sup>36</sup>, distinguere tra sospensione dell'esecuzione e sospensione della trasmissione dell'OEI in quanto la stessa direttiva prevede che, in pendenza di impugnazione, l'esecuzione dell'ordine non debba essere sospesa (art. 14, § 6, direttiva OEI) ma possa esserlo il trasferimento delle prove (art. 13, § 2, direttiva OEI). Al contrario, la disciplina italiana ha previsto l'effetto non sospensivo dell'impugnazione tanto per la trasmissione delle prove quanto per l'esecuzione dell'OEI.

In secondo luogo, sarebbe necessario che il legislatore italiano prevedesse una causa di sospensione della trasmissione facoltativa e una obbligatoria, al pari di quanto previsto dalla direttiva OEI: la prima nel caso di proposizione di un'impugnazione

---

<sup>36</sup> G. Borgia, *Riconoscimento dell'ordine europeo di sequestro probatorio*, cit., 2537.

nello Stato di esecuzione; la seconda quando il trasferimento può provocare danni gravi e irreversibili alla persona interessata.

La normativa italiana di recepimento della disciplina dei rimedi contro l'OEI pare dunque suscettibile di miglioramenti: mentre alcune incertezze applicative paiono infatti risolvibili esegeticamente, rispetto ad altre sarebbe auspicabile – se non addirittura indispensabile – un intervento chiarificatore del legislatore.

# ILP