

SPUNTI PER LA TEORIZZAZIONE DI UN “*RIGHT OF THE DEFENCE TO INVESTIGATE THE CASE*” DI MATRICE EUROPEA*

di Alessandro Malacarne
(*Dottore di ricerca in Procedura penale,
Università di Genova*)

Il contributo analizza l'istituto delle investigazioni difensive in prospettiva comparata, convenzionale ed eurounitaria. L'analisi condotta costituisce la base per proporre la teorizzazione di un “*right of the defence to investigate the case*” di matrice comunitaria.

The paper examines the topic of the defence investigations from a comparative, Convention-based, and EU-law perspective. The analysis provides the foundation for proposing the theorisation of a “right of the defence to investigate the case” rooted in EU law.

Diritto processuale penale europeo, indagini difensive, parità delle armi
European criminal procedure, defence investigations, equality of arms

Sommario: 1. Introduzione: le ragioni dello studio. – 2. Le investigazioni difensive nella dimensione comparata. – 2.1 Cenni al modello italiano: criticità sotto il profilo *ad extra*. – 3. Il versante convenzionale ed eurounitario. – 4. Occasioni mancate e prospettive *de iure condendo*.

1. Negli ultimi anni si registra una chiara tendenza, da parte delle istituzioni europee, a rafforzare l'impiego di strumenti di indagine digitale e transfrontaliera, a intensificare la creazione di meccanismi di cooperazione giudiziaria e di polizia, nonché a istituire organismi sovranazionali dotati di incisivi poteri inquirenti. Tale evoluzione – a vocazione marcatamente repressiva – sembra muovere dalla (ragionevole) convinzione secondo cui la criminalità contemporanea è sempre più transnazionale e tecnologicamente attrezzata¹, di talché il suo contrasto richiede, con

* Testo, rivisto e corredato di note, dell'intervento svolto al Seminario *Sfide attuali e tendenze future del diritto processuale penale europeo. II edizione*, Firenze, 20.11.2025. L'Autore desidera esprimere la propria gratitudine alla Prof.ssa Paola Felicioni, al Dott. Lorenzo Bernardini e alla Dott.ssa Costanza De Caro per l'opportunità di partecipare all'incontro e per i preziosi spunti di riflessione offerti.

¹ European Commission, *Recommendation for a Council Decision. Authorising the Opening of Negotiations in View of an Agreement between the European Union and the United States of America on Cross-Border Access to Electronic Evidence for Judicial Cooperation in Criminal Matters*, 5.2.2019, 1, ove si afferma che i dati elettronici sono oggi necessari per lo svolgimento dell'85% delle indagini penali. Nello stesso senso, v., più di recente, European Parliamentary Research Service, *Access to Data for Law Enforcement: Digital Forensics*, 2025, 2; European Commission, *Roadmap for effective and lawful access to data for law enforcement*, 24.6.2025, 1. Cfr. pure G. Illuminati, *Circolazione probatoria interna e transfrontaliera*, in *Indagini e prove nella società digitale questioni*

crescente frequenza, l'impiego di "investigative tool 2.0"² e il superamento dei tradizionali confini geografici³.

Esempi concreti di quanto appena sostenuto possono essere rinvenuti in diverse (ed eterogenee) iniziative a livello eurounitario: la *Roadmap for effective and lawful access to data for law enforcement*, adottata il 24 giugno 2025⁴; il regolamento 2023/1543/UE (cd. regolamento *e-evidence*), che disciplina gli ordini europei di produzione e gli ordini europei di conservazione delle prove elettroniche⁵; l'Ordine europeo di indagine penale (OEI)⁶; le squadre investigative comuni (*Joint Investigation Teams*)⁷; i meccanismi di cooperazione di polizia, anche attraverso lo scambio mirato di

attuali e prospettive future, a cura di G. Di Paolo, L. Pressacco, Trento 2025, 45.

² P. Martín Ríos, *Digital Forensics and criminal process in Spain: Evidence gathering in a changing context*, Cizur Menor 2022, 38; M. Pittiruti, *Digital evidence e procedimento penale*, Torino 2017, 2; S. Signorato, *Le indagini digitali. Profili strutturali di una metamorfosi investigativa*, Torino 2018, 323.

³ C. Longridge, *In Defence of Defence Rights: The Need for Common Rules of Criminal Procedure in the European Union*, in *European Journal of Legal Studies* 2013, 178; U. Sieber, C.W Nuebert, *Investigaciones transnacionales de crímenes en el ciberespacio: retos a la soberanía nacional*, in *Ius puniendi y Global Law. Hacia un derecho penal sin estado*, a cura di A. Nieto Martín, B. García Moreno, Valencia 2019, 319; S. Signorato, *op. cit.*, 161 ss.; F. Siracusano, *La prova informatica transnazionale: un difficile "connubio" fra innovazione e tradizione*, in *PPG* 2017, 195; A.K. Woods, *Against Data Exceptionalism*, in *Stanford Law Review* 2016, 745. Scriveva, già, P. Nuvolone, *Funzionamento e prospettive della giustizia penale in un mondo in evoluzione*, in *Pietro Nuvolone. Ultimi scritti (1981-1985)*, a cura di M. Pisani, Padova 1987, 134: «all'internazionalizzazione del crimine dovrebbe corrispondere [...] l'internazionalizzazione [...] della repressione».

⁴ Il testo è reperibile in https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/it/ip_25_1599.

⁵ Regolamento 2023/1543/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 luglio 2023, relativo agli ordini europei di produzione e agli ordini europei di conservazione di prove elettroniche nei procedimenti penali e per l'esecuzione di pene detentive a seguito di procedimenti penali. A commento, v. T. Chrisakis, *From Mutual Trust to the Gordian Knot Notifications: The EU e-Evidence Regulation and Directive*, in *The Cambridge Handbook of Digital Evidence in Criminal Investigations*, a cura di V. Fransenn, S. Tosza, Cambridge 2025, 176 ss.; A. Gaudieri, *Novità in tema di cooperazione giudiziaria: i nuovi ordini europei di conservazione e produzione delle prove elettroniche*, in *DPP* 2023, 1231 ss.; M. de Hoyos Sancho, *La nueva regulación en la Unión Europea sobre obtención transfronteriza de información electrónica en procesos penales. Análisis y valoración del «e-evidence package»*, Pamplona 2024; S. Tosza, *The E-Evidence Package is Adopted: End of a Saga or Beginning of a New One?*, in *European Data Protection Law Review* 2023, 163 ss.; L. Sanvitale, *Gli ordini europei di conservazione e produzione: un passo indietro per la tutela dei diritti fondamentali nelle indagini digitali?*, in *Sfide attuali e tendenze future del diritto processuale penale europeo*, a cura di L. Bernardini, C. De Caro, Torino, 2025, 161 ss.

⁶ O. Calavita, *L'ordine europeo di indagine penale*, Milano 2025; F. Ertola, *L'ordine europeo di indagine penale*, Milano, 2025.

⁷ A livello monografico, v. R.M. Geraci, *Le squadre investigative comuni. Uno studio introduttivo*, Torino 2017; L. Pulito, *Le squadre investigative comuni. Prodrumi, retrospettive, avanguardie*, Bari 2023.

informazioni e l'accesso a banche dati⁸; e la Procura europea (EPPO)⁹. Si tratta, in linea generale, di strumenti – pur caratterizzati da ambiti di operatività e strutture profondamente differenti – il cui obiettivo comune, nell'ottica di quella che potrebbe essere definita “europeizzazione delle indagini preliminari”, è quello di superare i limiti territoriali dell'attività di ricerca degli elementi di prova, nella convinzione che un mondo (e una criminalità) globalizzato richieda istituti processuali dotati di una vocazione altrettanto globale.

A fronte di tale scenario, il legislatore sovranazionale è via via intervenuto anche sul versante delle “garanzie difensive passive”, nel tentativo di rafforzare alcune prerogative dell'indagato e del suo patrocinante nel corso della fase investigativa. Si collocano in questa direzione, a titolo di esempio, i poteri – di cui alla direttiva 2013/48/UE – che consentono a quest'ultimo di partecipare, in veste di garante delle libertà del proprio cliente, ad attività promosse da altre parti (o dal giudice)¹⁰, ovvero quelli previsti all'art. 7 della direttiva 2012/13/UE, compendiate nel diritto di accesso alla documentazione relativa alla fase preliminare del procedimento¹¹.

Senonché, non sembra essersi registrato un intervento altrettanto incisivo sul terreno delle “facoltà attive” della difesa, locuzione con la quale si vuole qui alludere,

⁸ Cfr., *amplius*, G. Barrocu, *La cooperazione investigativa in ambito europeo. Da Eurojust all'ordine di indagine*, Milano 2017, 101 ss.; G. De Amicis, *Organismi europei di cooperazione e coordinamento investigativo*, in AA.VV., *Investigazioni e prove transnazionali*, Milano 2017, 77 ss.; *Exchange of Information and Data Protection in Cross-border Criminal Proceedings in Europe*, a cura di Á. Gutiérrez Zarza, Cham 2015, *passim*; V. Mitsilegas, N. Vavoula, *Databases*, in V. Mitsilegas, *EU Criminal law*, Londra 2022, 480 ss.

⁹ Per una trattazione ad ampio raggio, v. G. Barrocu, *La procura europea. Dalla legislazione sovranazionale al coordinamento interno*, Milano 2021; L. Palmieri, *La procura europea. Struttura e legittimazione dell'ufficio. Adeguamento dell'ordinamento nazionale e diritti della difesa*, Milano 2024.

¹⁰ I. Anagnostopoulos, *The Right of Access to a Lawyer in Europe: A Long Road Ahead?*, in *European Criminal Law Review* 2014, 3 ss.; L. Bachmaier Winter, *The EU Directive on the Right to Access to a Lawyer: A Critical Assessment*, in *Human Right in European Criminal Law*, a cura di S. Ruggeri, Berlino 2015, 111 ss.; T. Armenta Deu-L. Urban, *The Right of Access to a Lawyer under Directive 2013/48/EU*, in *Effective Defence Rights in Criminal Proceedings. A European and Comparative Study on Judicial Remedies*, a cura di S. Allegrezza, V. Covolo, Milano-Padova 2018, 65 ss.; J. Dzierzanowska, *Access to Lawyer for Suspect at Early Stage of Criminal Proceedings and Its Participation in Investigative Acts*, in *Review of European and Comparative Law* 2020, 109 ss.; S. Quattrocchio, *Right to Access to a Lawyer in Europe: Anything new under the Sun?*, in AA.VV., *Festschrift fuer August Nacke*, Plovdiv 2016, 270 ss.

¹¹ A. Pivaty, A. Soo, *Article 7 of the Directive 2012/13/EU on the Right to Information in Criminal Proceedings: A Missed Opportunity to Ensure Equality of Arms in Pre-Trial Proceedings?*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 2019, 126 ss. Sullo stretto legame esistente tra il “*right of access to the materials*” e il “*right to legal assistance*”, v. B.M. Fiori, *Disclosure of Information in Criminal Proceedings. A Comparative Analysis of National and International Criminal Procedural Systems and Human Rights Law*, Amsterdam 2015, 160 ss.

in senso ampio, all'istituto delle cd. *defensive investigation* (o *defence investigation*)¹², vale a dire la possibilità per il patrocinante di svolgere, in condizioni di parità di armi¹³, attività perquirenti autonome, anche in una dimensione transfrontaliera e in ambiente virtuale. Tale disinteresse appare difficilmente giustificabile, se solo si considera che, nell'assetto contemporaneo del processo penale, il momento del *pre-trial* (si legga, *investigative stage*) sta ormai divenendo – come unanimemente osservato dalla dottrina italiana e straniera – l'effettivo baricentro del rito¹⁴. È in quel frangente che si forma il patrimonio informativo (sempre più digitale, e dunque irripetibile)¹⁵ sul quale

¹² È questa l'espressione comunemente impiegata nel contesto dei modelli di *common law* o nell'ambito della Corte penale internazionale: C. Buisman, D. Hooper, *Defense Investigations and the Collection of Evidence*, in *Defense Perspectives on International Criminal Justice*, a cura di C. Rohan, G. Zyberi, Cambridge 2017, 519 ss. Parimenti diffuse sono locuzioni quali “*right to investigate the case*”, “*right to seek evidence*” e “*right to investigate facts*”.

¹³ Ciò non significa – è quasi superfluo precisarlo – che il sistema debba aspirare a una parificazione degli strumenti investigativi (e, più in generale, dei poteri) a disposizione dell'accusa e delle altre parti private (in specie, del difensore dell'indagato). Con formula sintetica ed efficace: «si può essere “pari” anche disponendo di armi diverse, purché appropriate alla funzione esercitata»: P. Ferrua, *Il giusto processo*, Torino 2007, 50; nonché, N. Carulli, *La difesa dell'imputato*, Napoli 1972, 35: «nel duello delle parti ciascuna lotta con le armi attribuite». Peraltro, se è vero che il canone di parità deve esplicitarsi in termini assoluti nella fase processuale, «esso non è postulabile negli stessi termini *ex ante*»: F. Cordero, *Procedura penale*, Milano 2012, 1294. Nello stesso senso, v., *ex multis*, M. Chiavario, *Processo e garanzie della persona*, Milano 1984, 24; V. Grevi, *Alla ricerca di un processo penale “giusto”. Itinerari e prospettive*, Milano 2000, 159; E. Marzaduri, *La parità delle armi nel processo penale*, in *Quad. cost.* 2007, 2, 378; Id., *Commento all'art. 1 l. cost. 23 novembre 1999 n. 2*, in *LP* 2000, 769; M. Nobili, *La nuova procedura penale. Lezione agli studenti*, Bologna 1989, 34-36. Si v. anche C. eur., 27.3.2008, *Peric c. Croazia*: «la difesa non deve necessariamente godere degli stessi diritti dell'accusa nella ricerca e assunzione dei mezzi di prova, essendo sufficiente la possibilità di produrre prove in condizioni analoghe alla seconda».

¹⁴ Tra i molti, in termini espliciti e inequivocabili, v. D.K. Brown, *Discovery*, in *Reforming Criminal Justice*, III, *Pretrial and Trial Processes*, a cura di E. Luna, Phoenix 2017, 149; J.H. Crijns, *Modernisering van het Wetboek van Strafvordering: fundamentele herijking of grote voorjaarschoonmaak?*, in *Leidse gedachten voor een modern straf(proces)recht*, a cura di B.J.G. Leeuw, F.P. Ölçer e J.M. ten Voorde, L'Aia 2017, 1 ss.; J. Hodgson, *The Metamorphosis of Criminal Justice: A Comparative Account*, Oxford 2020, 142; A. Pivaty, *Criminal Defence at Police Stations: A Comparative and Empirical Study*, New York 2019, 1; A. Pivaty, M. Vanderhallen, Y. Daly, V. Conway, *Contemporary Criminal Defence Practice: Importance of Active Involvement at the Investigative Stage and Related Training Requirements*, in *International Journal of the Legal Profession* 2019, 25. Sul fronte nazionale, v. A. Camon, *La fase che “non conta e non pesa”: indagini governate dalla legge?*, in *AA.VV., Legge e potere. Pensando a Massimo Nobili. Atti del convegno Bologna, 4 e 5 novembre 2016*, Milano 2017, 93; F. Cassibba, “*Trasfigurazione*” delle indagini preliminari, principio di proporzionalità e controllo giurisdizionale effettivo, in *Annali di Arch. pen.* 2024, 62; Id., *Indagini tecnologicamente assistite e tecniche investigative speciali*, in *Indagini e prove nella società digitale questioni attuali e prospettive future*, cit., 115; R.E. Kostoris, *Modello accusatorio, cultura inquisitoria, scenari europei, tra presente e futuro del processo penale*, in *Diritti individuali e processo penale nell'Italia repubblicana*, a cura di D. Negri, M. Pifferi, Milano 2011, 326; O. Mazza, *L'efficientismo del processo post accusatorio*, in *Arch. n. proc. pen.* 2022, 501; F. Siracusano, *Trasformazioni e sistema accusatorio: l'involuzione assiologica delle indagini preliminari*, in *PPG* 2026, 209 ss.

¹⁵ M. Daniele, P. Ferrua, *Prospettive di rifondazione del processo accusatorio. Riflessioni a partire dal pensiero di Giovanni Conso*, in *Annali Arch. pen.* 2024, 88, 100; M. Miraglia, *Il “Trojan (non) di Stato”: una disciplina da completare*, in *PPG* 2023, 1227 ss.; F. Nicolichia, *I controlli occulti e continuativi come categoria probatoria. Una*

si innesteranno le successive scelte dell'accusa, le determinazioni sull'esercizio della pretesa punitiva e, per ciò che maggiormente rileva, gli esiti del dibattimento. Se così è, deve conseguentemente affermarsi – con viva convinzione – come l'avvocato non possa oggi ridursi a conoscere passivamente e contestare le fonti di prova acquisite dall'accusa¹⁶: egli è, piuttosto, chiamato a concorrere attivamente alla loro ricerca¹⁷.

Preso atto di ciò, il presente contributo intende esplorare il modo in cui l'“inchiesta parallela” risulta disciplinata – ovvero, lo si vedrà, più frequentemente non disciplinata – in taluni ordinamenti nazionali, nonché valutare il trattamento a essa riservato a livello convenzionale ed eurounitario. L'analisi condotta costituirà il presupposto per formulare alcune proposte ricostruttive, volte a verificare se, e in quale misura, sia auspicabile e ragionevole teorizzare un “*right of the defence to investigate the case*” di matrice comunitaria.

2. Realizzare un breve *screening*, a livello comparato, in merito all'istituto delle investigazioni difensive consente di mettere in luce un dato difficilmente contestabile: nella maggior parte degli ordinamenti europei manca una disciplina espressa e organica che ne regoli forme e modalità, sulla falsariga di quanto avvenuto, all'opposto, nell'esperienza italiana¹⁸. In assenza di regolamentazione, sono gli interpreti a tentare di ricavare spazi di iniziativa difensiva attraverso una rilettura delle disposizioni codicistiche e dei principi costituzionali e convenzionali. Questa dinamica, riscontrabile in modelli processuali anche profondamente diversi tra loro, rivela un'esigenza comune, percepita in tutti i contesti: assicurare al patrocinante legale la possibilità di partecipare attivamente alla ricerca di elementi di prova a favore del proprio assistito.

Si cercherà ora di dimostrare quanto appena sostenuto attraverso esempi concreti.

sistematizzazione dei nuovi mezzi di ricerca della prova tra fonti europee e ordinamenti nazionali, Milano 2020, 11 s.; S. Signorato, *op. cit.*, 7.

¹⁶ J. Jackson, *Cultural Barriers on the Road to Providing Suspects with Access to a Lawyer*, in *EU Criminal Justice and the Challenges of Diversity. Legal Cultures in the Area of Freedom, Security and Justice*, a cura di R. Colson, S. Field, Cambridge 2016, 181 ss.

¹⁷ Come già rilevava G. Foschini, *Sistema di diritto processuale penale*, I, Milano 1965, 302, «la difesa non sarebbe libera se dovesse limitarsi alla valutazione degli elementi di prova ricercati o offerti dall'accusa». E, d'altro canto, M. Nobili, *Scenari e trasformazioni del processo penale*, Padova 1998, 86, si domandava: «come ci si può accontentare che la difesa soltanto si prepari a un “dopo”, mentre si costruisce il sistema su atti dell'accusa, utilizzabili subito (a fini non propriamente marginali) e con una buona dose di spendibilità anche nel processo?».

¹⁸ *Infra*, § 2.1.

Un primo caso significativo è rappresentato dal modello estone. Il *kriminaalmenetluse seadustik* (codice di procedura penale)¹⁹ tipizza in modo puntuale le prerogative del difensore nel *pre-trial stage* (§§ 45-47), riconoscendogli il diritto di partecipare agli atti investigativi compiuti in presenza dell'indagato, di presentare istanze e di accedere a determinati atti del fascicolo²⁰. Tuttavia, non è dato rinvenire alcuna previsione concernente poteri d'inchiesta difensivi. La letteratura domestica, dunque, ha evidenziato come, in assenza di un divieto espresso, essi dovrebbero comunque ritenersi esercitabili da parte del difensore; anche se, nella prassi, siffatte prerogative risultano scarsamente impiegate, sollevando così interrogativi quanto alla parità delle armi²¹.

Una situazione pressoché analoga si riscontra nei sistemi a “trazione inquisitoria”, quali quello francese, belga e spagnolo²².

Oltralpe, le funzioni attribuite al *juge d'instruction* – organo incaricato di ricercare le prove tanto a carico quanto a discarico dell'imputato –, sono tradizionalmente ritenute sufficienti a garantire l'equilibrio processuale tra le parti, spiegando così la mancanza di una disciplina specifica delle investigazioni difensive (sia interne che *extra-territoriali*)²³. L'avvocato può presentare richieste motivate all'organo giurisdizionale onde ottenere il compimento di atti istruttori (quali, ad esempio,

¹⁹ La versione ufficiale e aggiornata, in lingua inglese, può essere consultata al seguente link: <https://www.riigiteataja.ee/en/eli/ee/505092023002/consolide/current>.

²⁰ Cfr., *amplius*, J. Ginter, A. Soo, *The Right of the Suspect to Counsel in Pre-trial Criminal Proceedings, its Content, and the Extent of Application*, in *Juridica* 2012, 170 ss.; M. Sillaots, *The Role of Criminal Defence Counsel in Pre-Trial Criminal Proceedings*, in *Juridica* 2025, 85 ss.; A. Soo, *Guaranteeing the Right to Defence Counsel in Estonian Criminal Proceedings: the Estonian System of Defence Counsels*, in *East-West Studies* 2016, 77 ss.

²¹ A. Soo, R. Aavik, *Pre-trial Procedure in Estonia*, in *A Comparative Analysis of Pre-Trial Procedure in Europe: The Search for an Ideal Model*, a cura di E. Johnston, R. Erbaş e D. Jasinski, Instambul 2020, 69.

²² Invero, con riguardo a quest'ultimo, va ricordato che il 14 novembre 2025 è stato pubblicato sul *Boletín Oficial de las Cortes Generales* il *Proyecto de Ley Orgánica de Enjuiciamiento Criminal*, approvato dal *Consejo de Ministros* in data 28 ottobre 2025, che mira a ridefinire il ruolo del pubblico ministero e del giudice nelle fasi anteriori al dibattimento, muovendo verso la costruzione di un modello accusatorio: v., volendo, M. Gialuz, A. Malacarne, *Un recente progetto di riforma della procedura penale spagnola tra spinte europee e resistenze legate allo status ordinamentale del Ministerio Fiscal*, in www.sistemapenale.it, 7.1.2026.

²³ A. Cappello, *Il ruolo dell'avvocato della difesa nel processo penale in Francia*, in *La circolazione investigativa nello spazio giuridico europeo: strumenti, soggetti*, a cura di L. Filippi, P. Gualtieri, P. Moscarini e A. Scalfati, Milano 2010, 302 s.; D.C. Cultrera, *La Normativa sulle investigazioni difensive in altri paesi dell'Unione Europea*, in *Mandato d'arresto europeo e investigazioni difensive all'estero*, a cura di L. Camaldo, Milano 2018, 143 ss.; P. Dècarpes, *France*, in *Effective Criminal Defence in Europe*, a cura di E. Cape, Z. Namoradze, R. Smith, T. Sronken, Antwerp 2010, 234; J. Hodgson, *The Role of the Criminal Defense Lawyer in an Inquisitorial Procedure: Legal and Ethical Constraints*, in *Legal Ethics* 2006, 144; S. Field, A. West, *Dialogue and the Inquisitorial Tradition: French Defence Lawyers in the Pre-Trial Criminal Law Process*, in *Criminal Law Forum* 2003, 261 s.

l'audizione di un teste, l'accesso ai luoghi o la produzione di un documento)²⁴, ma non può procedervi autonomamente²⁵. Ciononostante, va messo in luce come una parte della dottrina abbia valorizzato il principio di libertà delle prove (art. 427 C.p.p.), ritenendo che, se i fatti sono dimostrabili con qualsiasi mezzo, l'effettività di tale canone presuppone la possibilità per la difesa di ricercare autonomamente le relative fonti probatorie²⁶. Ad ogni modo, la pratica giudiziaria dimostra come l'iniziativa investigativa della parte privata assuma un ruolo davvero marginale, anche in ragione del timore di interferenze con l'istruzione pubblica o di incorrere in ipotesi di responsabilità penale connesse al contatto con i testimoni²⁷.

La medesima impostazione si rinviene in Belgio, ove l'avvocato può solamente sollecitare il giudice istruttore a compiere specifiche attività ed eventualmente impugnare il rigetto dell'istanza. Anche in questo caso, l'assenza di una normativa *ad hoc* viene compensata, in parte, da una lettura estensiva del diritto di difesa, che tuttavia non si traduce in una vera e propria autonomia investigativa²⁸.

Pure in Spagna la fase preliminare è diretta dal *juez de instrucción*, e la *Ley de Enjuiciamiento Criminal* non prevede una disciplina espressa quanto ai poteri investigativi dell'avvocato e all'utilizzabilità degli elementi eventualmente raccolti. Tuttavia, dalla lettura combinata tra l'art. 24 della Costituzione – che consacra il diritto di difesa – e l'art. 118.1 LECrim – che ne individua il momento genetico²⁹ – la dottrina desume in via indiretta la legittimazione del rappresentante legale di tutte le parti³⁰ a

²⁴ J. Hodgson, *The Role of the Criminal Defense Lawyer in an Inquisitorial Procedure*, cit., 144.

²⁵ S. Field, A. West, *op. cit.*, 308.

²⁶ A. Cappello, *op. cit.*, 302-304.

²⁷ P. Dècarpes, *op. cit.*, 235; J. Hodgson, *The Role of the Criminal Defense Lawyer in an Inquisitorial Procedure*, cit., 143, rileva altresì che tale configurazione rischia di porsi in tensione con il principio di uguaglianza e parità di trattamento, giacché l'effettività dell'investigazione difensiva dipende in larga misura dalle risorse economiche dell'imputato, consentendo ai soggetti più abbienti di accedere a difensori e mezzi investigativi di livello superiore; E. Cape, Z. Namoradze, R. Smith, T. Spronken, *Effective Criminal Defence in Europe. Executive Summary and Recommendations*, Oxford 2010, 6; A. Cappello, *op. cit.*, 302 ss.

²⁸ L. van Puyenbroeck, *Belgium*, in *Effective Criminal Defence in Europe*, cit., 88. V. anche Fair Trials, *Criminal proceedings and defence rights in Belgium*, 2013, 13.

²⁹ «*Toda persona a quien se atribuya un hecho punible podrá ejercitar el derecho de defensa, interviniendo en las actuaciones, desde que se le comunice su existencia, haya sido objeto de detención o de cualquier otra medida cautelar o se haya acordado su procesamiento, a cuyo efecto se le instruirá, sin demora injustificada, de los siguientes derechos*».

³⁰ G. Esposito, *El derecho de defensa en la fase de instrucción: las actividades de investigación defensiva en los ordenamientos jurídicos español e italiano*, in *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario* 2022, 1697-5758, n. 158; I. Flores Prada, *L'investigazione difensiva nel processo penale spagnolo*, in *La circolazione investigativa nello spazio giuridico europeo: strumenti, soggetti*, cit., 376.

svolgere attività di ricerca delle fonti di prova, purché non incidano su diritti fondamentali dei terzi coinvolti³¹.

Non dissimile è quanto accade negli ordinamenti tedesco e austriaco.

Quanto al primo, lo *Strafprozessordnung* non contempla espressamente un diritto a condurre indagini difensive autonome³². Il § 137 StPO, da par suo, assicura la presenza e l'assistenza del difensore in ogni fase del procedimento, mentre il § 163a, comma 2, consente all'imputato di richiedere agli organi inquirenti l'esecuzione di accertamenti a suo favore³³. Tuttavia, dottrina e giurisprudenza hanno progressivamente riconosciuto la legittimità di iniziative investigative da parte dell'avvocato (circoscritte sul territorio nazionale)³⁴, purché queste vengano condotte senza ricorrere a poteri coercitivi e senza interferire con l'attività della pubblica accusa³⁵. Siffatta necessità si manifesta con particolare urgenza quando le "investigazioni ufficiali" risultano incomplete, generando il rischio di pregiudicare il diritto dell'imputato a un equo processo. In tale contesto, il *Bundesgerichtshof* ha chiarito che i limiti e il fondamento dell'accertamento difensivo derivano dai doveri professionali dell'avvocato e dal rapporto fiduciario con il cliente: il legale è chiamato a intraprendere tutte le attività necessarie per un accurato accertamento dei fatti, senza limitarsi passivamente alla mera ricezione di informazioni fornite dall'assistito. In sostanza, al dovere di rappresentanza e di difesa si accompagna l'obbligo, sempre calibrato caso per caso, di acquisire autonomamente elementi utili alla tutela degli interessi del cliente, nell'ambito dei limiti stabiliti dal mandato e dai principi di lealtà e proporzionalità³⁶. Tra i diversi strumenti utilizzabili a questo scopo, l'analisi e l'acquisizione di documenti³⁷ assumono particolare rilevanza nei procedimenti aventi ad oggetto reati

³¹ Si pensi, ad esempio, all'ingresso in luoghi privati.

³² M. Maiwald, *Einführung in das italienische Strafrecht und Strafprozeßrecht*, Berlino 2009, 141; J. Vogel, *Germany*, in *Effective Criminal Defence in Europe*, cit., 294.

³³ Fai Trials, *Criminal proceedings and defence rights in Germany*, 2013, 14.

³⁴ P. Rackow, *Diritti e poteri della difesa nella fase delle indagini preliminari secondo il codice di procedura penale tedesco*, in *La circolazione investigativa nello spazio giuridico europeo: strumenti, soggetti*, cit., 288.

³⁵ J. Bockemühl, *Eigene Ermittlungen des Strafverteidigers – Ein Plädoyer für eine aktive Strafverteidigung*, in *Journal für Strafrecht* 2010, 60: «das Recht und die Zulässigkeit auf private Ermittlungen des Strafverteidigers werden auch nicht mehr ernsthaft in Frage gezogen»; P. Rackow, *op. cit.*, 282. Cfr. anche T. Weigend, F. Salditt, *The Investigative Stage of Criminal Process in Germany*, in *Suspects in Europe: Procedural Rights at the Investigative Stage of the Criminal Process in the European Union*, a cura di E. Cape, J. Hodgson, T. Prakken e T. Spronken, Cambridge 2007, 91. e, in lingua italiana, G. Esposito, *Il diritto di difesa in fase d'inchiesta: le investigazioni difensive negli ordinamenti italiano e tedesco*, in *PPG* 2024, 777 ss.

³⁶ W. Spoerr, *Tatsachenermittlung durch Rechtsanwälte und Strafverteidiger: Fakten und rechtlicher Schutz*, in *StV – Strafverteidiger* 2019, 3.

³⁷ Escludono che la richiesta possa essere rivolta alle pubbliche amministrazioni, M. Maiwald, *op. cit.*, 218; P.

economici, ove l'apprensione e lo studio degli archivi delle imprese rivestono un ruolo di primaria importanza. Fondamentale è altresì "l'escussione extragiudiziale" dei testimoni, che può riguardare anche soggetti già sentiti dall'autorità: il sistema, infatti, non contempla un diritto di primo interrogatorio a favore degli inquirenti. Nondimeno, va segnalato come, in alcune situazioni, i patrocinanti tendano ad affidare la conduzione dell'esame a un avvocato diverso dal difensore che presta assistenza nel procedimento, onde evitare possibili "contaminazioni" della prova³⁸.

Per quanto concerne il sistema austriaco, deve rilevarsi come l'öStPO non contenga alcuna previsione specifica in materia. Epperò, il § 57, comma 1, autorizza e obbliga l'avvocato a utilizzare ogni mezzo utile alla difesa; su tale base, letta alla luce dei principi generali dell'ordinamento, dottrina e orientamenti pretori riconoscono la legittimità di attività quali la raccolta di informazioni, l'ispezione dei luoghi e l'audizione volontaria di testimoni³⁹.

Meritevole di attenzione è, poi, il modello implementato nell'ordinamento croato. In termini generali (e al pari di quanto avviene in numerosi Paesi europei), il codice di procedura penale (*zakon o kaznenom postupku*)⁴⁰ riconosce alla difesa il diritto di partecipare ad alcune attività investigative promosse dall'accusa⁴¹, nonché di rivolgere istanze al pubblico ministero affinché questi compia determinati atti di indagine. In caso di dissenso, la decisione sulla richiesta è rimessa al giudice, che funge da organo di controllo sulla completezza dell'accertamento. Nondimeno, alcuni autori hanno da sempre ritenuto legittimo che l'avvocato potesse condurre "investigazioni informali"⁴². Più di recente, il legislatore ha introdotto una – pur scarna – regolamentazione *ad hoc*: ai sensi dell'art. 67 C.p.p., il patrocinante può richiedere informazioni a persone informate sui fatti (con esclusione della persona offesa), mediante invito a presentarsi debitamente motivato, il quale, però, è privo del crisma della coercibilità⁴³. Le annotazioni così raccolte possono essere impiegate esclusivamente a sostegno delle

Rackow, *op. cit.*, 287, 291.

³⁸ W. Spoerr, *op. cit.*, 3-5; J. Vogel, *op. cit.*, 295.

³⁹ J. Bockemühl, *op. cit.*, 65: «*ein Strafverteidiger der seinen Verteidigungsauftrag ernst nimmt, wird diese Art der Verteidigung auch nicht als lästige Pflicht auffassen, sondern als Verpflichtung aus dem Mandat*».

⁴⁰ <https://www.zakon.hr/z/174/zakon-o-kaznenom-postupku>.

⁴¹ Segnatamente l'interrogatorio dell'accusato, nonché gli atti di identificazione e confronto.

⁴² Z. Burić, *Transnational Criminal Proceedings and the Position of the Defence*, in *European Criminal Procedural Law in Service of Protection of European Union Financial Interests: State of Play and Challenges*, a cura di Z. Durđević, E. Ivičević Karas, Zagabria 2016, 78.

⁴³ La forma e il contenuto della citazione sono individuate dall'Ordine degli avvocati croato, previo consenso del Ministero della Giustizia.

richieste istruttorie e non assumono alcun valore probatorio ai fini della decisione finale.

Un esame specifico merita, infine, l'archetipo sviluppatosi nei sistemi di *common law*, e segnatamente in Inghilterra e negli Stati Uniti.

In relazione al primo, la letteratura evidenzia che la difesa è tenuta a svolgere indagini proprie, comprendenti l'intervista di possibili testimoni, la raccolta di informazioni sul contesto fattuale e personale delle parti e la verifica degli accertamenti effettuati dalla polizia. Tali attività rientrano nei doveri professionali dell'avvocato penalista, pur registrandosi nella prassi limiti applicativi connessi, tra gli altri, a vincoli organizzativi degli studi legali e alla scarsità di risorse economiche degli assistiti⁴⁴.

Nel raffronto tra modelli è, però, l'esperienza statunitense a evidenziare con particolare nettezza la centralità dell'iniziativa inquirente di parte⁴⁵: in un assetto accusatorio puro, il patrocinante costituisce, in sostanza, il principale – se non l'unico – soggetto istituzionalmente deputato alla ricerca di elementi probatori *in bonam partem*. L'obbligo di *disclosure* imposto al pubblico ministero⁴⁶ – al pari di quanto avviene in Inghilterra⁴⁷ – non si estende, infatti, a un dovere di attiva investigazione a favore dell'indagato, compendiandosi nella sola "rivelazione" delle prove a scarico già nella disponibilità dell'accusa⁴⁸. Ne discende che l'effettività del diritto di difesa

⁴⁴ E. Cape, *England and Wales*, in *Effective Criminal Defence in Europe*, cit., 143-145; E. Cape, J. Hodgson, *The Investigative Stage of the Criminal Process in England and Wales*, in *Suspects in Europe: Procedural Rights at the Investigative Stage of the Criminal Process in the European Union*, cit., 76; R. Ede, A. Edwards, *Criminal Defence – Good Practice in the Criminal Courts*, Londra 2008, 1; E. Ede, E. Shepherd, *Active Defence: Lawyer's Guide to Police and Defence Investigation and Prosecution and Defence Disclosure in Criminal Cases*, Londra 2000, 213 ss.; E. Johnston, M. Lochs, *Shifting Systems: A Comparison of the Role of the Defence Lawyer in England and Wales and the Netherlands*, in *The Journal of Criminal Law* 2025, 227 ss.; R. Young, D. Wall, *Criminal Justice, Legal Aid and the Defence of Liberty*, in *Access to Criminal Justice*, a cura di Id., Londra 1996, 254; M. McConville, J. Hodgson, I. Bridges, A. Pavlovic, *Standing accused: the organisation and practices of criminal defence lawyers in Britain*, Oxford 1994, *passim*; W.T. Pizzi, *Trials without Truth: Why Our System of Criminal Trials Has Become an Expensive Failure and What We Need to Do to Rebuild It*, New York 2000, *passim*. Rileva, però, A. Pivaty, *op. cit.*, 90, che «*english lawyers generally did not undertake their 'own' fact-finding at the investigative stage, such as contacting witnesses or gathering other caserelated information*», poiché «*if a lawyer contacts a witness before the police do, this might be seen as inappropriate influence on the witness*».

⁴⁵ Per un'accurata panoramica, v., per tutti, R. Jenny, *Too Little, Too Late: Ineffective Assistance of Counsel, the Duty to Investigate, and Pretrial Discovery in Criminal Cases*, in *Fordham Urban Law Journal* 2004, 1097 ss.; e, nella dottrina interna, V. Fanchiotti, *L'indagine della difesa negli Stati Uniti d'America*, in *CP* 1995, 430 ss.

⁴⁶ *Brady c. Maryland*, 373 U.S. 83 (1963). Cfr., *amplius*, D.K. Brown, *op. cit.*, 147 ss.; e in lingua italiana, V. Fanchiotti, *La giustizia penale statunitense*. Procedure v. Antiprocedure, Torino 2022, 84 ss.

⁴⁷ P. Darbyshire, *England and Wales*, in *Criminal Procedure in Europe*, a cura di R. Vogler, B. Huber, Berlino 2008, 92.

⁴⁸ *People c. Hayes*, 950 N.E.2d 118, 123 (N.Y. 2011).

presuppone, quale corollario necessario, lo svolgimento di autonome indagini difensive⁴⁹, le quali, lungi dal configurarsi come mera facoltà (al pari, ad esempio, di quanto previsto in Italia), assumono la consistenza di un vero e proprio diritto soggettivo dell'imputato – di rango costituzionale⁵⁰ – radicato non solo nella clausola del *due process of law*, ma anche nella garanzia del confronto con i testimoni dell'accusa mediante *cross-examination*⁵¹. È per tale ragione, dunque, che la giurisprudenza ha ritenuto l'omessa o inadeguata investigazione da parte del *defence counsel*⁵² integri, in presenza di un pregiudizio concreto, un'ipotesi di *ineffective assistance*⁵³, in violazione del Sesto Emendamento⁵⁴; ipotesi che legittima – benché a livello prasseologico ciò risulti assai raro⁵⁵ – l'esperibilità dei cd. *collateral attacks* (ossia, le “impugnazioni straordinarie”)⁵⁶. In questa medesima prospettiva, si collocano gli *standard* professionali elaborati dall'*American Bar Association*, che sanciscono espressamente che il «*defense counsel has a duty to investigate in all cases*»⁵⁷, dovendo egli verificare, già in sede investigativa, incoerenze nelle prospettazioni dell'accusa e ipotesi alternative di ricostruzione del fatto.

⁴⁹ R. Jenny, *op. cit.*, 1100, secondo cui «*there are clear connections among the effective assistance of counsel, the duty to investigate and discovery*»; B.A. Perron, *Uncovering Reasonable Doubt: The Component Method - Criminal Defense Investigation*, Nebraska 1998, 1-5. Nondimeno, anche in questo contesto, come rileva V. Fanchiotti, *La giustizia penale statunitense*, cit., 84 s., la capacità dell'indagato di raccogliere autonomamente prove dipende dalle sue risorse economiche. In effetti, anche laddove egli si avvalga di un *public defender*, è noto come «lo staff investigativo di cui l'ufficio dispone è inadeguato a svolgere indagini in tutti i casi in cui sarebbe necessario».

⁵⁰ *Washington c. Texas*, 388 U.S. 14 (1967). Parimenti, E. Brensike Primus, *Defense Counsel and Public Defense*, in *Reforming Criminal Justice*, III, *Pretrial and Trial Processes*, cit., 123, 128.

⁵¹ R.M. Bloom, M.S. Brodin, *Criminal Procedure - The Constitution and the Police*, New York 2006, 333 ss.; C.B. Mueller, L.C. Kirkpatrick, *Evidence Under the Rules - Text, Cases, and Problems*, New York 2008, 764 ss.

⁵² Si direbbe, per riprendere una felice espressione, un caso di «difensore inoperoso» (M.L. Busetto, *Controlli giudiziali sulla qualità della difesa tecnica. Un itinerario tra fonti europee e diritto interno*, Milano 2017, 159).

⁵³ *Williams c. Taylor*, 529 U.S. 362 (2000). Cfr. E. Chemerinsky, L.L. Levenson, *Criminal Procedure*, New York 2008, 704 ss.; J. Roberts, *Too Little, Too Late: Ineffective Assistance of Counsel, the Duty to Investigate, and Pretrial Discovery in Criminal Cases*, in *Fordham Urban Law* 2004, 1097 ss.; D.E. Ives, *Failure to Interview Potential Defence Witness as the Basis for an Ineffective Assistance of Counsel Claim*, in *Criminal Law Quarterly* 2008, 490 ss.

⁵⁴ *Strickland c. Washington*, 466 U.S. 668 (1984) e *United States c. Cronin*, 466 U.S. 648 (1984); *Hendersen c. Sargent*, 926 F.2d 706, 711-12 (8th Cir. 1991), ove si legge chiaramente che «*reasonable performance of counsel includes an adequate investigation of the facts of the case, consideration of viable theories, and development of evidence to support those theories. Counsel has 'a duty ... to investigate*».

⁵⁵ V. Fanchiotti, *L'indagine della difesa negli Stati Uniti d'America*, cit., 431.

⁵⁶ *Strickland c. Washington* 466 U.S. 668 (1984).

⁵⁷ American Bar Association, *Criminal justice standards for the defense function*, 2017, reperibile all'indirizzo https://www.americanbar.org/groups/criminal_justice/resources/standards/defense-function.

2.1 Preso atto delle caratteristiche dei sistemi finora esaminati, dovrebbe apparire chiaro come l'approccio italiano al tema che qui si analizza rappresenti senz'altro un *unicum* a livello europeo.

Il codice Vassalli – è noto – ha espressamente riconosciuto in capo al difensore dell'indagato e della persona offesa la «facoltà di svolgere indagini per ricercare e individuare elementi di prova a favore del proprio assistito» (art. 38 disp. att. C.p.p.)⁵⁸. In seguito, la legge 7 dicembre 2000, n. 397⁵⁹ – sulla scia della riforma costituzionale dell'art. 111 Cost.⁶⁰, specie nella parte in cui attribuisce all'imputato il diritto di disporre del tempo e delle condizioni necessarie per preparare la difesa – ha definitivamente consacrato l'auspicato passaggio «dal diritto di difendersi provando al diritto di difendersi cercando»⁶¹, predisponendo una disciplina organica della materia⁶².

Benché essa costituisca un “fiore all'occhiello” nel panorama comunitario, deve nondimeno mettersi in luce – ai fini della presente analisi – un aspetto connotato da elevata criticità. Ci si riferisce al tema della efficacia extraterritoriale delle disposizioni contenute agli artt. 391-*bis* ss. C.p.p.

A tale riguardo, il vincolo rappresentato dalla sovranità ordinamentale ha costituito uno dei principali argomenti addotti da coloro che negano, *de iure condito*, la possibilità per il difensore di realizzare indagini *ultra fines* ricorrendo ai tradizionali

⁵⁸ Cfr., *Le indagini difensive*, a cura di Furguele, Napoli 1998; F. Bernardi, *Le indagini del difensore nel processo penale*, Milano 1996; E. Stefani, *Manuale delle indagini difensive nel processo penale. Aspetti teorico-pratici di investigazione privata. Utilizzabilità processuale degli atti*, Milano 1999.

⁵⁹ La rivoluzione è davvero palpabile: si è passati, infatti, da un difensore quale “studioso” di materiale da altri formato (pubblico ministero e polizia giudiziaria) a un patrocinante impegnato in prima persona nella ricerca sul campo di elementi a favore del proprio assistito ... o, per usare le parole di O. Dominion, *Le investigazioni del difensore ed il suo intervento nella fase delle indagini preliminari*, in AA.VV., *Il nuovo rito penale. Linee di applicazione*, in fasc. monografico di *Dif. Pen.* 1990, 2, 26, si è passati da una «difesa di posizione» a una «difesa di movimento».

⁶⁰ M. Nobili, *Giusto processo e indagini difensive*, in *DPP* 2001, 5 ss.; S. Ruggieri, *Equality of arms, impartiality of the judiciary and the role of the parties in the pre-trial inquiry: the perspective of Italian criminal justice*, in *Rev. Bras. Direito Processual Penal* 2018, 595, nt. 126; G. Spangher, *Le investigazioni difensive: considerazioni generali*, in *Studium iuris* 2001, 530; Triggiani, *Le investigazioni difensive*, Milano 2002, 55 ss.

⁶¹ A. Giarda, *Un cammino appena iniziato*, in AA.VV., *Le indagini difensive. Legge 7 dicembre 2000, n. 397*, Milano 2001, 9.

⁶² Sul tema, v., a livello monografico, *ex plurimis*, E. Aprile, G. Silvestri, *La formazione della prova penale dopo le leggi sulle indagini difensive e sul “giusto processo”*, Milano 2002; A. Cristiani, *Guida alle indagini difensive nel processo penale*, Torino 2001; A. Di Maio, *Le indagini difensive. Dal diritto di difesa al diritto di difendersi provando*, Padova 2001; E. Lorenzetto, *Il diritto di difendersi indagando nel sistema processuale penale*, Napoli 2013; R. Magi, *Le indagini difensive. Commento organico alla l. 7 dicembre 2000, n. 397*, Napoli 2001; L. Parlato, *Le nuove disposizioni in materia di indagini difensive. Commento alla legge 7 dicembre 2000, n. 397*, Torino 2001; G. Ruggiero, *Compendio delle investigazioni difensive*, Milano 2003; L. Suraci, *Le indagini difensive*, Torino 2014; Id., *Le indagini difensive penali*, Pisa 2021; N. Triggiani, *op. cit.*

meccanismi di cooperazione giudiziaria. La rogatoria, infatti, può essere attivata solamente da quei soggetti appartenenti alla «struttura organizzativa statale»⁶³, ossia le «pubbliche autorità»⁶⁴: giudice e magistrato d'accusa (art. 723 C.p.p.). La ragione di un tanto si deve al fatto che la collaborazione internazionale interviene classicamente tra ordinamenti e, di conseguenza, i rapporti interstatali possono essere “gestiti” solo da organismi idonei a rappresentarli e ad agire in loro nome e per loro conto⁶⁵. Evidente è l'approdo del discorso: l'avvocato che voglia svolgere indagini difensive fuori dai confini nazionali non potrà adire direttamente l'autorità straniera, dovendo, invece, intercedere presso i predetti organi⁶⁶, affinché essi attivino il suddetto meccanismo di acquisizione transfrontaliera della prova.

Il modello così delineato, invero, non appare irragionevole⁶⁷, né censurabile sotto il profilo della parità delle armi e del diritto di difesa: il patrocinante non può mai agire in veste di vicario del potere statale⁶⁸ (attesa la sua qualifica di mero esercente un servizio di pubblica necessità)⁶⁹ e, perciò, deve ritenersi impedita l'attribuzione in capo a quest'ultimo di un qualsivoglia potere d'iniziativa.

Del resto, ben conosciuta è, sul punto, la posizione di rigore assunta dalla Corte di cassazione⁷⁰, il cui percorso argomentativo addotto per negare tale prerogativa può

⁶³ C. Valentini, *L'acquisizione della prova tra limiti territoriali e cooperazione con autorità straniere*, Padova 1998, 31.

⁶⁴ A. Ciampi, *L'assunzione di prove all'estero in materia penale*, Padova 2003, 455.

⁶⁵ F. Cordero, *op. cit.*, 1260; A. Gaito, *Dei rapporti giurisdizionali con autorità straniere (artt. 656-675 c.p.p.)*, Padova 1985, 15; F.M. Grifantini, *Ordine europeo di indagine penale e investigazioni difensive*, in PPG 2016, 6, 4 s.; C. Valentini, *op. cit.*, 31.

⁶⁶ R. Belfiore, *La prova penale «raccolta» all'estero*, Roma 2014, 21 s.; A. Ciampi, *op. cit.*, 468; M.R. Marchetti, *L'assistenza giudiziaria internazionale*, Milano 2005, 126; C. Valentini, *op. cit.*, 31.

⁶⁷ In questo senso, v. C. Valentini, *op. cit.*, 32, per la quale «le ragioni che militano per il mantenimento dello *status quo* vanno al di là del mero dogma del diritto internazionale quale campo riservato a soggetti-Stato e si identificano nella necessità di lasciare sempre aperta la chance di un controllo propriamente politico sulle relazioni fra ordinamenti sovrani».

⁶⁸ Concordi, C. Angeloni, *L'inammissibilità di investigazioni difensive all'estero: una ricostruzione plausibile?*, in RIDPP 2008, 1390; E. Lorenzetto, *op. cit.*, 289; M.R. Marchetti, *op. cit.*, 128.

⁶⁹ E. Amodio, *Il dovere di verità del difensore nel processo penale*, in DPP 2006, 1457 ss.; G. Frigo, *Auspicabile un intervento legislativo per chiarire la “natura” del penalista*, in GD 2006, 41, 52 ss.; F.M. Grifantini, *Tutti i nodi vengono al pettine: l'incognita del difensore-istruttore tra miti e realtà*, in CP 2004, 401; Id., *Ordine europeo di indagine penale e investigazioni difensive*, cit., 4; P. Spagnolo, *Il procedimento di emissione dell'OEI*, 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, R.E. Kostoris, Torino 2018, 94.

⁷⁰ Cass. 19.6.2007 n. 23967, in GI 2008, 986. Cfr. F. Albano, *Sui limiti territoriali delle indagini difensive: note a margine di una discutibile pronuncia*, in CP 2008, 4708 ss.; C. Angeloni, *op. cit.*, 1390; G. Biondi, *La giurisprudenza in tema di investigazioni difensive, con particolare riferimento all'attività di assunzione di informazioni*, in GM 2008, 7 ss.; M. Bordieri, *Brevi note sull'inutilizzabilità di atti di investigazione svolti all'estero dal difensore dell'imputato senza passare attraverso una rogatoria internazionale*, in CP 2009, 2035 ss.; D. Curtotti Nappi, I

essere sintetizzato nei seguenti termini: atteso che, ai fini dell'utilizzabilità di atti compiuti all'estero, tutte le parti processuali devono ricorrere ai meccanismi di cooperazione internazionale; e preso atto che al difensore non è attribuito un potere d'impulso in tal senso; ne consegue l'impossibilità per quest'ultimo di svolgere dette operazioni, potendo egli, al più, sollecitare l'intervento dell'autorità giudiziaria (giudice o pubblico ministero).

Le conclusioni appena esposte non appaiono, però, convincenti⁷¹.

Pur in assenza di riferimenti espliciti nel tessuto codicistico⁷², il canone di parità delle armi e la garanzia di effettività della difesa tecnica impongono di riconoscere al patrocinante la possibilità di compiere *ultra fines* tutti quegli atti di indagine che la legge italiana gli consente di svolgere sul suolo nazionale, con le stesse modalità e formalità indicate agli artt. 391-bis ss. C.p.p.⁷³. L'assunto, peraltro, non muta considerando la riconoscibilità, in capo al patrocinante, della qualità di pubblico ufficiale⁷⁴ ovvero di esercente un servizio di pubblica necessità allorquando si trovi a

nuovi orizzonti investigativi del difensore: le informazioni assunte all'estero, in *GI* 2008, 986 ss.; A. Mangiaracina, *Ancora zone d'ombra in tema di ammissibilità della revisione e indagini difensive svolte all'estero*, in *GI* 2009, 1248 ss.; M. Pisani, *Sulle investigazioni difensive svolte all'estero*, in *RIDPP* 2008, 1458 ss. Merita, però, di essere segnalato l'orientamento pretorio stando al quale deve ritenersi legittima (e le risultanze utilizzabili) l'attività investigativa realizzata in suolo straniero consistente nell'apprensione di documentazione amministrativa rilasciata da autorità estera: Cass. 8.1.2019 n. 13110, in *OneLegale*: «In tema di indagini difensive, è legittima ed utilizzabile l'attività svolta da un investigatore privato, prima della iscrizione della notizia di reato, al di fuori dell'ambito applicativo dell'art. 391-nonies c.p.p., atteso che l'attivazione dello statuto codicistico previsto per l'attività investigativa preventiva è rimessa alla volontà del soggetto, avendo natura del tutto facoltativa»; Cass. 10.10. 2014 n. 2471, *ivi*: «È legittima l'acquisizione al fascicolo del dibattimento di atti di provenienza estera di natura amministrativa, compiuti al di fuori di qualsiasi indagine penale e come tali non sottoposti al regime delle rogatorie internazionali»; Cass. 27.5.2009 n. 24653, *ivi*: «La sanzione d'inutilizzabilità degli atti assunti per rogatoria non si applica ai documenti autonomamente acquisiti dalla parte all'estero direttamente dalle amministrazioni competenti».

⁷¹ In termini critici, v., *ex plurimis*, D. Curtotti Nappi, *op. cit.*, 986 ss.; E. Lorenzetto, *op. cit.*, 288; A. Mangiaracina, *op. cit.*, 1248.

⁷² Il principio *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit* – per cui tutto ciò che non è espressamente vietato deve ritenersi consentito – non può trovare applicazione in questa sede, giacché il ricorso a tale canone interpretativo avrebbe quale conseguenza quella di limitare l'esercizio del diritto di difesa, qualificato in termini di inviolabilità dall'art. 24 co. 1 Cost. Come autorevolmente rileva, in effetti, M. Caianiello, *L'attuazione della direttiva sull'ordine europeo di indagine penale e le sue ricadute nel campo del diritto probatorio*, in *CP* 2018, 2210, «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».

⁷³ Invero, il divieto in capo all'avvocato di acquisire prove all'estero, al di fuori del canale rogatorio, si pone in contrasto con la finalità del legislatore di scongiurare l'utilizzo, nel processo penale italiano, di elementi raccolti in violazione delle garanzie difensive e del principio del contraddittorio. Inoltre, tale limite risulta incoerente con lo spirito della riforma del 2000 in materia di indagini difensive, poiché riduce le possibilità per il patrocinante di reperire elementi a tutela dell'assistito.

⁷⁴ Cass. S.U. 27.6.2006 n. 32009, in *OneLegale*.

certificare le risultanze dell'attività investigativa. Egli non agisce in veste di rappresentante dello Stato di appartenenza, sicché l'ingresso (materiale o virtuale) sul territorio straniero non può essere considerato atto d'imperio e, pertanto, in violazione delle regole stabilite dal diritto internazionale⁷⁵.

Per di più, segnali circa la possibilità per la difesa di acquisire autonomamente materiale informativo collocato al di fuori dei confini italiani si rinvencono pure in alcune disposizioni codicistiche, come quella contenuta all'art. 234-bis C.p.p. L'innesto normativo consente di acquisire «sempre [...] documenti e dati informatici conservati all'estero, anche diversi da quelli disponibili al pubblico, previo consenso, in quest'ultimo caso, del legittimo titolare». Il tenore letterale della formulazione (e la sua collocazione sistematica), a ben vedere, consente di attribuire tale facoltà sia agli organi d'accusa (pubblico ministero e polizia giudiziaria), sia al difensore⁷⁶.

3. Soffermando l'attenzione sulla dimensione convenzionale, può dirsi che la Cedu non riconosca, in termini espliciti, l'esistenza di un «diritto di difendersi investigando»⁷⁷. L'art. 6, infatti, non contiene alcuna indicazione in tal senso, limitandosi a affermare il diritto di ogni accusato di «disporre del tempo e delle facilitazioni necessarie a preparare la sua difesa» (§ 3, lett. b)⁷⁸. Nondimeno, tale *dictum* – al pari di quello di cui all'art. 111, co. 3 Cost.⁷⁹ – è stato interpretato, dalla letteratura italiana e internazionale, in modo da ricomprendervi anche forme di difesa

⁷⁵ Nello stesso senso, v. C. Angeloni, *op. cit.*, 1390; E. Lorenzetto, *op. cit.*, 289; M.R. Marchetti, *op. cit.*, 128. *Contra*, E. Selvaggi, *Noi e gli altri: appunti in tema di atti processuali all'estero*, in CP 2009, 2049, per il quale, invece, l'attività del difensore compiuta all'estero ha natura «illecita».

⁷⁶ Concordi pure R. Belfiore, *Joint Investigation Teams in the Italian Legislation Implementing Framework Decision 2002/465/JHA*, in *EU Criminal Justice. Fundamental Rights, Transnational Proceedings and the European Public Prosecutor's Office*, a cura di T. Rafaraci, R. Belfiore, Cham 2019, 137; D. Cimadomo, *Ordine europeo di indagine penale e garanzie della difesa*, in *L'ordine europeo di indagine. Criticità e prospettive*, a cura di T. Bene, L. Lupária e L. Marafioti, Torino 2016, 226.

⁷⁷ E. Cape, Z. Namoradze, R. Smith, T. Sronken, *The European Convention on Human Rights and The Right to Effective Defence*, in *Effective Criminal Defence in Europe*, cit., 44, 59, per i quali ciò «can be considered a significant gap in the ECHR protection of fair trial and one that operates to the detriment of effective participation by the accused»; E. Lorenzetto, *op. cit.*, 15; F. Trapella, *L'accesso difensivo ai luoghi privati e il diritto del terzo al controllo sui dati personali: un contrasto irrisolto*, in www.archiviopenale.it, 10.10.2023, 16.

⁷⁸ Z. Burić, *op. cit.*, 8. Negli stessi termini – benché impiegando il lemma «mezzi» – si esprime pure l'art. 14, § 3, lett. b del Patto intern. dir. pol. e civili. Sulla fattispecie convenzionale, v. F. Cassibba, *Art. 6*, in *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, a cura di G. Ubertis, F. Viganò, Torino 2022, 234-237.

⁷⁹ N. Triggiani, *op. cit.*, 66; N. Ventura, *Le indagini difensive*, Milano 2005, 20. Esprime perplessità circa la possibilità di individuare un solido ancoraggio delle indagini difensive nel disposto dell'art. 111 Cost., E. Lorenzetto, *op. cit.*, 34.

proattiva. Facendo leva sul principio di parità delle armi⁸⁰ (componente indefettibile del *fair trial*)⁸¹, si afferma comunemente che il diritto di disporre delle facilitazioni/mezzi necessari per preparare la difesa presuppone il diritto di ricercare elementi di prova a discarico⁸².

Da par suo, tuttavia, lo studio della giurisprudenza sviluppatasi in seno alla Corte di Strasburgo non sembrerebbe legittimare *prima facie* l'enucleazione di un generale "*right of the defence to investigate the case*"⁸³. Va sottolineato come l'art. 6 Cedu venga perlopiù interpretato nel senso che le facoltà di cui dovrebbe godere ogni persona accusata di un reato comprendono la possibilità di prendere conoscenza, ai fini della preparazione della propria difesa, dei risultati delle indagini svolte nel corso del procedimento⁸⁴, implicitamente alludendosi a quelle realizzate dalla parte pubblica.

Eppure, occorre parimenti mettere in luce come, ad avviso dei giudici del Kierkegaard, l'imputato – nel corso della fase preliminare – debba poter organizzare la propria strategia difensiva in maniera appropriata e senza limitazioni per quanto riguarda la possibilità di avvalersi di qualsiasi mezzo e di influenzare, di conseguenza, l'esito della procedura⁸⁵. Muovendo dall'assunto secondo cui il momento investigativo assume un'importanza fondamentale poiché «*the evidence obtained during this stage determines the framework in which the offence charged will be considered at the trial*»⁸⁶,

⁸⁰ «*The principle of equality of arms requires that each party must be afforded a reasonable opportunity to present his case under conditions that do not place him at a substantial disadvantage vis-a-vis his opponent Inteso perlopiù come each party must be afforded a reasonable opportunity to present his case, including his evidence, under conditions that do not place him at a substantial disadvantage vis-à-vis his opponent*»: così, tra le molte, C. eur., 22.6.2000, *Coeme e altri c. Belgio*, § 102; C. eur., 16.11.2006, *Klimentyev c. Russia*. Cfr. D. Gomien, D. Harris, L. Zwaak, *Law and Practice of the European Convention on Human Rights and the European Social Charter*, Strasburgo 1996, 190 ss.

⁸¹ *Ex plurimis*, C. eur., 19.9.2017, *Regner c. Repubblica Ceca*, § 146; C. eur., 26.1.2017, *Faig Mammadov c. Azerbaijan*, § 19; C. edu., 23.5.2016, *Avotiņš c. Lettonia*, § 119. In dottrina, v. G. Caneschi, *Il diritto a un equo processo*, in *Profili di procedura penale europea*, a cura di M. Ceresa Gastaldo, S. Lonati, Milano 2023, 175; G. Ubertis, *Principi di procedura penale europea. Le regole del giusto processo*, Milano 2009, 52; Id., *Sistema di procedura penale*, I, Milano 2023, 153. Si veda, *amplius*, O. Sidhu, *The Concept of Equality of Arms in Criminal Proceedings Under Article 6 of the European Convention of Human Rights*, Cambridge 2017.

⁸² Così, ad es., S. Buzzelli, voce *Giusto processo*, in *DigDPen* 2004, 353; C. Conti, *Giusto processo* (dir. proc. pen.), in *ED* 2001, 632; V. Costa Ramos, M. Luchtman, G. Munteanu, *Improving Defence Rights. Including Available Remedies in and (or as a Consequence of) Cross-Border Criminal Proceedings*, in *Eucrim* 2020, 3, 236; G. Ubertis, *op. cit.*, 72. *Contra*, E. Lorenzetto, *op. cit.*, 34. Secondo, O. Sidhu, *op. cit.*, 174, «*the defence cannot rely entirely upon the investigative thoroughness of the prosecuting authorities. Accordingly, states must facilitate and not unduly hinder the capacity of the defence to conduct its own non-coercive investigations*».

⁸³ Lo riconosce anche A. Pivaty, *op. cit.*, 29.

⁸⁴ C. eur., 26.7.2011, *Huseyn e altri c. Azerbaijan*, § 171; C. eur., 12.5.2005, *Ocalan c. Turchia*, § 140.

⁸⁵ C. eur., 10.10.2012, *Gregačević c. Croazia*, § 51 e la giurisprudenza ivi richiamata.

⁸⁶ C. eur., 27.11.2008, *Salduz c. Turchia*, § 54. Cfr. anche C. eur., 20.10.2015, *Dvorski c. Croazia*, 20 October 2015, §

la positiva valutazione dell'equità complessiva del processo è stata subordinata, in casi isolati, al riconoscimento di alcuni «*fundamental aspects of that person's defence [...] associated with legal assistance*», tra i quali è stato espressamente annoverato il diritto – da esercitare «*without restriction*» –, di «*collection of evidence favourable to the accused*»⁸⁷. Sembra potersi ricavare, da questa prospettiva, un *iter* logico-argomentativo ben definito: il diritto di avvalersi di un avvocato previsto all'art. 6, § 3, lett. b, C.e.d.u., strettamente connesso alla garanzia di ottenere condizioni adeguate per preparare la difesa, si traduce nella possibilità di fruire di determinati servizi associati all'assistenza legale, tra cui la facoltà di condurre in modo autonomo indagini *in favor*.

Volgendo lo sguardo alla “piccola Europa”, la direttiva 2013/48/UE, pur rappresentando uno dei pilastri della costruzione eurounitaria in materia di diritti procedurali, si colloca chiaramente entro il perimetro delle garanzie difensive di tipo “reattivo”. Essa contempla, cioè, una serie di prerogative specifiche connesse al diritto di accesso al difensore – tra le quali il diritto dell'avvocato di presenziare a determinati atti di indagine e di parteciparvi in modo effettivo (art. 3, par. 3)⁸⁸ –, ma tace del tutto in ordine all'eventuale obbligo per gli Stati membri di riconoscere e disciplinare forme di *private investigation*. L'impianto della direttiva pare, dunque, coerente con una concezione dell'avvocato quale soggetto chiamato principalmente a presidiare,

108.

⁸⁷ C. eur., 13.10.2009, *Dayanan c. Turchia*, § 32. Nello stesso senso, v. C. eur., 12.1.2022, *Atristain Gorosabel c. Spagna*, § 52: «*account must be taken, on a case-by-case basis, in assessing the overall fairness of proceedings, of the whole range of services specifically associated with legal assistance: discussion of the case, organisation of the defence, collection of exculpatory evidence, preparation for questioning, support for an accused in distress, and verification of the conditions of detention*»; C. eur., 16.2.2021, *V.C.L. e A.N. c. Regno Unito*, § 195; C. eur., 9.11.2018, *Beuze c. Belgio*, § 136, ove si impiega l'espressione «*collection of exculpatory evidence*»; C. eur., 12.5.2017, *Simeonovi c. Bulgaria*, § 112; C. eur., 20.10.2015, *Dvorski c. Croazia*, § 108; C. eur., 9.4.2015, *A.T. c. Lussemburgo*, § 64; C. eur., 31.10.2013, *Bandaletov c. Ucraina*, § 57; C. eur., 12.1.2012, *Trymbach c. Ucraina, Joint Dissenting Opinion of Judges Spielmann, Power-Forde and Buromensky*; C. eur., 27.11.2008, *Salduz c. Turchia, Concurring opinion of judge Zagrebelsky, joined by judges Casadevall and Türmen*: «*The importance of interrogations in the context of criminal procedure is obvious, so that, as the judgment makes clear, the impossibility of being assisted by a lawyer while being questioned amounts, subject to exceptions, to a serious failing with regard to the requirements of a fair trial. But the fairness of proceedings against an accused person in custody also requires that he be able to obtain (and that defence counsel be able to provide) the whole wide range of services specifically associated with legal assistance, including discussion of the case, organisation of the defence, collection of evidence favourable to the accused, preparation for questioning, support to an accused in distress, checking his conditions of detention and so on*»; C. eur., 7.10.2008, *Bogumil c. Portogallo*, § 48. Cfr. E. Cape, J. Hodgson, *The Right to Access to a Lawyer at Police Stations. Making the European Union Directive Work in Practice*, in *New Journal of European Criminal Law* 2014, 468.

⁸⁸ C. Amalfitano, *La terza tappa della tabella di marcia per il rafforzamento dei diritti processuali di indagati o imputati in procedimenti penali: la direttiva 2013/48/UE sul diritto di accesso al difensore*, in *LP* 2014, 21 ss.

controllare e reagire ad atti promossi dall'accusa, piuttosto che a svolgere autonome attività di ricerca.

Le ragioni di tale scelta appaiono agevolmente comprensibili.

Il legislatore dell'Unione è chiamato a individuare un punto di equilibrio tra tradizioni profondamente differenti: accusatoria, inquisitoria e mista. In un contesto così eterogeneo, imporre un obbligo di codificazione dell'"inchiesta privata" – o anche solo esercitare una "spinta gentile" in tale direzione – avrebbe significato incidere in modo sensibile sugli equilibri strutturali dei singoli ordinamenti. Si tratta di una soluzione in linea con la generalizzata sensazione di sfiducia verso l'investigazione della parte privata: come si è avuto modo di osservare, la maggioranza degli ordinamenti non ha codificato una disciplina *ad hoc*, guarda perlopiù con sospetto il suo svolgimento e talvolta giunge financo a considerarla alla stregua di un'ingerenza illegittima nelle indagini condotte dall'accusa⁸⁹. Si può dire, di conseguenza, che in ambito europeo è stata accolta, quantomeno fino ad oggi, una nozione minimale di parità delle armi, compendiata nella possibilità per il patrocinante «*to adopt a constrained active approach to presenting a case by requesting the competent authorities to obtain and/or submit specific evidence*»⁹⁰, escludendo, invece, qualsivoglia riferimento ad attività di "indagine parallela".

Più in generale, del resto, è opinione ampiamente diffusa in letteratura che nel modello *adversary* – imperniato sul principio del contraddittorio nella formazione della prova in sede dibattimentale⁹¹ – l'imputato e il suo difensore rivestano un ruolo "attivo" nell'arco dell'intero *iter* procedimentale, ben potendo, dunque, ricercare prove a discarico; sebbene poi tale prerogativa, come osservato, risulti, a livello prasseologico, spesso compromessa da limiti connessi alla scarsità delle risorse⁹². Un

⁸⁹ V. Costa Ramos, B. Churro, *Report on Portugal*, in *Personal Participation in Criminal Proceedings. A Comparative Study of Participatory Safeguards and in absentia Trials in Europe*, a cura di S. Quattrocchio, S. Ruggeri, Cham 2019, p. 319; T. Wahl, *Fair Trial and Defence Rights*, in *General Principles for a Common Criminal Law Framework in the EU. A guide for legal practitioners*, a cura di A. Lucifora, R. Sicurella, V. Mitsilegas e R. Parizot, Milano 2017, 140.

⁹⁰ M.C. van Wijk, *Cross-Border Evidence Gathering – Equality of Arms Within the EU?*, L'Aia 2017, 268, secondo cui, se l'UE adottasse un concetto più esteso di parità delle armi, comprensivo pure della facoltà di ricerca della prova in capo alla difesa, sarebbero necessarie modifiche significative ai sistemi di giustizia penale di numerosi Stati membri.

⁹¹ G. Conso, voce *Accusa e sistema accusatorio (Diritto processuale penale)*, in *ED* 1958, 336; G. Illuminati, voce *Accusatorio ed inquisitorio (sistema)*, in *EG Treccani* 1988, 2; L. Marafioti, voce *Rito inquisitorio e rito accusatorio*, in *Dizionario di diritto pubblico* 2006, 5360.

⁹² S. Field, A. West, *op. cit.*, 261 s.; J.R. Spencer, *Evidence*, in *European Criminal Procedure*, a cura di M. Delmas-Marty, J.R. Spencer, Cambridge 2002, 626.

processo “di parte” presuppone un’inchiesta “delle parti”⁹³; sicché, l’individuazione e la raccolta delle fonti di conoscenza – preconditione onde garantire l’effettivo esercizio del «diritto alla prova»⁹⁴ – sono prerogative da riconoscersi tanto dell’accusa (pubblica) quanto della difesa (e alle altre parti)⁹⁵. Al contrario, nel modello inquisitorio, il prevenuto è considerato “oggetto” dell’azione investigativa condotta unilateralmente dallo Stato, sicché detta *potestas* è riservata agli organi inquirenti⁹⁶.

Qualora si accolga una dogmatica di questo tipo, non sorprende che l’intervento eurounitario si sia limitato alla fissazione di *standard* minimi comuni volti ad assicurare l’effettività del diritto di difesa nella sua “dimensione primaria”, evitando di addentrarsi nel terreno – ben più controverso – della configurazione di poteri investigativi autonomi in capo al difensore.

Senonché, l’esegesi appena richiamata a sostegno di siffatta scelta appare eccessivamente *tranchant*⁹⁷.

Premesso che, in una prospettiva di più ampio respiro, deve ormai riconoscersi come la distinzione tra sistemi accusatori e sistemi inquisitori abbia ormai perso buona parte della sua ragion d’essere⁹⁸, è ben possibile giustificare la piena compatibilità

⁹³ Sottolineano questo aspetto, tra gli altri, G. Di Chiara, *Le linee prospettive del «difendersi ricercando»: luci e ombre delle «nuove» investigazioni difensive (l. 7-12-2000 n. 397)*, in *LP* 2002, 2; V. Fanchiotti, *L’indagine della difesa negli Stati Uniti d’America*, cit., 430; A. Giarda, *op. cit.*, 9; E. Lorenzetto, *op. cit.*, 5; C. Taormina, *L’investigazione*, Torino 2021, 130 s.; S. Trechsel, *Human Rights in Criminal Proceedings*, Oxford 2005, 227; N. Triggiani, *op. cit.*, 5 s.

⁹⁴ G. Vassalli, *Il diritto alla prova nel processo penale*, in *RIDPP* 1968, 3.

⁹⁵ «By adversary I mean a system of adjudication in which procedural action is controlled by the parties and the adjudicator remains essentially passive. In the fact-finding domain, this implies that the litigants and their counsel decide what facts shall be subject to proof. It further implies that litigants and their counsel are entrusted with seeking evidentiary material, preparing it for use at trial, and presenting it in court»: M. Damaška, *Evidence law adrift*, Londra 1997, 74.

⁹⁶ Tra i molti, Z. Burić, *op. cit.*, 75; E. Cape, Z. Namoradze, *Standards for Effective Criminal Defence*, in *Effective Criminal Defence in Eastern Europe*, a cura di Id., e-book 2012, 75; E. Cape, Z. Namoradze, R. Smith, T. Sronken, *op. cit.*, 44-45; S. Field, A. West, *op. cit.*, 263; J. Hodgson, *The Role of the Criminal Defense Lawyer in an Inquisitorial Procedure*, cit., 142; G. Illuminati, *Modello processuale accusatorio e sovraccarico del sistema giudiziario*, in *Rev. Bras. de Direito Processual Penal* 2018, 538; M. Langer, *From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalisation of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Processes*, in *Harvard International Law Journal* 2004, 45, 1 ss.; A. Pivaty, *op. cit.*, 29; J.R. Spencer, *op. cit.*, 626; F. Trapella, *op. cit.*, 16; N. Triggiani, *op. cit.*, 7-15.

⁹⁷ E del resto, come rilevava P. Nuvolone, *op. cit.*, 134, è spesso vero che «le discussioni sul processo accusatorio e sul processo inquisitorio sono quasi sempre astratte e non risolutive».

⁹⁸ N. Jorg, S. Field, C. Brants, *Are Inquisitorial and Adversarial Systems Converging?*, in *Criminal Justice in Europe: A Comparative Study*, a cura di C. Harding, P. Fennell, N. Jörg e B. Swart, Oxford 1995, 41 ss.; J.R. Spencer, *Introduction*, in *European Criminal Procedure*, cit., 1 ss.; Id., *Adversarial vs Inquisitorial Systems: Is There Still Such a Difference?*, in *The International Journal of Human Rights* 2016, 601 ss. Si vedano, altresì, le considerazioni di G. Illuminati, *Modello processuale accusatorio e sovraccarico del sistema giudiziario*, cit., 541, per il quale «ciò

dell'istituto in esame anche con questi ultimi. Come autorevolmente osservato, «per poter indicare al giudice istruttore o portare a dibattimento elementi di prova utili per l'imputato» – si dice – «è evidentemente necessario ricercarli»⁹⁹. Di più: «risulta chiaro non solo che non è in contrasto, ma che anzi deve ritenersi doveroso da parte del difensore l'esplicazione di un'attività istruttoria per proprio conto»¹⁰⁰.

Se si condivide quanto sopra ¹⁰¹, non sembrano, dunque, esservi ostacoli all'implementazione di un modello europeo di indagini difensive. Ragionando in termini di diritto unionale, nulla vieta che il Parlamento di Bruxelles introduca un quadro giuridico differente e più garantista rispetto a quello previsto nei singoli Stati membri, laddove vi siano ragionevoli giustificazioni. Siffatta esigenza sembra porsi, in maniera particolarmente pressante, nei procedimenti penali transfrontalieri e in quelli di competenza della procura europea, ove la difesa si trova in una posizione di marcato svantaggio rispetto all'accusa.

Siffatto auspicio, tuttavia, non ha trovato fino ad oggi alcuna concretizzazione in sede normativa.

Si ponga mente all'OEI¹⁰².

è dovuto soprattutto alla necessità di dare attuazione alle garanzie del giusto processo prescritte dalle carte costituzionali o dalle convenzioni internazionali sui diritti dell'uomo. Si può osservare come nelle fonti di questo livello ad essere affermati siano i tradizionali diritti della persona di origine illuministica: la coesistenza di tali direttive con un sistema inquisitorio nel senso tradizionale del termine sarebbe inconcepibile, mentre al contrario risultano valorizzati alcuni degli aspetti caratteristici del sistema accusatorio. Resta però il fatto che non è riconoscibile un'opzione precisa a favore dell'uno o dell'altro sistema, dato che le norme in questione appaiono il più delle volte formulate in maniera volutamente generica, aperta ad un'interpretazione adeguatrice, proprio per consentire la loro applicazione a prescindere dal contesto ordinamentale nel quale sono destinate ad operare».

⁹⁹ V. Manzini, *Trattato di diritto processuale penale italiano*, Torino 1968, 553, ove richiama il pensiero di C.J.A. Mittermaier, *Guida all'arte della difesa criminale*, Milano 1858, § 64. In senso adesivo, v. G. Frigo, *I poteri investigativi del difensore*, in *AP* 1996, 170; Id., *Le nuove indagini difensive dal punto di vista del difensore*, in *AA.VV.*, *Le indagini difensive. Legge 7 dicembre 2000, n. 397*, cit., 61; A. Malinverni, *Principi del processo penale*, Torino 1972, 102 s.; e, più di recente, N. Triggiani, *op. cit.*, 9. Come rileva C. Taormina, *op. cit.*, 129, «nessuna difesa rispetto all'attacco del pubblico ministero, anche in momenti prodromici all'esercizio dell'azione, potrà essere impostata senza aver individuato gli elementi da contrapporre alla tesi accusatoria, e, quando del caso, senza aver svolto attività di ricerca utili alla raccolta di altri dati».

¹⁰⁰ G. Foschini, *op. cit.*, 302.

¹⁰¹ Parrebbe concordare con tale lettura pure A. Pivaty, *op. cit.*, 30, secondo la quale «it appears that, irrespective of the legal system, in order to participate effectively in the fact-finding, defence lawyers must have the opportunity both to conduct their own investigation».

¹⁰² P. Spagnolo, *op. cit.*, 89, la quale sottolinea come «la cooperazione giudiziaria, anche nell'ambito dell'Unione europea, è una prerogativa degli Stati, e solo le autorità indicate dai singoli Stati possono direttamente comunicare tra loro». Concorde, E. Lorenzetto, *I diritti della difesa nelle dinamiche dell'ordine europeo di indagine penale*, in *La nuova cooperazione giudiziaria penale. Dalle modifiche al Codice di Procedura Penale all'Ordine europeo di indagine*, a cura di M.R. Marchetti, E. Selvaggi, Milano 2019, 368. *Contra*, però, F. Falato, *La*

L'art. 1, par. 3, della Direttiva 2014/41/UE stabilisce che l'emissione di siffatto provvedimento «può essere richiesta da una persona sottoposta ad indagini o da un imputato, ovvero da un avvocato che agisce per conto di questi ultimi, nel quadro dei diritti della difesa applicabili conformemente al diritto e alla procedura penale nazionale». La formulazione attribuisce al difensore del solo prevenuto un potere sollecitatorio, ma non anche la prerogativa di interloquire direttamente con l'autorità straniera¹⁰³. Ciò significa, dunque, che la legislazione europea non garantisce alla difesa il diritto di richiedere l'emissione di un OEI, ma solo una facoltà, subordinata alla procedura penale nazionale vigente negli Stati membri¹⁰⁴. È evidente come la logica

proporzione innova il tradizionale approccio al tema della prova: luci ed ombre della nuova cultura probatoria promossa dall'ordine europeo di indagine penale, in *www.archiviopenale.it*, 18.1.2018, 37, per la quale il legislatore nazionale «non ha tradotto la disposizione europea ma quando ha previsto in capo alla difesa un potere di richiesta, piuttosto che un potere dispositivo rispetto all'OEI, ha disatteso la necessità che la regola interna fosse parametrata nell'ambito «dei diritti della difesa applicabili conformemente al diritto e alla procedura penale nazionale», generando, in tal modo, una norma in parte costituzionalmente illegittima».

¹⁰³ Accolgono comunque con favore la previsione, T. Alesci, *Le garanzie difensive e il ruolo del difensore nello spazio giudiziario europeo alla luce della direttiva sull'OEI*, in *L'ordine europeo di indagine. Criticità e prospettive*, cit., 105; G. Barrocu, *La cooperazione investigativa in ambito europeo*, cit., 285; R. Belfiore, *The European Investigation Order in Criminal Matters: Developments in Evidence gathering across the EU*, in *European Criminal Law Review*, 2015, 3, 321; M. Caianiello, *La nuova direttiva UE sull'ordine europeo di indagine penale tra mutuo riconoscimento e ammissione reciproca delle prove*, in *PPG* 2015, 7; O. Calavita, *op. cit.*, 203; A. Mangiaracina, *A New and Controversial Scenario in the Gathering of Evidence at the European Level: The Proposal for a Directive on the European Investigation Order*, in *Utrecht Law Review* 2014, 10, 123; M.R. Marchetti, *Prospettive di riforma del Libro XI c.p.p.*, in AA.VV., *Investigazioni e prove transnazionali*, cit., 34; P. Spagnolo, *op. cit.*, 86. Come sottolinea Z. Burić, *op. cit.*, 78, «the Directive regarding the European investigation order [...] is the first instrument which explicitly regulated the ability of the defence to initiate the process of cross-border evidence gathering. However, the Directive did not regulate the issue independently. Rather, it referred to national criminal procedural law by providing that the defence may request the issuing of an EIO "within the framework of applicable defence rights in conformity with national criminal procedure». Ad avviso dell'A., tuttavia, «this provision leaves in force the difference in the position of the defence and the prosecution in transnational evidence gathering».

¹⁰⁴ Si noti che pure la normativa italiana di recepimento si è allineata a questa visione: l'art. 31 del d.lgs. 21.6.2017, n. 108 prevede che «il difensore della persona sottoposta alle indagini, dell'imputato, della persona per la quale è proposta l'applicazione di una misura di prevenzione possa rivolgere istanza al pubblico ministero o al giudice affinché questi emettano un ordine d'indagine»: S. Ruggeri, *Audi Alteram Partem in Criminal Proceedings. Towards a Participatory Understanding of Criminal Justice in Europe and Latin America*, Cham 2017, 191. Secondo F. Falato, *op. cit.*, 37, in tal modo «la norma riconosce all'imputato il diritto alla prova – e su questo fronte v'è parità – ma, condizionandone l'esercizio alla volontà (sia pure in termini di controllo) del pubblico ministero, ne pregiudica la effettività». Nondimeno, possono essere individuate talune criticità sotto una duplice prospettiva. Per un verso, sul lato della parità delle parti – in relazione tanto alla direttiva, quanto al d.lgs. 108/2017 – l'esclusione, dal novero dei soggetti legittimati, della vittima-persona offesa, delle altre parti private e dei rispettivi difensori. Epperò, la lacuna può essere parzialmente colmata richiamando le facoltà generali previste agli artt. 90, 121, 367 C.p.p., le quali si compendiano nel diritto di presentare richieste al giudice e al pubblico ministero; richieste che ben possono avere ad oggetto l'emissione di un OEI. Per altro verso, va osservato come, benché il destinatario dell'istanza (pubblico ministero o giudice) sia chiamato a motivare l'eventuale diniego (rispettivamente art. 31, co. 3 e 4 del d.lgs. 108/2017), nulla sia previsto quanto ai parametri cui dovrebbe essere ancorato il vaglio, né all'impugnabilità del provvedimento, quantomeno con riguardo a

sottesa sia riproporre, sebbene in termini parzialmente diversi, la teoria della canalizzazione, la quale postula la necessaria “intercessione” del pubblico ministero o del giudice per lo svolgimento delle investigazioni difensive (in suolo straniero)¹⁰⁵.

Neppure l’istituzione dell’«accusatore continentale»¹⁰⁶ pare aver introdotto novità di sorta quanto al tema che qui si analizza.

Ai sensi dell’art. 41, par. 3, del regolamento 2017/1939/UE, sono attribuiti all’indagato, all’imputato e alle altre persone coinvolte nel procedimento dell’EPPO «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». Come emerge dalla lettura della disposizione, non vi è alcun cenno alla facoltà per il difensore di realizzare, in questo contesto, indagini difensive *ultra fines*¹⁰⁷. Ed è interessante notare come, pure in tale frangente, emerga la più volte richiamata “sistematica della canalizzazione”, emblematicamente rappresentata, in una prospettiva testuale, dal “diritto” del prevenuto (e degli altri soggetti interessati) di rivolgere istanza al procuratore europeo affinché realizzi determinate attività procedurali «per conto della difesa».

Questa scelta minimalista, a ben considerare, si pone in perfetta linea di continuità con l’assetto normativo (del tutto censurabile) delineato dal regolamento istitutivo della procura europea concernente i diritti della difesa. Il legislatore – compiendo una

quello adottato dall’organo d’accusa: G. Barrocu, *La cooperazione investigativa in ambito europeo*, cit., 290; O. Calavita, *op. cit.*, 206; D. Cimadomo, *Ordine europeo di indagine penale e garanzie della difesa. Brevi osservazioni a margine della direttiva 2014/41/UE*, in *L’ordine europeo di indagine. Criticità e prospettive*, cit., 224; F.M. Grifantini, *Ordine europeo di indagine penale e investigazioni difensive*, cit., 6; P. Spagnolo, *op. cit.*, 88. Cfr., però, M. Caianiello, *L’attuazione della direttiva sull’ordine europeo di indagine penale e le sue ricadute nel campo del diritto probatorio*, cit., 2209.

¹⁰⁵ La prima manifestazione della teoria si deve, sul versante italiano, a Cass. 18.8.1992, in *RIDPP* 1993, 1169 ss., con nota di A. Scella, *Questioni controverse in tema di informazioni testimoniali raccolte dalla difesa*, ove la Corte affermò che durante le indagini preliminari, il pubblico ministero non è parte bensì «organo preposto, nell’interesse generale, alla raccolta e al vaglio dei dati positivi e negativi afferenti fatti di possibili rilevanza penale», sicché tutti gli elementi probatori *ivi* raccolti, compresi quelli acquisiti al difensore, devono essere su di lui canalizzati.

¹⁰⁶ Così, riferendosi ad EPPO, M. Panzavolta, *Lo statuto del pubblico ministero europeo (ovvero, ologramma di un accusatore continentale)*, in *Profili del processo penale nella Costituzione Europea*, a cura di M. Panzavolta, M.G. Coppetta, Torino 2005, 179 ss.

¹⁰⁷ Lo rilevano, tra gli altri, anche G. Barrocu, *La procura europea*, cit., 149; V. Costa Ramos, *The EPPO and the Equality of Arms Between the Prosecutor and the Defence*, in *New Journal of European Criminal Law* 2023, 54; L. Palmieri, *op. cit.*, 164; L. Pressacco, *Indagini e promovimento dell’azione penale del pubblico ministero europeo*, in *RIDPP* 2021, 1374; L. Tavassi, *Il primo anno di EPPO: appunti per una revisione critica*, in *www.sistemapenale.it* 31.5.2022, 52, 59.

scelta in netta controtendenza rispetto agli interventi *post* Lisbona, improntati alla creazione di uno “spazio di garanzie difensive europee”¹⁰⁸ – si è perlopiù disinteressato di questo argomento, rinviando alla normativa sovranazionale già esistente (art. 41, par. 2) e alle tutele riconosciute dai singoli sistemi nazionali (art. 41, par. 3)¹⁰⁹. Si è, insomma, persa l’occasione per addivenire a una più completa «armonizzazione di ulteriori diritti processuali per gli accusati»¹¹⁰.

Il quadro, così per come finora delineato, desta qualche riserva.

A fronte di un “super-organo” in grado di realizzare indagini nel territorio di più Stati membri, l’assenza di una disciplina che regoli modi e limiti dell’“inchiesta parallela” rischia di produrre effetti pregiudizievoli per i diritti della difesa, perlomeno sotto una duplice prospettiva¹¹¹.

Per un verso, accresce il divario tra le parti, in termini di parità delle armi. A nulla varrebbe, onde superare tale *deficit*, il richiamo all’art. 5, co. 4, del regolamento, ove si prevede che l’EPPO debba svolgere «le indagini in maniera imparziale e raccoglie[re] tutte le prove pertinenti, sia a carico che a discarico». È ben vero – come osservato in

¹⁰⁸ Si allude alle sei “direttive di Stoccolma”, per un’analisi complessiva della quali, v., per tutti, J. Della Torre, *Le direttive UE sui diritti fondamentali degli accusati: pregi e difetti del primo “embrione” di un sistema europeo di garanzie difensive*, in *CP* 2018, 1396 ss.

¹⁰⁹ Critici al riguardo, G. Barrocu, *La procura europea*, cit., 148 ss.; N. Canestrini, *Le garanzie per i diritti della difesa nei procedimenti di competenza del pubblico ministero*, in *AA.VV., L’attuazione della procura europea. I nuovi assetti dello spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia*, Trento 2022, 156, per il quale «se è innegabile l’enorme sforzo compiuto dal legislatore europeo di definire la struttura e il funzionamento dell’EPPO come un unico ufficio sovranazionale di pubblica accusa, non pare però di vedere lo stesso sforzo nel creare anche delle garanzie defensionali addizionali rispetto a quelle nazionali»; G. Illuminati, *Protection of Fundamental Rights of the Suspect or Accused in Transnational Proceedings Under the EPPO*, in *The European Public Prosecutor's Office. The Challenges Ahead*, a cura di L. Bachmaier Winter, Cham 2018, 179 ss.; L. Marafioti, *Cooperazione multidisciplinare e protezione degli interessi UE*, in *ANPP* 2019, 545; L. Palmieri, *op. cit.*, 160, secondo cui la scelta di deferire la tutela dei diritti dell’accusato a fonte esterne al regolamento rappresenta «un *escamotage* utilizzato dal legislatore sovranazionale per accreditare nei sistemi tendenzialmente accusatori uno schema procedimentale disposto a sacrificare le garanzie difensive pur di contrastare i reati che ledono gli interessi finanziari dell’Unione»; F. Siracusano, *Procedure di cooperazione giudiziaria e garanzie difensive: lungo la strada, a piccoli passi*, in *www.archiviopenale.it*, 20.12.2016, 11 s.; L. Tavassi, *op. cit.*, 59.

¹¹⁰ J. Della Torre, *op. cit.*, 1424.

¹¹¹ Sullo squilibrio tra accusa e difesa nell’ambito delle indagini di EPPO, v. L. Bachmaier Winter, *Cross-Border Investigations Under the EPPO Proceedings and the Quest for Balance*, in *The European Public Prosecutor's Office. The Challenges Ahead*, cit., 132-135. Di un «pregiudizio ontologico della difesa transnazionale» nel contesto della procura europea ha parlato pure G. Barrocu, *La procura europea*, cit., 151. Cfr., già, E. Amodio, *Diritto di difesa e diritto alla prova nello spazio giudiziario europeo*, in *Il difensore e il pubblico ministero europeo*, a cura di A. Lanzi, F. Ruggieri e L. Camaldo, Padova 2002, 103, per il quale «la nascita di un pubblico ministero europeo [...] finisce per delineare la figura di una sorta di superprocura e quindi pone nel processo l’apparato difensivo in una posizione bisognevole di una maggiore tutela, di un rafforzamento dei poteri, perché diventa più forte l’interlocutore con cui il difensore deve confrontarsi».

dottrina – che una delle possibili *rationes* della disposizione (la cui struttura è assimilabile a quella prevista all’art. 358 C.p.p.) può essere quella di riequilibrare l’asimmetria tra accusa e difesa, attesa l’oggettiva difficoltà – pure in ragione dell’impossibilità per il patrocinante di esercitare poteri di imperio – che quest’ultima incontra nell’attività di reperimento della prova nei procedimenti transnazionali¹¹². La previsione, tuttavia, non è capace di garantire pienezza al “diritto di difendersi investigando”, riproducendo ancora una volta, all’opposto, la logica della “subordinazione”.

Per altro verso, crea ingiustificate disequaglianze tra indagati a seconda dello Stato di appartenenza. Attesa l’eterogeneità a livello normativo dei singoli ordinamenti, ben si intuisce come l’effettività del diritto di difesa e il principio di parità delle armi rischiano di essere compromessi ogniqualvolta le prove siano allocate nel territorio di uno Stato in cui non sono ammesse forme di “inchiesta parallela”¹¹³. Senza considerare, in aggiunta, come, *de iure condito*, l’esperibilità, in concreto, di indagini difensive dipenda dalla scelta del foro competente, la cui corretta individuazione nel contesto della procura europea dà luogo a non poche incertezze¹¹⁴. Il timore, dunque, è quello di lasciare alle autorità inquirenti un potere discrezionale nello scegliere se “concedere” o meno all’indagato la facoltà di essere assistito da un “difensore proattivo”.

4. A seguito dell’analisi sin qui condotta, un dato dovrebbe risultare chiaro: si registra una tensione sempre più evidente tra, da un lato, il progressivo incremento da parte delle istituzioni europee di strumenti a vocazione repressiva e, dall’altro, l’insufficiente dotazione di meccanismi che consentano alla difesa di esercitare funzioni investigative proattive nel contesto transfrontaliero (e nazionale).

Ad onor del vero, occorre ricordare come, in passato, siano stati compiuti tentativi significativi volti a colmare tale divario.

¹¹² S. Allegrezza, *Le misure coercitive nelle «Model Rules for the European Public Prosecutor’s Office»*, in *Processo penale, lingua e Unione europea*, a cura di F. Ruggieri, T. Rafaraci, G. Di Paolo, S. Marcolini e R. Belfiore, Padova 2013, 157 s.; R.E. Kostoris, *Gli organismi centralizzati della cooperazione giudiziaria: la Procura europea*, in *Manuale di procedura penale*, a cura di Id., Milano 2025, 334; L. Pressacco, *Profili ordinamentali del pubblico ministero europeo*, in CP 2018, 4409.

¹¹³ V. Costa Ramos, *op. cit.*, 54; L. Palmieri, *op. cit.*, 164; T. Wahl, *The European Public Prosecutor’s Office and the Fragmentation of Defence Rights*, in *The European Public Prosecutor’s Office at Lunch*, a cura di K. Ligeti, M.J. Antunes e F. Giuffrida, Milano 2020, 98 s.; M.C. van Wijk, *op. cit.*, 262 s.

¹¹⁴ Cfr., per tutti, M. Panzavolta, *Choosing the National Forum in Proceedings Conducted by the EPPO: Who is to Decide?*, in *The European Public Prosecutor’s Office at Lunch*, cit., 59 ss.

Già nei primi anni del XXI secolo, organismi di rappresentanza forense, quali il *Council of Bars and Law Societies of Europe* (CCBE), avevano avanzato proposte organiche per l'istituzione di una sorta di "garante sovranazionale dei diritti della difesa". Più precisamente, il modello noto come *European Criminal Law Ombudsman* – discusso in appositi gruppi di lavoro – mirava a offrire un contrappeso istituzionale all'espansione delle competenze affidate alle autorità inquirenti sovranazionali, ponendo al centro la protezione delle libertà fondamentali della persona indagata o imputata¹¹⁵. Parallelamente, la comunità degli avvocati penalisti europei ha sviluppato strumenti di cooperazione che rappresentano esperienze paradigmatiche di "autodifesa organizzata" nel contesto dell'UE. La piattaforma *web PenalNet* è un esempio significativo: attraverso l'utilizzo di comunicazioni crittografate, identificazione digitale dei professionisti e scambio sicuro di informazioni e documenti, la rete mira a superare i limiti dei canali tradizionali di comunicazione internazionale in materia penale e a costruire una comunità transfrontaliera di difensori consapevoli e (tecnologicamente) attrezzati¹¹⁶.

¹¹⁵ https://www.ccbe.eu/fileadmin/speciality_distribution/public/documents/CRIMINAL_LAW/CRM_Position_papers/EN_CRM_20041208_Proposal-by-the-CCBE-for-the-establishment-of-a-European-Criminal-Law-Ombudsman.pdf. Cfr. F. Salditt, *The European criminal law ombudsman project*, in *ERA Forum* 2006, 7, 277; J. Mitchell, *EU Defence Rights: How the System Can Be Improved*, in *Amicus Curiae* 2012, 89, 11, per il quale «*this position should be occupied by an experienced practising defence lawyer with at least 10 years' experience, not a bureaucrat or an academic. The office should be based in all the EU Member States with the function of giving initial advice to applicants, then either helping the applicant to choose a lawyer to represent them from the national pool, or in certain exceptional cases (or in an emergency) directly instruct a lawyer on his or her behalf, to take steps to remedy the situation*».

¹¹⁶ Maggiori informazioni sono reperibili al seguente indirizzo: <https://interoperable-europe.ec.europa.eu/collection/justice-law-and-security/document/penalnet-secure-e-communication-criminal-law-practice-pn>.

Accanto a tali iniziative, si registrano proposte di carattere più propriamente normativo – ricondotte sotto l’etichetta di “Eurodefensor”¹¹⁷ o “EU defensor”¹¹⁸ – volte all’istituzione di un organismo autonomo e indipendente destinato a intervenire nei procedimenti penali transfrontalieri concernenti l’accertamento di gravi fattispecie criminose. Più in particolare, tali “prototipi” muovono dalla convinzione che la progressiva europeizzazione del procedimento penale determini uno squilibrio complessivo tra accusa e difesa; di conseguenza, al fine di assicurare un adeguato contrappeso, si ritiene necessario individuare un soggetto – finanziato con fondi dell’Unione – deputato principalmente a supportare il difensore nazionale, soprattutto nel corso della fase investigativa.

Tuttavia, questi progetti – sebbene concettualmente stimolanti – non hanno poi trovato alcuna concretizzazione in sede legislativa.

Nondimeno, essi, nella contingenza storica contemporanea, dovrebbero rappresentare il punto di partenza di un percorso ben più strutturato. Si potrebbe, in termini più concreti, proporre di delineare un nuovo organismo, una sorta di “eurodifensore 2.0” – dotato di una struttura multilivello con sede centrale europea e articolazioni nazionali – capace di: a) assistere direttamente il patrocinante locale; b) svolgere attività investigative proprie (analisi di documenti, audizione di testimoni, acquisizione di materiale digitale, etc.) in contesti transnazionali; c) coordinarsi con le

¹¹⁷ Il riferimento è a B. Schünemann, *Grundzüge eines Alternativ-Entwurfs zur europäischer Strafverfolgung*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 2004, 388 ss., e, in lingua italiana, Id., *Un progetto alternativo di giustizia penale europea*, Milano 2007; nonché Id., *Solution Models and Principles Governing the Transnational Evidence-Gathering in the EU*, in *Transnational Evidence and Multicultural Inquiries in Europe. Developments in EU Legislation and New Challenges for Human Rights-Oriented Criminal Investigations in Cross-border*, a cura di S. Ruggieri, Cham 2014, 174. In argomento, v., tra i molti, T. Alesci, *op. cit.*, 113-116; J. Arnold, *Grenzüberschreitende Strafverteidigung in Europa. Praktische Erfahrungen und theoretische Überlegungen anhand von Interviews mit Strafverteidigerinnen und Strafverteidigern*, Berlino 2015, 8 ss.; F. Cagnola, *Le investigazioni della difesa nella prospettiva della istituzione del pubblico ministero europeo*, in *L’istituzione del Procuratore europeo e la tutela penale degli interessi finanziari dell’Unione europea*, a cura di L. Camaldo, Torino 2014, 167 ss.; A. Gualazzi, *Lineamenti europei del diritto di difesa*, in *La circolazione investigativa nello spazio giuridico europeo: strumenti, soggetti, risultati*, cit., 208 ss.; M. Kaiafa-Gbandi, *Harmonisation of Criminal Procedure on the Basis of Common Principles. The EU’s Challenge for Rule-of-Law Transnational Crime Control*, in *The Future of Police and Judicial Cooperation in the European Union*, a cura di C. Fijnaut, J. Ouwerkerk, Leida 2010, 397 ss.

¹¹⁸ Si tratta della proposta elaborata da un gruppo di lavoro guidato dal tedesco Wolfgang, il cui obiettivo era quello di creare una “rete europea dei difensori” capace di assistere i cittadini in ogni Stato dell’Unione: J. Vogel, *Licht und Schatten im Alternativ-Entwurf Europa’sche Strafverfolgung*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 2004, 415 ss. Cfr. pure le *Risposte al Libro Verde sulla ricerca delle prove in materia penale tra Stati Membri e sulla garanzia della loro ammissibilità*, Bruxelles, 11.11.2009, COM (2009) 624, fornite dal Centro Studi di Diritto Penale Europeo dell’Università degli Studi dell’Insubria, Facoltà di Giurisprudenza, coordinato dalla Prof.ssa Francesca Ruggieri.

autorità pubbliche senza sostituirsi ad esse, garantendo il rispetto della sovranità nazionale e dei limiti di coercibilità.

La creazione di siffatta figura, a ben riflettere, potrebbe avere un impatto positivo su più livelli.

Da un lato, rafforzerebbe l'efficacia della difesa nei procedimenti *extra moenia* e in quelli di competenza dell'EPPO (previa, ovviamente, modifica normativa *ad hoc*).

Dall'altro, assumerebbe una "funzione armonizzatrice", favorendo la progressiva introduzione e il consolidamento di una disciplina uniforme in un numero crescente di Stati membri.

A sostegno di quanto precede, va sottolineato come l'analisi comparata non abbia evidenziato ostacoli sostanziali all'adozione di una disciplina di tal fatta. Nella maggioranza degli ordinamenti esaminati – lo si è visto – non si rinvencono divieti espliciti allo svolgimento di attività investigativa da parte della difesa; anzi, una corretta valorizzazione dei canoni convenzionali e costituzionali già pare legittimare, quantomeno in via interpretativa, un coinvolgimento proattivo dell'avvocato nella fase previa.

Per concludere: il percorso verso una piena affermazione di un "*right of the defence to investigate the case*" di matrice europea non è certo agevole, ma è l'unico in grado di tradurre la parità delle armi da mero principio a concreto presidio del *fair trial*