

RIFLESSIONI MINIME SU DIRITTI DELL'ACCUSATO E COOPERAZIONE GIUDIZIARIA EUROPEA A QUASI UN VENTENNIO DA STOCOLMA

di Fabio Nicolichia
(*Ricercatore in Diritto processuale penale,
Università di Ferrara*)

Lo scritto si sofferma sul difficile rapporto tra cooperazione giudiziaria e diritti procedurali minimi. All'esito della disamina dedicata ad alcune linee di tendenza esistenti in materia l'Autore evidenzia i rischi legati ad una promozione delle garanzie unicamente concepita come funzionale all'efficacia degli strumenti di cooperazione.

This paper examines the relationship between judicial cooperation and procedural rights. Based on the findings of this analysis, the author highlights the drawbacks and risks associated with promoting safeguards solely as a means to ensure the effectiveness of cooperation mechanisms

Unione europea, cooperazione giudiziaria, direttive di Stoccolma
European Union, Judicial Cooperation, Stockholm Directives

Sommario: 1. Tutta l'Europa è paese. – 2. Efficienza della cooperazione e tutela dei diritti fondamentali: un *lapsus* della Corte di giustizia. – 3. La diffusione di applicativi gestionali e l'impatto sulle prerogative processuali. – 4. Indagini *ultra fines* e parità delle armi nello Spazio giudiziario europeo. – 5. "Nuove" frontiere della cooperazione: gli strumenti dedicati alla fase esecutiva. – 6. La valenza strategica dei diritti.

1. L'approvazione di una tabella di marcia per il rafforzamento dei diritti procedurali di indagati o imputati nei procedimenti penali ha indubbiamente segnato un punto di svolta nelle politiche dell'Unione in materia di cooperazione giudiziaria. Il passaggio palesò infatti, almeno sulla carta, un'acquisita consapevolezza da parte delle istituzioni sovranazionali circa la necessità di fissare uno *standard* minimo di garanzie da assicurare in quella cornice¹, anche se, invero, per lo più indotta da una esigenza "utilitaristica" volta a preservare la fiducia reciproca tra Stati sulla quale si fonda il principio di mutuo riconoscimento.

A quasi un ventennio di distanza da quella promettente stagione si sono ormai

¹ Per un'analisi dei mutamenti che hanno interessato le politiche dell'Unione a seguito del Trattato di Lisbona e del c.d. Programma di Stoccolma, M. Caianiello, *Dal terzo pilastro ai nuovi strumenti: diritti fondamentali, "road map" e l'impatto delle nuove direttive*, in AA.VV., *I nuovi orizzonti della giustizia penale europea*, Milano 2015, 97 ss.

delineati alcuni esiti del percorso intrapreso ed emergono con sufficiente nitidezza le tendenze di sistema che hanno sin qui caratterizzato le posture del legislatore e della giurisprudenza dell'Unione; è da questo panorama che è dunque necessario partire per identificare le criticità ancora esistenti e le più importanti sfide che si profilano all'orizzonte.

In effetti, il cammino verso il consolidamento delle garanzie dell'individuo nel contesto dei meccanismi di cooperazione sembra ancora lungi dal potersi dire giunto a compimento: se da un lato i mutamenti nel tempo intervenuti hanno prodotto alcuni risultati apprezzabili – si pensi su tutti agli orientamenti della Corte di giustizia che prescrivono il rifiuto dell'assistenza al cospetto del rischio di violazioni dei diritti fondamentali della persona², da ultimo espressamente positivizzati anche nella disciplina di alcuni prodotti normativi di genesi più recente³ – dall'altro lato si rinvencono ancora esegesi giurisprudenziali e assetti normativi non sempre coerenti con la premessa rappresentata dalla necessità di una adeguata promozione delle prerogative processuali.

Vedremo meglio nel prosieguo le ragioni alla base di questa diagnosi in chiaroscuro, ma c'è una prima considerazione che possiamo già sviluppare in questo stadio preliminare della nostra analisi: l'antitesi tra un'efficienza declinata in senso puramente statistico-manageriale e gli spazi riconosciuti ai diritti non rappresenta infatti a ben vedere una caratteristica esclusiva del contesto della procedura penale europea, ma il conflitto evocato costituisce oggi un *topos* ricorrente anche sul versante eminentemente nazionale⁴. Questo tendenziale allineamento testimonia allora se non altro l'esistenza di un terreno di confronto (o scontro) caratterizzato da una sintassi ormai in buona parte condivisa tra i due sistemi, pur alla luce delle loro perduranti e forse irriducibili differenze di approccio. Se in passato le questioni afferenti alla procedura penale europea rappresentavano insomma temi retti da

² C.G.U.E, Aranyosi e Căldăraru, C-404/15, 24.7.2015; nonché C.G.U.E, Celmer, C-216/18, 25.7.2019.

³ Il riferimento va qui al motivo di rifiuto di cui all'art. 11 lett. f della direttiva 2014/41/UE in materia di ordine europeo di indagine penale, su cui cfr. I. Armada, *The European Investigation Order and the Lack of European Standards for Gatherin Evidence*, in *New Journ. Eur. Crim Law* 2015, 25 ss.

⁴ Con buona probabilità ciò si deve in misura rilevante proprio alla contaminazione delle categorie dogmatiche domestiche con logiche di derivazione europea, tendenza consacrata dalle ultime riforme, inclini a sposare una «logica economica del rendimento, del risultato, dei flussi degli affari penali sotto la pressione del numero, delle prestazioni organizzative, delle statistiche». Così D. Negri, *Il processo penale liberale nella postmodernità. Anacronismo o costante attualità di un ideale?*, in *Discrimen*, 4.12.2025, 11. In tema, tra gli altri e con accenti simili, O. Mazza, *Il processo che verrà: dal cognitivismo garantista al decisionismo efficientista*, in *AP (web)* 2022/2, 1 ss. Per una ricostruzione meno critica, M. Gialuz-J. Della Torre, *Giustizia per nessuno. L'inefficienza del sistema penale italiano tra crisi cronica e riforma Cartabia*, Torino 2022, 16 ss.

logiche e schemi appannaggio di quel contesto, affatto differenti da quelli invalsi in sede interna, risulta attualmente più agevole per l'interprete nazionale comprendere e contestualizzare le insidie che si celano dietro alla tensione tra efficienza e garanzie anche al di fuori dei confini statali.

2. Il primo filone con cui è necessario misurarsi è quello più trasversale, connesso ai limiti all'operatività della cooperazione indotti dal sospetto di un *vulnus* ai crismi del giusto processo. È proprio in questo settore che si sono del resto storicamente registrate alcune tra le affermazioni giurisprudenziali più problematiche⁵, le quali hanno poi nel tempo stimolato lo sviluppo di condivisibili principi di garanzia facendo a loro volta preludio ad innovazioni strutturali tradotte anche sul piano normativo, come già ricordato in apertura⁶.

Il panorama interpretativo in questa materia si è ormai assestato sull'affermazione di principio per cui le protezioni riconducibili ai regimi propri degli ordinamenti interni non possono ostacolare il funzionamento dei meccanismi di cooperazione, in quanto diversamente opinando verrebbe compromessa la funzionalità del sistema, smentendo così in radice gli stessi presupposti di fondo su cui esso si basa. D'altro canto, rimane ferma la necessità di rispettare *standard* minimi di tutela per come condivisi a livello europeo⁷.

Quest'ultima centrale affermazione, pur formalmente ribadita in una recente decisione della Corte di giustizia in materia di mandato d'arresto europeo, sembra essere stata almeno indirettamente smentita dalla risposta fornita alla questione là scrutinata⁸. Il problema riguardava nello specifico una richiesta di consegna indirizzata dalle autorità belghe a quelle italiane per l'esecuzione di una condanna pronunciata all'esito di un giudizio svoltosi *in absentia*, senza che l'interessata fosse neppure stata assistita da un legale durante la celebrazione del processo a suo carico.

⁵ Si pensi al noto precedente C.G.U.E, Melloni, C-399/11, 26.2.2013, su cui L. Bachmaier Winter, *Dealing with European Legal Diversity at the Luxembourg Court: Melloni and the Limits of European Pluralism*, in *EU Criminal Justice and the Challenges of Diversity*, a cura di R. Colson-S. Field, Cambridge 2016, 160 ss.

⁶ Sugli atti di diritto derivato adottati in forza degli obiettivi fissati dalla c.d. *roadmap* di Stoccolma, A. Klip, *Fair Trial Rights in the European Union: Reconciling Accused and Victims' Rights*, in *EU Criminal Justice. Fundamental Rights, Transnational Proceedings and the European Public Prosecutor's Office*, a cura di T. Rafaraci-R. Belfiore, Cham 2019, 3 ss.; nonché, più di recente, G. Caneschi, *Le direttive dell'Unione europea a tutela dei diritti fondamentali dell'indagato e dell'imputato nel processo penale*, in *Questioni attuali di giustizia penale europea e internazionale*, a cura di L. Camaldo, Torino 2024, 145 ss.

⁷ Questo, in estrema sintesi, il portato essenziale della giurisprudenza citata *supra*, nota n. 2.

⁸ Cfr. C.G.U.E, Anacco, C-504/24, 13.1.2025.

La Cassazione aveva dunque comprensibilmente dubitato della possibilità di dar corso al MAE, interrogando al riguardo la Corte di giustizia mediante apposito rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE, evidenziando in particolare il mancato rispetto delle prescrizioni in tema assistenza difensiva di cui alla direttiva 2013/48/UE.

Il giudice di Lussemburgo ha tuttavia scelto di incentrare il proprio *decisum* sulla natura tassativa dei motivi di possibile rifiuto del riconoscimento del MAE a seguito di procedimenti celebrati *in absentia*, i quali escludono espressamente la facoltà in discorso qualora alla persona sia comunque garantita la possibilità di contestare la decisione accedendo a un nuovo processo dopo la consegna ovvero appellando la sentenza emessa senza la sua partecipazione⁹. A fronte delle rassicurazioni fornite sul punto dall'autorità di emissione, la Corte ha allora escluso qualsiasi facoltà di rifiuto in capo alle autorità italiane richiamando i numerosi precedenti esistenti in materia. In questa maniera il giudice europeo ha dimostrato tuttavia di non aver saputo – o peggio, voluto – cogliere la reale portata del dubbio palesato.

Come già detto, le osservazioni rassegnate dalla Cassazione non attenevano infatti tanto alle condizioni inerenti alla legittimità della condanna emessa senza la presenza dell'imputata, quanto piuttosto all'inosservanza del suo diritto alla difesa tecnica in conformità a quanto stabilito dallo stesso diritto dell'Unione. A questo proposito la Corte di giustizia si limita ad affermare che «un'eventuale non conformità del diritto nazionale dello Stato membro emittente alle disposizioni di una direttiva non può costituire un motivo idoneo a comportare il rifiuto di eseguire il mandato d'arresto europeo»¹⁰.

Proprio in questa sbrigativa conclusione risiede la carica dirompente della pronuncia, che propone in buona sostanza un *distinguo* artificioso tra la mera violazione di atti di diritto derivato dell'Unione e il *vulnus* inferto al contenuto dei diritti fondamentali dell'accusato. I due *standard* finiscono infatti a ben vedere per coincidere allorché vengono in questione le direttive in materia di diritti procedurali minimi, e per quanto rileva nel caso di specie le prescrizioni della direttiva sul diritto al difensore. La Corte tralascia insomma di considerare che la violazione

⁹ Rileva in particolare al riguardo il disposto dell'art. 4 *bis* lett. *d* della decisione quadro 2002/584/GAI, modificata dalla decisione quadro 2009/299/GAI. Si manifesta così una certa "simpatia" rispetto a rimedi restitutori che potrebbero tuttavia non sempre dimostrarsi adeguati a controbilanciare il *deficit* partecipativo da cui è affetta la decisione resa senza la presenza dell'accusato. Lo rileva, proprio con riferimento al caso di specie, S. Quattrocchio, *Su MAE e diritti fondamentali ritorna in auge Melloni la Corte di giustizia segna ancora una volta la vecchia strada, che la Cassazione è costretta a seguire...*, in www.la-legislazione-penale.eu, 18.7.2025, 6.

¹⁰ In questi termini il punto n. 55 della decisione in oggetto.

denunciata dal giudice nazionale non riguardava una direttiva *qualsiasi*, bensì un testo appositamente incaricato di sancire la soglia minimale di salvaguardia dei diritti processuali uniformemente condivisa a livello eurounitario al fine di assicurare la *fairness* del rito, in conformità al disposto dell'art. 6 TUE¹¹.

Trincerandosi dietro alla necessità di dar corso alla consegna pur al cospetto di una potenziale inosservanza di quella fonte la Corte ha di fatto finito per rinnegare i principi affermati dalla sua stessa giurisprudenza rispetto ai limiti alla cooperazione indotti da esigenze di tutela dei diritti fondamentali.

Risulta allora a ben vedere secondario interrogarsi circa l'effettiva sussistenza di una trasgressione dello *standard* delineato dalle disposizioni della direttiva 2013/48/UE in conseguenza della procedura celebrata nello Stato dell'autorità di emissione del MAE; quel che più rileva ai nostri fini, infatti, è semplicemente il netto rifiuto opposto dai giudici nel valutare la possibilità per lo Stato di esecuzione di non dare corso alla consegna alla luce del sospetto di una potenziale violazione delle tutele fondamentali affermate a livello sovranazionale e non già soltanto domestico, il che segna un apparente punto di rottura rispetto ai precedenti approdi.

Spicca più in generale sul piano del metodo la lettura formalista dei giudici del Kirchberg nel momento in cui scelgono di basare il loro responso su di un'esegesi testuale delle fattispecie di rifiuto contemplate dall'art. 4 *bis* della decisione quadro in materia di MAE, senza estendere il loro sindacato alle criticità in tema di assistenza difensiva pur rappresentate nell'ordinanza di rinvio, prediligendo così un'impostazione assai lontana dall'apprezzamento di *overall fairness* normalmente adoperato dagli organi di giustizia europei¹². L'atteggiamento di radicale chiusura serbato appare peraltro molto simile a quello in passato riservato alle proposte interpretative sviluppate attraverso referenti estrapolati dal diritto nazionale¹³, facendo sorgere inevitabilmente il sospetto che dietro a quelle letture non vi fosse solo il

¹¹ Esplicito in tal senso il considerando n. 12 della direttiva 2013/48/UE, allorquando afferma che essa «stabilisce norme minime relative al diritto di avvalersi di un difensore nei procedimenti penali e nei procedimenti di esecuzione del mandato d'arresto europeo ai sensi della decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio, del 13.6.2002, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri («procedimenti di esecuzione del mandato d'arresto europeo»), al diritto di informare un terzo al momento della privazione della libertà personale e al diritto delle persone private della libertà personale di comunicare con terzi e con le autorità consolari. In tal modo, la direttiva promuove l'applicazione della Carta, in particolare gli articoli 4, 6, 7, 47 e 48».

¹² Cfr., con particolare riguardo alle tecniche decisorie del giudice di Strasburgo, G. Di Chiara, *Fair Trial e «giusto processo» italiano*, in *I principi europei del processo penale*, a cura di A. Gaito, Roma 2016, 84.

¹³ Sebbene estraneo al settore della cooperazione giudiziaria tra Stati, è pertinente il rinvio alla nota vicenda decisa in prima battuta da C.G.U.E, Taricco, C-105/14, 8.9.2015.

condivisibile intento di preservare le logiche sottese al mutuo riconoscimento messe a repentaglio dal ricorso a regole e principi di derivazione esclusivamente domestica, ma si celasse anche una più generale *forma mentis* strutturalmente ostile a qualsivoglia ostacolo in grado di ridimensionare gli effetti della cooperazione.

3. Il difficile bilanciamento tra prerogative dell'accusato ed efficacia dei meccanismi della cooperazione è attualmente sottoposto a nuove sollecitazioni in occasione del ricorso a strumenti risalenti e ben rodati, come nel caso delle attività demandate alle squadre investigative comuni di cui alla decisione quadro 2002/465/GAI¹⁴. Più in particolare rilevano al riguardo alcune recenti innovazioni che non attengono tanto al funzionamento dell'istituto in sé considerato, quanto piuttosto al versante organizzativo-gestionale dell'attività delle squadre.

La funzionalità delle indagini, tanto più se sviluppate in una dimensione transfrontaliera, si può evidentemente giovare di una architettura di condivisione e memorizzazione informatica a disposizione degli attori coinvolti, ed il regolamento 2023/969/UE aveva dunque a suo tempo previsto l'istituzione di una piattaforma di collaborazione volta ad agevolare gli scambi e le comunicazioni tra i membri delle squadre; la decisione di esecuzione 2025/1274 emanata dalla Commissione ha da ultimo dettagliato le specifiche tecniche di questa piattaforma.

Le previsioni contenute nell'atto appena richiamato disciplinano dunque piuttosto analiticamente le varie caratteristiche dell'applicativo a disposizione delle SIC attraverso un lessico specialistico non facilmente intelligibile al giurista. Nondimeno, l'adozione di quel testo fornisce l'occasione per alcuni rilievi dedicati più in generale alle implicazioni discendenti dal ruolo e dalla rilevanza attualmente assunti dalle infrastrutture tecnico-gestionali nell'ambito del settore processuale. L'importanza nel tempo guadagnata da questi ritrovati nella dinamica del rito sembra infatti assumere i contorni di un fenomeno riconducibile ad una vera e propria torsione algoritmico-organizzativa del processo.

A riprova di quanto si andava dicendo all'esordio circa la convergenza dei temi riscontrabile a livello interno e sovranazionale, esattamente come nel caso della recente decisione sopra richiamata, anche in ambito domestico è infatti sempre più frequente imbattersi in regolamentazioni volte a disciplinare le funzioni di sistemi e

¹⁴ In tema, L. Pulito, *Le squadre investigative comuni. Prodromi, retrospettive, avanguardie*, Bari 2023; V. Vasta, *Le squadre investigative comuni*, in *Questioni attuali di giustizia penale europea e internazionale*, cit., 181 ss.

protocolli informatici fruibili durante l'accertamento al fine di perfezionare vari incombenzi processuali¹⁵. A fronte di ciò sarebbe dunque necessario avere ben presenti i risvolti delle scelte operate in quelle sedi apparentemente periferiche sull'effettività dei diritti attribuiti ai protagonisti del rito, rifuggendo un approccio miope incline a "derubricare" l'oggetto di quegli interventi ad aspetti secondari, concependoli come dotati di rilievo esclusivamente sul piano burocratico-organizzativo. La tendenza segnalata è in effetti particolarmente insidiosa in quanto astrattamente capace di incidere subdolamente sugli spazi in concreto riconosciuti a categorie e principi che rischiano di rimanere schiacciati da previsioni operative solo in apparenza dotate di un'incidenza trascurabile sul piano delle garanzie.

Tuttavia una appropriata consapevolezza dell'importanza dei valori in gioco non sembra ancora entrata a far parte del patrimonio concettuale né del legislatore nazionale¹⁶, né – per quanto qui più rileva – delle istituzioni europee, come emblematicamente dimostrato appunto dal tenore della normativa relativa all'istituzione della piattaforma di collaborazione delle SIC.

Basti dire che né in quella sede né altrove ci si è premurati di chiarire esattamente le modalità di impiego e gli usi consentiti dell'ambiente informatico in questione, limitandosi ad elencare in maniera piuttosto generica le finalità dello strumento¹⁷.

Vengono del tutto pretermesse questioni di capitale importanza, legate *in primis* agli spazi da riservare alle facoltà partecipative della persona coinvolta nelle operazioni condotte dalla squadra. Si pensi ad esempio ad un aspetto cruciale come quello relativo all'estensione dei supporti che saranno conoscibili al momento della *disclosure* degli atti dell'inchiesta: le ultime regolamentazioni non chiariscono infatti se ed

¹⁵ Basti pensare agli applicativi tecnici oggi in uso coinvolti nella gestione telematica degli adempimenti processuali già a partire dalla fase delle indagini, su cui B. Galgani, *Forme e garanzie nel prisma dell'innovazione tecnologica. Alla ricerca di un processo penale "virtuoso"*, Milano 2022, 136 ss.

¹⁶ Lo si evince anche dalla collocazione "periferica" delle regole deputate a fissare le modalità di funzionamento degli strumenti in questione, sovente relegate in previsioni di rango secondario. Per più approfonditi rilievi, L. Tavassi, *Le disfunzioni del processo telematico*, in *Le riforme del processo penale. Problemi operativi da Cartabia a Nordio*, a cura di A. Gaito-O. Mazza, Milano 2025, 431 ss.

¹⁷ Rileva in tal senso l'art. 5 del Regolamento 2023/969/UE, là dove si prevede che «la finalità della piattaforma di collaborazione per le SIC è facilitare: a) il coordinamento e la gestione di una SIC, tramite una serie di funzioni che forniscono supporto alle procedure amministrative e finanziarie all'interno della SIC; b) lo scambio rapido e sicuro e la conservazione temporanea di dati operativi, compresi file di grandi dimensioni, tramite una funzione di caricamento e scaricamento; c) la sicurezza delle comunicazioni, tramite una funzione che comprende messaggistica istantanea, chat, conferenze audio e conferenze video; d) la tracciabilità degli scambi di prove, tramite un meccanismo avanzato di registrazione e tracciamento che consente di seguire tutte le prove scambiate e il relativo accesso e trattamento tramite la piattaforma di collaborazione per le SIC; e) la valutazione della SIC, tramite uno specifico processo di valutazione collaborativo».

eventualmente in che misura alla difesa sarà garantito l'accesso – magari anche ad essa per via informatica – al materiale condiviso attraverso l'apposita piattaforma.

Nulla si dice poi sul versante delle sanzioni processuali all'occorrenza riferibili a contributi veicolati senza l'osservanza degli *standard* tecnici espressamente prefissati, ed è quindi facilmente prevedibile che gli orientamenti interpretativi che si formeranno al riguardo ribadiranno la superfluità di un compiuto accertamento del rispetto delle pertinenti procedure ai fini della spendibilità degli elementi scambiati tra il *team* investigativo.

Se l'intuizione è corretta, l'intento in astratto commendevole di dettagliare le modalità di condivisione adoperate dagli attori della cooperazione rischia allora di incentivare orientamenti scarsamente sensibili alle esigenze conoscitive della difesa, palesando ancora una volta un'attenzione esclusivamente dedicata alla funzionalità dell'investigazione transfrontaliera.

4. Vi sono ulteriori settori, meno all'avanguardia, in cui una certa insoddisfazione per la considerazione riservata alle facoltà della difesa pure deriva da un prolungato disinteresse da parte degli attori delle politiche europee. È questo quanto si verifica più in particolare con riferimento ai canali di raccolta probatoria transfrontaliera a disposizione del difensore; se infatti la possibilità di procurarsi elementi utili alla difesa viene espressamente riconosciuta in ambito prettamente interno mediante l'istituto delle investigazioni difensive¹⁸, una analoga facoltà ancora stenta ad affermarsi nello spazio giudiziario europeo.

Ciò si deve con ogni probabilità al fatto per cui la necessità di assicurare un accesso tendenzialmente paritario alle fonti conoscitive al fine di garantire il c.d. diritto a difendersi provando è un portato caratteristico dei sistemi a matrice schiettamente accusatoria, e dunque appannaggio di un modello processuale non così diffuso tra gli Stati del vecchio continente.

D'altra parte, l'erosione dei limiti spaziali riconducibile alle potenzialità delle moderne indagini digitali, che consentono di prescindere dalle barriere fisiche erette dai confini statali, e i corrispondenti poteri riconosciuti alle autorità pubbliche onde

¹⁸ E. Lorenzetto, *Il diritto di difendersi indagando nel sistema processuale penale*, Napoli 2013; S. Lorusso, *Investigazioni difensive*, in *Trattato di Procedura penale*, vol. III, *Indagini preliminari e udienza preliminare*, a cura di G. Garuti, Torino 2009, 477 ss.; N. Triggiani, *Le investigazioni difensive*, Milano 2002. Già in passato l'art. 38 NAttCp riconosceva al difensore la «facoltà di svolgere indagini per ricercare e individuare elementi di prova a favore del proprio assistito».

assicurare la funzionalità dell'inchiesta in questo mutato contesto, rendono la disparità di trattamento evidenziata ancor più intollerabile.

Sta però di fatto che anche i meccanismi più recenti ed evoluti continuano a replicare schemi desueti ereditati dal vecchio sistema rogatorio, in cui l'unica possibilità concessa alla difesa per ottenere l'acquisizione di elementi di prova localizzati all'estero consiste nell'interlocazione mediata dagli organismi pubblici. La direttiva 2014/41/UE si limita dunque a riconoscere all'art. 1 § 3 la legittimazione della persona sottoposta alle indagini o imputata, se del caso per il tramite del difensore, a richiedere l'emissione di un OEI «conformemente al diritto e alla procedura penale nazionale». Il legislatore italiano ha così recepito quella previsione sancendo appunto la mera facoltà di domandare «al pubblico ministero o al giudice che procede l'emissione di un ordine d'indagine»¹⁹, escludendo qualsiasi titolarità autonoma della difesa nell'impulso alla raccolta transfrontaliera. All'art. 41 § 3 del regolamento 2017/1939/UE, per quanto concerne le indagini condotte dall'EPPO, si dispone poi del pari che «l'imputato e le altre persone coinvolte nel procedimento dell'EPPO» possano di nuovo rivolgersi al pubblico ministero europeo al fine di ottenere l'acquisizione di determinati elementi²⁰.

La disparità di trattamento evocata si rafforza alla luce delle cadenze attualmente assunte dalla cooperazione. Da un lato lo sviluppo del processo di integrazione europea e il consolidamento della reciproca fiducia tra gli Stati membri hanno infatti nel tempo consentito di snellire significativamente le formalità necessarie per il trasferimento e lo scambio degli elementi di prova, come da ultimo emblematicamente dimostrato dall'omessa previsione di un controllo giurisdizionale preventivo nello Stato di esecuzione ai fini dell'acquisizione di prove digitali detenute all'estero in base a quanto previsto nel c.d. regolamento *e-evidence*²¹; dall'altro lato, a questa tendenza non immune da rischi per i diritti fondamentali²² non corrisponde alcuna significativa

¹⁹ O. Calavita, *L'ordine europeo di indagine penale. Presente e futuro della cooperazione probatoria nell'unione europea*, Milano 2024, 203; F.M. Grifantini, *Ordine europeo di indagine penale e investigazioni difensive*, in *PPG* 2016, 6; 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;

²⁰ G. Barrocu, *La procura europea. Dalla legislazione sovranazionale al coordinamento interno*, Padova 2021, 149.

²¹ Si veda in particolare il combinato disposto degli artt. 7 e 8 del 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.

²² A questo proposito sembra significativo osservare che la nuova fisionomia acquisitiva ha immediatamente agevolato tentativi di ridimensionamento dell'intensità delle garanzie stabilite a livello interno, paradossalmente proprio a seguito di precedenti sollecitazioni sovranazionali. Emblematico quanto verificatosi in occasione del

apertura sul versante degli spazi partecipativi della difesa.

Gli effetti di questa evoluzione “a doppia velocità” – sensibile alle esigenze cognitive degli organi dell’indagine ma sostanzialmente disinteressata a quelle della difesa – per quanto in sé preoccupanti, potrebbero invero essere significativamente mitigati dalla già evocata fisionomia delle moderne tecniche investigative: la digitalizzazione dei mezzi di ricerca della prova faciliterebbe infatti in linea di principio l’accesso a informazioni utili all’accertamento consentendo spesso di prescindere dalla collaborazione attiva delle autorità della giurisdizione in cui essi sono localizzati, rendendoli così accessibili anche in assenza di un canale acquisitivo istituzionale appositamente predisposto.

La “partita” potrebbe allora prevedibilmente traslare dal piano della materiale disponibilità delle informazioni detenute oltre confine a quello della spendibilità processuale del materiale comunque autonomamente ottenuto dalla difesa.

A questo proposito la giurisprudenza nazionale continua a esibire posture rigorose, inclini a desumere un generale divieto che interessa il compimento di attività investigative *ultra fines* per il difensore che non abbia attivato l’apposita procedura rogatoria, da cui discenderebbe altresì l’inutilizzabilità di quanto illegittimamente acquisito²³. La conclusione non pare ineccepibile nel momento in cui individua una difformità dal modello legale semplicemente in forza dell’omesso ricorso ad un meccanismo – appunto quello della rogatoria – che non viene però mai qualificato alla stregua di canale esclusivo di approvvigionamento di elementi di prova situati all’estero²⁴.

A prescindere da ciò, quello che però ancora una volta colpisce anche sul fronte interno è l’approccio marcatamente differente che viene riservato al problema della spendibilità processuale delle fonti ottenute oltreconfine a seconda della provenienza pubblica o privata del dato: alla perentoria chiusura nei riguardi dell’impiego delle

recente rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia da parte di un giudice italiano diretto a sollecitare l’abolizione del controllo giurisdizionale previsto dall’art. 132 del d.lgs. 30.6.2003, n. 196 per l’acquisizione dei dati esteriori delle comunicazioni. Sulla vicenda, volendo, F. Nicolichia, *Per rotte in parte inesplorate verso approdi prevedibili. Ancora un rinvio pregiudiziale del giudice italiano sul nuovo art. 132 “codice privacy”*, in *Ind. pen. online*, 5.5.2026.

²³ Per un esempio, si veda Cass., 29.5.2007, n. 23967, in *GI*, 2008, 496, secondo cui «in base ai principi generali del codice di rito, l’unica forma per la raccolta della prova all’estero è la rogatoria, con la conseguenza che il difensore non è direttamente abilitato ad esperire le indagini ex art. 391 bis c.p.p., ma deve rivolgersi all’autorità giudiziaria italiana affinché questa attivi una domanda di assistenza giudiziaria internazionale».

²⁴ Peraltro la giurisprudenza è incline ad ammettere l’esperienza di attività indagine da parte di chi non rivesta la formale qualifica di difensore, come nel caso dell’investigatore privato che non risulterebbe assoggettato alle formalità del codice di rito. Cfr. sul punto Cass., 31.1.2020, n. 4152, in *PPG*, 2020, 1073 ss., con nota di M.T. Vita, *Elementi probatori acquisiti dal privato in territorio straniero*.

risultanze di indagini difensive si accompagnano infatti orientamenti e prassi ben più disinvolte allorché si tratta di supporti ottenuti e introdotti nell'accertamento dalla parte pubblica, i quali non solo sono perfettamente utilizzabili anche in assenza di un vaglio approfondito circa la legalità del procedimento di raccolta del dato, ma godono altresì di una presunzione di legittimità dell'acquisizione²⁵.

In quest'ottica le proposte dirette all'istituzione di un c.d. "eurodifensore"²⁶ difficilmente potrebbero spingersi al di là del pur rilevante obiettivo di assicurare una facilitazione nell'accesso alle fonti di potenziale interesse per la difesa, senza quindi riuscire nella specie ad incidere sulle criticità da ultimo segnalate, legate ai limiti all'utilizzabilità che scaturiscono dagli orientamenti della giurisprudenza interna. Del resto, è ben nota l'affermazione per cui le questioni attinenti all'utilizzabilità delle prove e alla loro valutazione ricadono nel monopolio interpretativo delle autorità domestiche²⁷.

D'altro canto l'istituzione di appositi canali di approvvigionamento a beneficio della difesa, oltre a chiarire le formalità acquisitive da osservare al fine di garantire la genuinità delle notizie ottenute nel rispetto della sovranità dello Stato di esecuzione della raccolta, potrebbe influire sulle cadenze interpretative della giurisprudenza, contribuendo a creare le condizioni per una effettiva parità delle armi tra le parti processuali nella raccolta di elementi di prova situati all'estero a partire dal frangente acquisitivo e, almeno indirettamente, anche in quello oggi cruciale dell'impiego processuale del materiale ottenuto oltreconfine.

5. Bisogna da ultimo dare atto di tendenze almeno in astratto più promettenti, in

²⁵ Questo in particolare l'orientamento della Cassazione palesato anche nell'ambito della vicenda relativa all'acquisizione delle *chat* criptate da parte delle autorità francesi trattata dalla C.G.U.E nella causa C-670/22, 30.4.2024, M.N. (Encrochat). Nello specifico, secondo un'impostazione consolidata ribadita da Cass., 3.12.2024, n. 44047, in *PPG*, 2025, 775 ss., con nota di O. Calavita, *Criptofonini e ordine europeo di indagine penale (OEI): ancora zone d'ombra*, «vige la presunzione di legittimità dell'attività svolta e spetta al giudice straniero la verifica della correttezza della procedura e l'eventuale risoluzione di ogni questione relativa alle irregolarità lamentata nella fase delle indagini preliminari».

²⁶ B. Schünemann, *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 Cases*, a cura di S. Ruggeri, Cham 2014, 174.

²⁷ In merito, va comunque registrata la timida apertura verso una fattispecie di inutilizzabilità di matrice europea proprio da parte di C.G.U.E, M.N. (Encrochat), C-670/22, 30.4.2024, , in particolare al § 130 della decisione, che pure ribadisce l'affermazione di principio circa la competenza delle autorità domestiche in materia di regole per la spendibilità processuale degli elementi raccolti.

cui le politiche in materia di cooperazione sembrano almeno in apparenza disposte ad emanciparsi da una visione esclusivamente incentrata su obiettivi di efficientamento repressivo. Rilevano a questo proposito gli strumenti deputati a consentire l'esecuzione di pene detentive e misure limitative della libertà personale al di fuori del territorio dello Stato in cui è stata pronunciata la condanna (decisione quadro 2008/909/GAI), nonché dedicate al mutuo riconoscimento di sentenze e decisioni che applicano la sospensione condizionale della pena ovvero sanzioni sostitutive (decisione quadro 2008/947/GAI)²⁸.

Ci troviamo quindi in ambiti che trascendono la fase della cognizione e che attengono ad un frangente come quello esecutivo in cui si estrinseca tipicamente in maniera assai intensa l'esercizio della sovranità statale; significativa pare dunque la disponibilità degli ordinamenti nazionali a rinunciare ad una "gestione" esclusiva dell'attuazione materiale del prodotto dell'accertamento confezionato in ambito domestico.

D'altro canto l'analisi dei testi normativi in questione restituisce l'immagine di una cooperazione ancora alquanto "timida", caratterizzata da motivi di rifiuto piuttosto estesi, verosimilmente anche in ragione della collocazione temporale piuttosto risalente di queste fonti.

Più in generale emerge dall'impianto della rilevante disciplina una prospettiva duplice e per certi versi speculare: accanto ad un "diritto" al trasferimento maturato sulla scorta delle previsioni che ammettono la possibilità di eseguire la pena in uno Stato diverso da quello in cui è stata pronunciata la condanna, talune disposizioni sembrano invece ispirate dalla necessità di imbastire protezioni rispetto a trasferimenti che verrebbero invece subiti dal condannato.

Proprio quest'ultima dimensione riconducibile a decisioni determinate da esigenze estranee alla condizione personale e alla volontà dell'interessato sembra nel complesso prevalere se si considera che i presupposti di operatività del trasferimento non risultano analiticamente definiti ed appaiono quindi difficilmente collegabili ad una genuina aspettativa di potere accedervi; nello stesso senso rileva l'assenza di previsioni chiare anche in merito alla titolarità del potere d'impulso della procedura di riconoscimento del titolo prodromica all'esecuzione della pena oltreconfine. In un

²⁸ Su cui, anche con riguardo alla normativa di recepimento interna, A. Martufi-G. Bondi, *L'esecuzione delle sanzioni sostitutive delle misure alternative nell'Unione europea alla luce del d.lgs. 38/2016 di attuazione della decisione quadro 947/2008. Criteri ermeneutici, istituti applicabili e prospettive di riforma*, in www.lalegislazionepenale.eu, 7.6.2023, 1 ss.

simile quadro, a dispetto delle enunciazioni di principio del legislatore UE, non è dunque inverosimile ipotizzare che la scelta di ricorrere a questi modelli di cooperazione venga influenzata in via preponderante da considerazioni legate all'esigenza di fronteggiare endemiche emergenze di sovraffollamento carcerario, piuttosto che relative alla situazione personale del condannato nell'ottica di favorire il suo reinserimento sociale²⁹.

Alla luce dell'ambiguità segnalata sarebbero allora auspicabili scelte più ambiziose, in grado di smentire il sospetto di politiche anche in questo caso guidate in misura prevalente da obiettivi di massimizzazione dell'efficienza dell'apparato punitivo e non da una doverosa promozione dei diritti della persona funzionale a rinsaldare la fiducia reciproca tra Stati.

Quale che sia la filosofia realmente sottesa disciplina in rilievo, essa si dimostra ad ogni modo inadeguata a fronte dell'assenza di adeguati rimedi a disposizione del condannato candidato al trasferimento rispetto ad una decisione che ne dispone l'allontanamento dal territorio nazionale talvolta anche senza il suo consenso. Più in particolare rilevano a tal proposito le previsioni che consentono di prescindere dal consenso all'esecuzione della pena oltreconfine là dove la persona si trovi nel territorio dello Stato poiché vi è fuggita o ritornata «a motivo del procedimento penale», il che obbliga peraltro ad una difficile indagine soggettivistica sulle motivazioni alla base dello spostamento.

Il consenso eventualmente prestato è altresì dotato di effetti assai significativi, addirittura in grado di neutralizzare il portato del principio di specialità³⁰, il che di nuovo alimenta il sospetto dell'esistenza di una certa strumentalizzazione della persona da parte di un *corpus* che si dimostra ancora una volta particolarmente sensibile alle esigenze dell'autorità piuttosto che alla tutela dell'individuo.

6. Tirando le fila della sintetica disamina condotta, emerge in maniera trasversale un'attuazione ancora deficitaria delle premesse che avevano a suo tempo animato la promessa garantista di ormai quasi un ventennio orsono. L'attenzione verso i diritti dell'accusato, pur sovente ribadita attraverso reiterate affermazioni di principio negli atti e nelle decisioni degli organi europei, pare insomma ancora lungi dal tradursi in politiche normative e orientamenti esegetici realmente in grado di consolidare un

²⁹ Giunge a conclusioni analoghe con particolare riferimento alla decisione quadro 2008/909/GAI, V. Mitsilegas, *Third Wave of Third Pillar Law: Which Direction for EU Criminal Justice?*, in *European Law Review* 2009, 542.

³⁰ Secondo quanto previsto dall'art. 18 § 2 lett. e della decisione quadro 2008/909/GAI.

quadro di garanzie condiviso senza esitazioni a livello sovranazionale.

Spiace dunque constatare una certa ipocrisia da parte delle istituzioni comunitarie, ancora per lo più preoccupate di assicurare la piena attuazione del principio del mutuo riconoscimento anche a costo di proporre letture riduttive dei diritti quando essi sono in grado di fraporsi alla fruttuosità della cooperazione.

Una simile tendenza risulta particolarmente allarmante non soltanto in ragione dell'ovvia conseguenza legata nell'immediato all'inevitabile ridimensionamento di alcune aspettative di protezione, ma anche nella prospettiva dei possibili sviluppi che potrebbero interessare in futuro i meccanismi di cooperazione giudiziaria europea.

Del resto, come già ricordato, l'accettazione di uno *standard* minimo di tutela dei diritti procedurali di indagati e imputati sarebbe pur sempre funzionale «a rafforzare la fiducia degli Stati membri nei reciproci sistemi di giustizia penale e, quindi, a facilitare il riconoscimento reciproco delle decisioni in materia penale»³¹. Ogni battuta d'arresto nel coerente perseguimento dell'obiettivo rischia allora di alimentare un clima di diffidenza tra gli Stati membri, deteriorando a lungo andare la fiducia reciproca alla base del sistema.

I tempi sarebbero forse maturi per abbandonare un'impostazione incline ad una configurazione in chiave antitetica dei rapporti tra garanzie e cooperazione, concependo i due poli alla stregua di un virtuoso binomio simbiotico, in maniera più aderente alle logiche su cui si fonda l'apparato della cooperazione³².

Una prospettiva ancora più ambiziosa, forse addirittura velleitaria se non altro in quanto eccedente i limiti della competenza attualmente attribuita all'UE, suggerirebbe addirittura di arrivare a concepire la promozione dei diritti processuali dell'accusato alla stregua di un'autonoma strategia dell'Unione, concettualmente avulsa da necessità legate al consolidamento della fiducia tra Stati nell'ottica di favorire la cooperazione³³. L'impostazione "tradizionale" ha infatti dato prova di esser troppo "esposta" ai condizionamenti derivanti dalla declinazione in ottica essenzialmente utilitaristica delle iniziative in tema di tutela dei diritti processuali, contribuendo a vincolare le

³¹ Così nella specie il considerando n. 10 della direttiva 2016/343/UE sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali.

³² Propone una lettura di questo tipo L. Bernardini, *Conclusioni*, in *Sfide attuali e tendenze future del diritto processuale penale europeo*, a cura di L. Bernardini-C. De Caro, Torino 2025, 394.

³³ L'art. 82 TFUE istituisce infatti una competenza rispetto ai «diritti della persona nella procedura penale» declinata in senso funzionale, ovverosia sussistente solo «laddove necessario per facilitare il riconoscimento reciproco delle sentenze e delle decisioni giudiziarie e la cooperazione di polizia e giudiziaria nelle materie penali aventi dimensione transnazionale». In argomento, V. Mitsilegas, *EU Criminal Law after Lisbon. Rights, Trust and the Transformation of Justice in Europe*, Oxford 2016, 156.

azioni intraprese al riguardo in termini di sostanziale subalternità rispetto ad un efficientismo repressivo dotato ancora di valenza assorbente.