



**UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DEL MOLISE**

Università degli studi del Molise

Dipartimento Giuridico

Dottorato di Ricerca in Innovazione e Gestione delle Risorse Pubbliche
Scienze giuridiche, organizzative e manageriali

DIRITTO PROCESSUALE PENALE IUS/16 (12/G2)

**Il diritto di “difendersi provando”, le esigenze
di effettività della garanzia in ambito Europeo
e la prospettiva di istituire il difensore
europeo**

Relatore
Chiar.mo Prof.
Agostino De Caro

Candidato
Giacomina Esposito
172601

Coordinatrice
Chiar.ma Prof.ssa
Francesca Di Virgilio

Anno Accademico 2023/2024 (XXXVII ciclo)

Ai miei genitori, ai loro sacrifici e al loro paziente amore;
A mia cugina Rosaria, alla sua costante e mai invadente presenza;
Al Prof. Agostino De Caro, Maestro di diritto ma soprattutto di vita.

Indice

Abbreviazioni	5
Introduzione.....	7
Capitolo I L’evoluzione della cooperazione giudiziaria in materia penale..	12
I.1 L’esigenza di cooperazione e assistenza giudiziaria e di polizia in materia penale.....	12
I.2 L’istituzione dello “spazio di libertà, sicurezza e giustizia”	15
I.2.1 Il Trattato di Maastricht e il terzo pilastro	15
I.2.2 Il tramonto degli scenari classici.....	22
I.2.2.1 La riscrittura del terzo pilastro: il Trattato di Amsterdam	22
I.2.2.2 Le basi del mutuo riconoscimento: il Consiglio Europeo di Tampere e il Trattato di Nizza.....	27
I.2.3 La firma del Trattato di Lisbona	29
I.2.3.1 La protezione dei diritti fondamentali dell’individuo	31
I.2.4 La cooperazione penale nello “Spazio di libertà, sicurezza e giustizia” del nuovo Titolo V TFUE	33
I.2.4.1 L’art. 82 TFUE e il principio del mutuo riconoscimento	34
I.2.4.2 Cenno all’art. 83 TFUE e la tecnica del ravvicinamento delle disposizioni legislative	38
I.3 ART. 85 TFUE: l’istituzione di Eurojust.....	40
I.3.1 La struttura e la funzione di Eurojust.....	41
I.4 OLAF e le sue funzioni investigative	45
I.5 Il principio del reciproco riconoscimento e la prova: dal M.E.R. alla direttiva 2014/41/UE.....	47
I.5.1 Cenni sulla Direttiva sull’ordine europeo di indagine penale 2014/41/UE.....	50

I.5.1.1	Nozione ed emissione dell'OEI	51
I.5.1.2	Riconoscimento ed esecuzione dell'OEI.....	54
I.5.1.3	Utilizzabilità della prova raccolta tramite OEI	56
I.6	Verso una cooperazione parzialmente verticale: l'istituzione della Procura Europea.....	57
I.6.1	Il progetto dall'art. 86 TFUE	57
I.6.2	Cenno sulle peculiarità della Procura Europea.....	60
Capitolo II	Il rafforzamento dei diritti processuali nell'area comunitaria: il <i>vulnus</i> di garanzia del diritto ad una difesa effettiva	65
II.1	Il diritto di difesa nelle Carte Internazionali ed Europee.....	65
II.2	Cenno alle direttive a tutela dei diritti processuali: La “roadmap” del Consiglio GAI del 2009	74
II.2.1	Approfondimento sulla Direttiva 2013/48/UE	80
II.2.1.1	La differente incidenza negli ordinamenti nazionali del recepimento della Direttiva 2013/48/UE.....	84
II.3	Il ruolo del difensore nel sistema dell'Ordine Europeo d'Indagine ..	90
II.4	Il <i>vulnus</i> delle garanzie difensive nell'EPPO.....	94
Capitolo III	L'evoluzione del diritto del “difendersi provando” nel sistema italiano.....	98
III.1	Il diritto di difesa costituzionalmente garantito	98
III.2	Le attività di investigazioni difensive e la disciplina codicistica...	102
III.2.1	L'evoluzione della disciplina dell'investigazioni difensive ...	102
III.2.1.1	La legge 397/2000	106
III.2.2	La norma cardine del nuovo sistema: art. 327 bis c.p.p.	107
III.2.3	Il titolo VI- bis c.p.p.: le misure investigative.....	109
III.2.3.1	Le dichiarazioni e l'assunzione di informazioni da parte del difensore	110

III.2.3.2	Le altre misure investigative	116
III.2.3.3	Potere di segretazione del pubblico ministero.....	119
III.2.3.4	Attività investigativa preventiva.....	120
III.2.3.5	L'utilizzazione delle risultanze investigative.....	121
III.3	La disciplina vigente in Italia per le investigazioni difensive transnazionali nell'area europea	124
III.3.1	Il ruolo del difensore nel recepimento dell'OEI: l'art. 31 del D. Lgs. 108/2017	124
Capitolo IV	Le indagini difensive negli ordinamenti di alcuni Stati membri	127
IV.1	La normativa sulle investigazioni difensive in Germania	127
IV.1.1	Il diritto di difesa nella <i>Deutsches Grundgesetz</i>	127
IV.1.2	Cenni alla struttura del processo penale tedesco	129
IV.1.3	L'assistenza del difensore nel procedimento penale tedesco ..	130
IV.1.4	Il ruolo del difensore nella fase di <i>pre trial</i>	132
IV.2	Le indagini difensive in Spagna	136
IV.2.1	La tutela costituzionale del diritto di difesa	136
IV.2.2	Il diritto di difesa nel sistema giuridico spagnolo.....	138
IV.2.3	Caratteristiche principali del processo penale spagnolo	141
IV.2.4	I limiti dell'attività difensiva nella fase delle indagini.....	143
IV.3	Diritti e poteri della difesa in Francia	145
IV.3.1	Il ruolo dell' " <i>article préliminaire</i> " nell'interpretazione garantista del codice di procedura penale.....	145
IV.3.2	Il sistema processuale francese: le fasi e i poli istruttori.....	148
IV.3.3	Il ruolo del difensore nelle fasi dell' <i>enquête</i> e dell' <i>instruction</i>	150
Capitolo V	Proposte e prospettive europee della difesa.....	153

V.1 Riserve e lacunosità	153
V.2 European Criminal Law Ombudsman	155
V.2.1 Caratteristiche	156
V.2.2 La mancata effettività della proposta	157
V.3 Secondo modello proposto: L' <i>Eurodefense</i>	158
V.3.1 La struttura ed il suo funzionamento.....	159
V.3.2 Le critiche al modello.....	161
V.4 Le Reti Europee come network dei difensori.....	163
V.4.1 Il progetto pilota <i>PenalNet</i>	163
V.4.2 Associazioni Europee dei difensori.....	164
V.4.2.1 European Lawyers' Union	164
V.4.2.2 Council of Bars and Law Society.....	165
V.4.2.3 European Criminal Bar Association	165
Conclusioni.....	167
Bibliografia.....	177
Sitografia	198
Giurisprudenza.....	199
Sentenze Corte Europea Dei Diritti dell'Uomo.....	199
Sentenze Corte di Giustizia	203
Giurisprudenza italiana	204
Giurisprudenza Stati membri.....	205

Abbreviazioni

BGH: *Bundesgerichtshof* (Corte di Giustizia Federale tedesca)
BVerfGE: *Bundesverfassungsgericht* (Corte Costituzionale tedesca)
Corte Cost.: Corte Costituzionale
C. Eur. Dir. Uomo: Corte Europea dei Diritti dell'uomo
Corte Giust./ CGUE: Corte di Giustizia
CAAS: Convenzione di Applicazione dell'Accordo Schengen
Cass. Pen.: Cassazione Penale
CE: Constitución Española de 1978
CECA: Comunità Economica Del Carbone e dell'Acciaio
CEDU: Convenzione Europea dei Diritti dell'uomo
CEE: Comunità Economica Europea
D. Q.: Decisione Quadro
EJN: Rete Giudiziaria Europea
EPPO: European Public Prosecutor Office
EURATOM: Comunità Europea dell'Energia Atomica
FRONTEX: Agenzia Europea per la Cooperazione Operativa alle Frontiere Esterne
G.U.C.E.: Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea
GAI: Giustizia e Affari Interni
GG: *Deutsches Grundgesetz* (Legge fondamentale della Repubblica Federale di Germania)
LECrIm: *Ley de Enjuiciamiento Criminal*
LO: *Ley Orgánica*
MAE: Mandato d'arresto Europeo
MER: Mandato Europeo di Ricerca delle Prove
OEI: Ordine Europeo di Indagine
OLAF: Ufficio Europeo per la Lotta Antifrode
ONU: Organizzazione delle Nazioni Unite
PE: Procuratori europei
PDE: Procuratore delegato europeo

PESC: Politica Estera e Sicurezza Comune

PIF: Protezione degli Interessi Finanziari

PME: Pubblico Ministero Europeo

SIS II: Sistema di informazione Schengen II

SIS: Sistema di informazione Schengen

StPo: *Strafprozeßordnung* (Codice di procedura penale tedesco)

STS: *Sala de lo Penal Tribunal Supremo* TFUE: Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea

TS: Tribunal Supremo

TUE: Trattato sull'Unione Europea

UCLAF: Unità di Coordinamento della Lotta Antifrode

UE: Unione Europea

Introduzione

La storia del processo penale in Europa è sempre stata caratterizzata dall'alternanza di universalismo e particolarismo, di integrazione e regionalizzazione, di dimensione sovranazionale e dimensione locale¹.

Il carattere di continua evoluzione della cooperazione giudiziaria europea in materia penale² rappresenta un'occasione preziosa di riflessione e di studio.

L'impostazione metodologica del presente lavoro, fonda la propria ragion d'essere sull'analisi della nascita e dell'evoluzione delle forme di cooperazione giudiziaria nell'ambito della dimensione europea per orientarsi, poi, verso l'anamnesi puntuale di una delle principali questioni problematiche emerse in quest'ambito: la poca attenzione normativa mostrata verso il ruolo del difensore nella fase investigativa dei procedimenti transazionali³, ovvero il *vulnus* di garanzia a livello europeo del diritto di “difendersi provando”⁴.

¹ Così, R. E. KOSTORIS, *European Law and Criminal Justice in Handbook of European Criminal Procedure*, a cura di R. E. Kostoris, Springer International Publishing AG, 2018, p. 4 ss.

² Con il generico termine “cooperazione” si intende qui qualsiasi forma di collaborazione giudiziaria interstatale e non il suo significato più tecnico che rimanderebbe ai soli strumenti di mutuo riconoscimento. Si veda sul tema M. R. MARCHETTI, E. SELVAGGI, *La nuova cooperazione giudiziaria penale. Dalle modifiche al codice di procedura penale all'ordine europeo d'indagine*, Milano, Wolters Kluwer Cedam, 2019; G. BARROCU, *La cooperazione investigativa in ambito europeo. Da Eurojust all'ordine di indagine*, Milano, Wolters Kluwer Cedam, 2017; C. AMALFITANO, M. CONDINANZI, *Unione europea: fonti, adattamento e rapporti fra ordinamenti*, Torino, Giappichelli, 2015; L. KALB, *Studi in materia di cooperazione giudiziaria penale*, Torino, Giappichelli, 2013; T. RAFARACI, *La cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale nell'unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, Milano, Giuffrè, 2011; A. SCALFATI, P. MOSCARINI, L. FILIPPI, P. GUALTIERI, *La circolazione investigativa nello spazio giuridico europeo*, Padova, Cedam, 2010; E. APRILE, F. SPIEZIA, *Cooperazione giudiziaria nell'Unione europea prima e dopo il Tratto di Lisbona*, Milano, Ipsoa, 2009; T. RAFARACI, *L'area di libertà, sicurezza e giustizia, alla ricerca di un equilibrio fra priorità repressive ed esigenze di garanzia*, Milano, Giuffrè, 2007; M. DANIELE, *Ricerca e formazione della prova*, in *Manuale di procedura penale europea*, a cura di R.E. Kostoris, Milano, Giuffrè, 2019, p. 408 ss.

³ S. BUZZELLI, *Le videoconferenze transnazionali*, in *Proc. pen. giust.*, 2017, 2, p. 327, puntualizza che, stando al territorio dell'Unione europea, il termine transnazionale è più corretto di transfrontaliero, se applicato allo spazio europeo che «per definizione, è privo di frontiere interne». L'abbattimento delle frontiere, tuttavia, non significa che non rimangano le nazioni sicché transnazionale è termine più corretto.

Si anticipa che nel presente lavoro si userà in modo indistinto il termine “transfrontalieri” o “transnazionali”.

⁴ Sulla definizione di “difendersi provando”, vedi A. DE CARO, *Percorsi legislativi e poteri delle parti nel processo penale: dal codice rocco alla riforma delle investigazioni difensive*, in *Cass. pen.*, 2001, 3222; ID., *I poteri probatori del giudice e diritto alla prova*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2003.

Nell'ottica di un processo penale che sia "giusto"⁵, ad ogni persona investigata, imputata o accusata viene riconosciuto il diritto ad una difesa effettiva contro le accuse formulate. Da un punto di vista procedurale, esso ha una duplice finalità: garantire la regolarità del processo; preservare o riconoscere i diritti della persona indagata, in primis la sua libertà⁶.

Pur se negli ultimi anni una concezione fortemente partecipativa di giustizia penale si sia rafforzata nello scenario europeo, nella cooperazione giudiziaria al difensore è stato riconosciuto un ruolo passivo, di mero controllo.

Non si può tacere sull'importanza della fase investigativa del procedimento penale, in quanto le prove ottenute durante questa fase determinano il modo in cui la vicenda processuale sarà inquadrata.

Il serio squilibrio tra l'accusa e la difesa comporta che l'imputato non ha la possibilità di organizzare la sua difesa in modo adeguato e quindi influenzare l'esito del procedimento⁷.

Esiste una stretta connessione fra la tutela del diritto di difesa e le dinamiche della cooperazione giudiziaria in materia penale, stante la maggiore incidenza dell'intervento dei poteri repressivi che rende più avvertita l'esigenza di dotare l'individuo di congrui strumenti di garanzia, che non è stata adeguatamente considerata nelle dinamiche che hanno guidato fino ad ora il legislatore europeo⁸.

La necessità di garantire la parità delle armi, da intendersi come giusto equilibrio tra le parti, diviene dunque tema fondamentale da affrontare.

In primis, si tenterà di ricostruire lo stato dell'arte rispetto alla cooperazione penale europea, attraverso una lettura che appare necessariamente

⁵ Si rinvia all' art. 6 CEDU.

⁶ Come ribadito da un Autorevole autore, G. DELLA MONICA durante il convegno "*La prova nel processo penale*" tenutosi a Salerno il 25 ottobre 2024, il processo penale è un insieme di regole che sintetizza un rapporto tra autorità e libertà, in continua evoluzione fino a divenire oggi un rapporto che è tra autorità e anche segretezza, riservatezza, dignità, tutela della vita privata.

⁷ Così, Corte Eur. Dir. Uomo, 30 settembre 1985, *Can v. Austria*; Corte Eur. Dir. Uomo, 10 Luglio 2012, *Gregačević v. Croatia*,

⁸ Cfr., v. T. RAFARACI, *Il diritto di difesa nelle procedure di cooperazione giudiziaria nel contesto dell'Unione europea*, in *La cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale nell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, a cura di T. Rafaraci, Milano, 2011, p. 120 s.

frammentaria e tocca solo i momenti in cui il percorso di integrazione europea interessa il processo penale.

I primi cauti passi verso la cooperazione nel settore penale sono stati compiuti al di fuori del quadro comunitario, stante che il Trattato di Roma non prevedeva alcuna competenza in materia penale.

Successivamente la cooperazione in materia penale è stata inclusa in modo intergovernativo, fino ad assumere gradualmente un tono più comunitario con il Trattato di Maastricht del 1992 e con l'istituzione del terzo pilastro denominato "Cooperazione in materia di Giustizia e Affari Interni".

La vera svolta per l'effettività della cooperazione si è avuta con il Trattato di Amsterdam del 1997 che, al fine di istituire "uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia", ha riscritto il terzo pilastro con l'obiettivo di promuovere la cooperazione tra gli Stati membri in relazione ai fenomeni criminali transnazionali.

Il vero passaggio verso la piena "comunitarizzazione" della cooperazione in materia penale è stato consacrato dal Trattato di Lisbona, con la scomparsa del Terzo Pilastro e la sua integrazione nel quadro giuridico istituzionale ordinario dell'Unione. Si è consacrata l'istituzionalizzazione del principio del mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie all'interno dell'Unione e la tecnica dell'armonizzazione, o ravvicinamento, delle legislazioni statali degli Stati membri.

Al fine di affrontare il crescente fenomeno della criminalità transnazionale, si è partiti dall'istituzione di enti ed uffici europei che garantissero un coordinamento delle indagini a livello europeo, attraverso anche una più efficace e veloce circolazione delle prove, fino a regolamentare un primo organo inquirente sovranazionale, passando da una cooperazione orizzontale ad una parzialmente verticale.

Si appurerà un cambiamento di paradigma negli interventi del legislatore europeo in materia penale che, se in origine incideva solo sulla cooperazione interstatale, mira oggi all'istituzione di veri e propri procedimenti penali transfrontalieri.

In questo quadro si valuterà la riorganizzazione del sistema repressivo in un'ottica garantista nei confronti del soggetto sottoposto a procedimento penale nel rispetto delle Carte Internazionali e Europee, puntando la traiettoria dell'analisi sul diritto di difesa.

Benché il trend avviato, sul solco tracciato dal Programma di Stoccolma e dalla Roadmap del Consiglio GAI del 2009, sia nel verso di una fioritura d'iniziative attente a siglare una piattaforma sufficientemente uniforme di garanzie difensive, si solleverà la criticità nel garantire un'effettiva parità tra difesa ed accusa, stante una figura del difensore nelle fasi investigative quasi dimenticata nel panorama europeo.

Invero, si rivelerà che una scarsa attenzione è stata finora dedicata all'effettiva partecipazione difensiva all'assunzione della prova in un altro Stato Membro, né sembra essere stato realmente ricercato un equilibrio tra il diritto di difesa dell'imputato e la tutela di interessi legati all'accertamento penale⁹.

L'angolo visuale prescelto per il procedere dell'analisi sarà quello comparatista, che consente di confrontare le specificità di ciascun Stato quanto al potere investigativo del difensore e al suo rapporto con l'accusa nella fase d'indagine del procedimento e spiegare le difficoltà ravvisabili nella cooperazione giudiziaria.

Uno sguardo che va dal sistema processuale penale interno, a quello spagnolo, fino a giungere al diritto francese e tedesco, diviene, dunque, imprescindibile per meglio comprendere le concrete difficoltà, le possibili aperture, e i sicuri compromessi¹⁰.

Si constaterà che il diritto di “difendersi provando” non è effettivamente garantito negli ordinamenti degli Stati membri analizzati, eccezion fatta per l'Italia che ha disciplinato, per la prima volta nel panorama europeo, le indagini difensive con la L. 397/2000, avvicinandosi così ad un'effettiva parità tra accusa e difesa, seppur ancora lacunosa.

⁹ Cfr., S. RUGGERI, *Procedimento penale, diritto di difesa e garanzie partecipative nel diritto dell'Unione Europea*, in *Dir. Pen. Cont.*, 4, 2015, p.130 ss.

¹⁰ I risultati di cooperazione possono raggiungersi ponendosi «in un'ottica di comprensione delle resistenze degli interlocutori», dedicandosi «allo studio dei [...] sistemi» e rendendosi abili «a rappresentare le [...] esigenze in termini capaci di superare le [...] diffidenze», così E. CESQUI, *Il ruolo del Ministero nella cooperazione penale*, in *Cass. pen.*, 2019, p. 21.

Questo equilibrio difficilmente raggiungibile è caratterizzato, non solo dalla gelosia degli Stati membri rispetto alle proprie prerogative statali, ma anche dalla tensione che esiste all'interno del binomio “libertà – sicurezza” e con cui ogni legislatore penale deve confrontarsi.

Invero «il ruolo più delicato che la procedura penale di uno Stato democratico ha da svolgere è quello di cercare questo equilibrio che, non sacrificando l'ordine pubblico, consente alle persone perseguite penalmente di assicurare la loro difesa nelle migliori condizioni possibili»¹¹.

In egual modo, l'Unione non può perseguire a tutti i costi l'efficacia ma deve anche cercare un equilibrio più effettivo che tenga conto dei diritti delle persone sospettate, garantendo che i suoi diritti di difesa non si dissolvano nella transnazionalità¹².

Il lavoro si concluderà con uno sguardo rivolto alle proposte, mai divenute operative, di istituire una struttura di collegamento tra avvocati dei diversi Stati membri che agevoli e renda possibile l'efficace contatto e confronto con il collega straniero e che affronti i penetranti poteri investigativi d'accusa.

¹¹ L.M. RASSAT, *Procédure Pénale*, Ellipses, 3, 2017, p. 9ss.

¹² R. ROTH, *Le droit transnational: droit penal sans état et sans territoire?*, in C. A. Morand (ed.), *Le droit saisi par la mondialisation*, Collection de droit international, 46, 2001, p. 142 ss.

Capitolo I

L'evoluzione della cooperazione giudiziaria in materia penale

I.1 L'esigenza di cooperazione e assistenza giudiziaria e di polizia in materia penale I.2. L'istituzione dello "spazio di libertà, sicurezza e giustizia" I.2.1 Il Trattato di Maastricht e il terzo pilastro I.2.2 Il tramonto degli scenari classici I.2.2.1 La riscrittura del terzo pilastro: il trattato di Amsterdam I.2.2.2 Le basi del mutuo riconoscimento: il Consiglio Europeo di Tampere e il Trattato di Nizza I.2.3 La firma del Trattato di Lisbona I.2.3.1 La protezione dei diritti fondamentali degli individui I.2.4. La cooperazione penale nello "Spazio di libertà, sicurezza e giustizia" del nuovo Titolo V TFUE I.2.4.1 L'art. 82 TFUE e il principio del mutuo riconoscimento I.2.4.2 Cenno all'art. 83 TFUE e la tecnica del ravvicinamento delle disposizioni legislative I.3 L'art 85 TFUE: l'istituzione di Eurojust I.3.1 La struttura e la funzione di Eurojust I.4 OLAF e le sue funzioni investigative I.5 Il principio del reciproco riconoscimento e la prova: dal M.E.R. alla direttiva 2014/41/UE I.5.1 Cenni sulla Direttiva sull'ordine europeo di indagine penale 2014/41/UE I.5.1.1. Nozione ed emissione dell'OEI I.5.1.2 Riconoscimento ed esecuzione dell'OEI I.5.1.3. L' utilizzabilità della prova raccolta tramite OEI I.6 Verso una cooperazione parzialmente verticale: l'istituzione della Procura Europea I.6.1 Il progetto dall'art. 86 TFUE I.6.2 Cenno sulle peculiarità della Procura Europea

I.1 L'esigenza di cooperazione e assistenza giudiziaria e di polizia in materia penale

Di fronte alla sfida di una criminalità sempre più organizzata che trascende ormai il territorio dei singoli Paesi¹³, gli Stati hanno risposto con il

¹³ Si parla di "dimensione" transnazionale del crimine inteso come un nuovo modo di essere della criminalità che irrompe in spazi – anche virtuali – diversi dalla dimensione nazionale costringendo il detentore del potere punitivo a un nuovo modo di operare e, prima ancora, di pensare. V. G. LATTANZI, *La nuova dimensione della cooperazione giudiziaria*, in *Doc. giust.*, 2000, n. 6, c. p. 1037. Cfr., G. DE AMICIS, *Cooperazione giudiziaria e criminalità transnazionale: l'esigenza del coordinamento investigativo*, in *Giur. mer.*, 2003, p. 2654, a proposito dell'area europea, scrive di una criminalità con un «solido radicamento multi territoriale» connotata da dinamicità, flessibilità e capacità di adattamento e che spesso forma «partenariati» abili a sfruttare le differenze giuridiche tra gli Stati. V. anche G. DARAIO, *La circolazione della prova nello spazio giudiziario europeo*, in AA.Vv., *Spazio europeo di giustizia e procedimento penale italiano. Adattamenti normativi e approdi giurisprudenziali*, a cura di L. Kalb, Giappichelli Editore, 2012, p. 505; N. PARISI, *Su taluni limiti nell'attività di ricerca e acquisizione della prova penale (ancora a proposito del potenziale conflitto fra esigenze della sovranità e rispetto dei diritti della persona)*, in P. Corso, E. Zanetti (eds.), *Studi in onore di Mario Pisani*, Piacenza, 2010, II vol., pp. 2541-2568; A. VITALE, *Le squadre investigative comuni*, in *La circolazione investigativa nello spazio giuridico europeo: strumenti, soggetti, risultati*, a cura di L. Filippi, P. Gualtieri, P. Moscarini, A. Scalfati, CEDAM, 2010, p. 67 s.

ripensamento della collaborazione interstatuale¹⁴ al fine di garantire un'efficiente risposta ai fenomeni criminosi.

Invero, con la totale libertà di circolazione nel territorio dell'Unione¹⁵, anche la criminalità ha approfittato del venir meno delle frontiere interne¹⁶, imponendosi nelle forme dell'*impresa criminale multinazionale*¹⁷. Ciò ha imposto una forte accelerazione al processo di integrazione in materia penale, stanti le emergenti esigenze di sicurezza e giustizia.

Agli albori della Comunità Europea, era radicata la convinzione che il diritto penale non potesse in alcun modo rientrare tra le sue competenze essendo, la materia, di esclusivo compito di ciascuno Stato Membro¹⁸.

¹⁴ L'attività di repressione "insegue" quella della criminalità e si appropria delle evoluzioni per trasformarle in strumenti giudiziari e investigativi. G. DE AMICIS, *Problemi e prospettive della cooperazione giudiziaria penale in ambito europeo: forme e modelli di collaborazione alla luce del titolo VI del Trattato di Amsterdam*, in *Giur. mer.*, 2002, p. 291 ss. V. anche G. FIORELLI, *Dimensione transfrontaliera della giustizia penale: l'ordine investigativo europeo*, in R. Del Coco-E. Pistoia (a cura di), *Stranieri e giustizia penale. Problemi di perseguibilità e di garanzie nella normativa nazionale ed europea*, Cacucci Editore, 2014, p. 87 s.; A. MACRILLÒ, *Eurojust e l'attuazione degli accordi Onu contro il crimine organizzato transnazionale*, in *cit. La circolazione investigativa*, Cedam, 2010, p. 43 s.; G. LATTANZI, *La nuova dimensione*, *cit.*; E. SELVAGGI, *Le nuove forme della cooperazione: un ponte verso il futuro*, in G. La Greca, M.R. Marchetti (a cura di), *Rogatorie penali e cooperazione giudiziaria internazionale*, Giappichelli, 2003, p. 467 s., dal presupposto che comune sia il nemico, conclude che alla globalizzazione della criminalità deve corrispondere «la globalizzazione dell'azione di contrasto».

¹⁵A. ARENA-F. BESTAGNO-G. ROSSOLILLO, *Mercato unico e libertà di circolazione nell'Unione europea*, Giappichelli, Giappichelli Editore, 2016, *passim.*; S. MARANELLA, *Origine ed evoluzione della cooperazione giudiziaria in materia penale nell'Unione europea*, Parte I, in *Temi Romana*, 2015, 3, p.46.

¹⁶ L. SALAZAR, *La lotta alla criminalità nell'Unione: passi in avanti verso uno spazio giudiziario comune prima e dopo la Costituzione per l'Europa ed il Programma dell'Aia*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 3511, evidenzia che tali fattori sono spesso impiegati dalle organizzazioni criminali che hanno «imparato a tirare profitto da ogni opportunità loro offerta dalla piena liberalizzazione dei mercati e dei movimenti di persone, capitali, merci e servizi».

¹⁷ G. DARAIO, *La circolazione della prova nello spazio giudiziario europeo*, in *cit.*, p. 504.

¹⁸ Si veda *Commissione europea, Ottava relazione generale sull'attività delle Comunità europee nel 1974*, 11 febbraio 1975, par. 145, 90, nella quale la Commissione afferma che il diritto penale non rientra nelle competenze della Comunità, bensì "in quelle di ciascun Stato Membro" e rileva che, poiché le risorse proprie e le spese del bilancio comunitario non erano sottoposte alla legislazione nazionale, sarebbe stato opportuno redigere «un progetto di convenzione relativo ai principi di applicazione del diritto nazionale, allo scopo di colmare tale lacuna». Ancora, il Parlamento Europeo aveva evidenziato: «The Community legislation, just like any other, should undoubtedly be enforced; this can only be achieved by a system of sanctions, whatever this system may be. It can be purely administrative, it can be based on civil law, but the best system would be one based on criminal law such as we have in all our national legal systems [...] For this we must also make use (although not exclusively) of provisions pertaining to criminal law» (cfr. Parlamento europeo, *Report (doc. 531/76) on behalf of the Legal Affairs Committee on the relationship between Community law and criminal law*, in *Official Journal of the European Communities*, 13 febbraio 1977, 212. Il ricorso al diritto penale, infatti, era visto come strumento «to have the Community

Nonostante l'assenza nei Trattati istitutivi¹⁹ di un qualunque riferimento al diritto penale, esso ha ben presto svelato la sua fisiologica permeabilità al processo di unificazione ed integrazione, a tutela, inizialmente, degli interessi economici-commerciali che erano alla base della filosofia europea.

Con l'istituzione del cd. Spazio Schengen²⁰ caratterizzato dalla libertà di circolazione e l'istituzione di un mercato comune, si sono rese necessarie delle "misure compensative" volte a preservare la sicurezza negli Stati e contrastare in maniera efficace nuovi fenomeni di criminalità sviluppatisi per l'abolizione di controlli alle frontiere.

La maggiore frequenza di crimini che si frantumano dal punto di vista spaziale²¹, producendo effetti su territori appartenenti alla sovranità di più Stati, ha comportato l'estensione dell'area di interesse penale della comunità europea²² e dei singoli Stati, che hanno riorganizzato il sistema repressivo in

functioning effectively and [...] to command respect for the institutions and the way they operate, and at the same time guarantee the protection of the Communities' interests, and indirectly those of the states and in particular, those of the citizens, not only in order to uphold the important principle of the need to enforce the law, but also from the point of view of the principle of distributive justice».

¹⁹ Si fa riferimento al Trattato istitutivo della Comunità Economica Europea (CEE), che riunisce Francia, Germania, Italia e Paesi del Benelux in una Comunità volta all'integrazione tramite gli scambi in vista dell'espansione economica, e al Trattato istitutivo della Comunità europea dell'energia Atomica (EURATOM), firmati entrambi a Roma il 25 marzo 1957. Con le successive adesioni da parte di Gran Bretagna, Irlanda e Danimarca nel 1973 e della Grecia nel 1981, la Piccola Europa iniziò ad estendersi e, al passo con tale estensione, emerse un sempre più evidente radicamento della volontà degli Stati di agire in cooperazione.

²⁰ L'area Schengen è stata istituita il 14 giugno 1985 con l'accordo che prende il nome dall'omonima cittadina lussemburghese in cui venne sottoscritto da Belgio, Francia, Germania, Lussemburgo e Paesi Bassi. Il 19 giugno 1990 fu stipulata una convenzione, la cd. Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen (CAAS) (entrata in vigore solo cinque anni dopo) che permise in concreto l'abolizione delle frontiere interne tra gli Stati firmatari completando l'Accordo e definendo le condizioni di applicazione e le garanzie inerenti all'attuazione della libera circolazione.

La più rilevante delle novità introdotte dalla Convenzione Schengen riguarda il Sistema di Informazione Schengen, ossia una banca dati che, tramite un meccanismo di segnalazioni, garantisce che determinati soggetti non circolino del tutto liberamente nel territorio europeo (Sistema d'informazione Schengen (S.I.S.), poi sostituito dalla sua seconda versione, il S.I.S. II). L'accordo e la convenzione formano l'*acquis di Schengen*, che con il Trattato di Amsterdam del 1997 è stato integrato nel quadro giuridico dell'Unione.

²¹ Si veda tra i tanti, G. DE AMICIS, *Cooperazione giudiziaria e criminalità transnazionale*, cit., p. 2655. Ulteriormente a queste connotazioni, R. BELFIORE, *La prova penale "raccolta" all'estero*, Aracne, 2014, p. 126, osserva che vi è una dimensione «per così dire materiale», con riferimento all'attacco alle risorse finanziarie dell'Unione europea.

²² Si pensi, al progressivo interesse dell'Unione europea alla "*matière pénale*", tanto relativa ai reati PIF quanto a garantire lo Spazio di libertà, sicurezza e giustizia. Vedi, R. SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell'Unione Europea. Linee guida di un sistema integrato di tutela dei beni giuridici sopranazionali e dei beni giuridici di interesse comune*, Giuffrè,

modo innovativo e consapevole dei problemi della giustizia penale transnazionale «più disancorata dai modelli consolidati della sovranità territoriale»²³ e attraverso una progressiva attenuazione del principio di territorialità della legge penale²⁴.

I.2 L’istituzione dello “spazio di libertà, sicurezza e giustizia”

I.2.1 Il Trattato di Maastricht e il terzo pilastro

Caduti, con l’accordo Schengen, gli ostacoli alla libera circolazione, si è reso necessario rimuovere le barriere giuridiche e giudiziarie tra gli Stati membri, per evitare che il diritto punitivo restasse “imbrigliato” all’interno dei confini nazionali²⁵.

2005; C. SOTIS, *Il Trattato di Lisbona e le competenze penali dell’Unione europea*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 1146 s.; ID., *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Giuffrè, 2007

²³ V.M. PISANI, *Cooperazione giudiziaria in materia penale e diritti dell’uomo*, in *Cooperazione giudiziaria in materia penale e diritti dell’uomo*, a cura di C. Zanghi, L. Panella, Giappichelli, 2004, p. 168. V. anche G. DI CHIARA, voce *Rapporti giurisdizionali con autorità straniere*, in *Enc. dir.*, Agg. II, 1998, p. 860.; G. LA GRECA, *Origine e primi sviluppi della cooperazione giudiziaria internazionale*, in *Rogatorie penali e cooperazione giudiziaria internazionale*, a cura di G. La Greca, M.R. Marchetti, Giappichelli, 2003, p. 1, che sottolinea la consapevolezza degli Stati riguardo alla necessità di «unire le forze al di qua e al di là delle frontiere per porre in atto migliori politiche di prevenzione e di repressione del crimine». E. SELVAGGI, *La nuova legge sulle rogatorie*, in *Cass. pen.*, 2001, p. 3252, evidenzia come «l’accresciuta mobilità delle persone e dei capitali» unita alla «accentuata pericolosità delle forme di criminalità» hanno mostrato «la debolezza delle forme tradizionali della cooperazione giudiziaria, sostanzialmente basata sulla convenzione di mutua assistenza del 1959».

²⁴ G. DIOTALLEVI, sub *artt. 696-746*, in *Codice di procedura penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, a cura di G. Lattanzi, E. Lupo, Giuffrè, 2012, vol. X, p. 4. V. anche G. DARAIO, *La circolazione*, *cit.*, p. 506. Con specifico riferimento al contesto dell’Unione, M. CHIAVARIO, *Giustizia europea e processo penale: nuovi scenari e nuovi problemi*, in *Leg. pen.*, 2008, p. 465, afferma che la parziale «erosione del dogma della sovranità nazionale come impedimento a certe forme di collaborazione a fini di giustizia» non cancella «prerogative importanti, che continuano ad essere riservate agli Stati nazionali, i quali, in particolare, non cedono nulla all’Europa quanto ad esercizio della giurisdizione in materia penale» ma consentono forme di collaborazione tra gli Stati. Effetto di un nuovo modo di intendere siffatta collaborazione è quello, secondo l’Autore, di «non scorgere più, nella presenza di autorità dello Stato richiedente all’esecuzione degli atti richiesti, un evento eccezionale» nonché «l’adozione, ai fini di quell’esecuzione, delle forme e delle procedure indicate dallo Stato richiedente». V. anche ID., *Diritto processuale penale*, 7^a ed., Utet, 2017, p. 908 s.; E. ANDOLINA, *Cooperazione-integrazione penale nell’Unione europea*, in *Cass. pen.*, 2001, p. 2898.

²⁵ G. LATTANZI, *La nuova dimensione*, *cit.*, c. 1037; M.R. MARCHETTI, *Dalle convenzioni bilaterali alle “nuove” forme di assistenza*, in G. La Greca, M.R. Marchetti (a cura di), *Rogatorie penali e cooperazione giudiziaria internazionale*, Giappichelli, 2003, p. 10.

In questo scenario, particolarmente evidente è stata la spinta impressa a partire dal Trattato di Maastricht, che ha costituito un atto rivoluzionario nel panorama internazionale.

Invero, prima dell'istituzione dell'Unione Europea avvenuta con il Trattato di Maastricht del 1992²⁶, la disciplina della cooperazione giudiziaria in materia penale era sostanzialmente estranea alle competenze comunitarie²⁷. Fu proprio a seguito di Schengen che emerse la necessità di trovare, quantomeno, una struttura unificante per imprimere maggiore efficacia alle iniziative degli Stati membri nei campi della giustizia e degli affari interni e per coordinare l'attività di tutti gli organismi già esistenti evitandone duplicazioni. Fu inaugurata così la prima fase del processo di integrazione, volta a creare una comunità politica ed economica unica nel suo genere, caratterizzata dall'introduzione di nuovi strumenti sovranazionali²⁸ destinati ad affiancare i tradizionali elementi di assistenza intergovernativa.

Il Trattato di Maastricht non si poneva l'obiettivo di stravolgere l'assetto comunitario precedente, suddiviso – come noto – nelle tre Comunità, la Comunità Europea del Carbone e dell'Acciaio (CECA), la Comunità Economica Europea (CEE) e la Comunità Europea per l'Energia Atomica (indifferentemente CEEA o EURATOM), ma quello di razionalizzare e riorganizzare le competenze europee, teorizzando un modello di Unione

²⁶ Da un punto di vista normativo-strutturale, il TUE di Maastricht si presenta come un testo complesso, corredato da diciotto Protocolli e trentatré Dichiarazioni, ove vengono chiaramente indicati, all'art. 2 TUE, gli obiettivi prefissati dall'Unione con il Trattato stesso. Tra i numerosi obiettivi enunciati, quello che più interessa ai fini della presente trattazione, riguarda il rafforzamento dei diritti e degli interessi dei *cittadini europei*, nonché la creazione, conservazione e sviluppo dell'Unione quale spazio inteso a garantire la libertà, la sicurezza e la giustizia.

²⁷ La collaborazione intergovernativa, istituita a partire al 1975, copriva i settori dell'immigrazione, del diritto d'asilo e della cooperazione giudiziaria e di polizia. Il primo esempio è stato certamente il Gruppo Trevi, che riuniva i Ministri dell'interno per combattere il terrorismo e coordinare, nella Comunità, la cooperazione di polizia, sul punto vedi G. DE AMICIS, *Le forme e gli strumenti della cooperazione*, in R.E. KOSTORIS (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, Giuffrè, 2017, p. 209 ss.

²⁸ Il termine "sovranazionale", in questa sede, si vuole utilizzare nel suo senso lato e generico, così da includere ogni organizzazione, strumento, attività «che trascende considerazioni e fini puramente nazionali, che supera le divisioni di carattere nazionale», nonché le normative varate allo stesso fine. Cfr. voce "Sovranazionale" (o sovranazionale; anche soprannazionale o sopranazionale), in *www.Treccani.it*.

Europea suddiviso in tre differenti pilastri, a seconda della materia e della incisività dei relativi atti di competenza europea.

La struttura europea così come prevista dal TUE vede le tre Comunità sopracitate costituire il primo pilastro dell'Unione, afferente alle storiche competenze comunitarie, accanto al quale si aggiungono due nuovi pilastri aventi ad oggetto ulteriori e inedite materie nelle quali gli Stati aderenti al TUE intendono intraprendere una politica comune: il pilastro della Politica Estera e Sicurezza Comune (PESC) e quello della Giustizia e Affari Interni (GAI).

In un tale sistema, con ambiti di applicazione ben precisi, viene disciplinato il ruolo degli Stati membri e delle istituzioni comunitarie e si prevedono, *ex novo*, una serie di atti giuridici tipici attraverso i quali realizzare la cooperazione: azioni comuni, posizioni comuni, e convenzioni²⁹.

Se nell'ambito delle azioni comuni condotte seguendo il metodo Comunitario, gli Stati membri attribuiscono competenze e funzioni alle istituzioni della Comunità Europea, impegnandosi a rispettare le decisioni e gli atti delle stesse e ad intervenire soltanto nelle forme e nei casi espressamente previsti dai Trattati; totalmente diverso è il metodo seguito dagli Stati nel caso di collaborazione intergovernativa tipica dei due nuovi pilastri introdotti dal Trattato di Maastricht, che privilegia, invece, la sovranità statale sulle istituzioni comunitarie, che pure sono in varia misura coinvolte nella realizzazione delle politiche dell'Unione.

Il cd. "terzo pilastro" introduce formalmente la cooperazione giudiziaria in materia penale all'interno del diritto dell'Unione Europea, assegnando alle istituzioni comunitarie soltanto un ruolo limitato, privandole dell'effettiva possibilità di controllare le decisioni degli Stati membri³⁰.

²⁹ Si tratta di tutti atti, peraltro, privi di effetti direttamente vincolanti per gli Stati membri. Cfr. E. APRILE, *Diritto processuale penale europeo ed internazionale*, Padova, Cedam, 2007, 87

³⁰ Si noti che: la Corte di Giustizia era competente per l'interpretazione delle convenzioni unicamente se ciò fosse espressamente previsto da una clausola della convenzione (o dell'atto in questione), il Parlamento europeo poteva essere consultato dal Consiglio (ma per lo più è stato soltanto informato) la Commissione europea aveva un diritto di iniziativa limitato a determinate materie e pur sempre in condivisione con gli Stati membri e, infine, il Consiglio peccava del frequente effetto paralisi determinato dall'obbligo di decidere all'unanimità. Per altro verso, inoltre, non può farsi a meno di sottolineare che, anche successivamente al

Invero, il Trattato del '92 affidò per la prima volta la gestione del “settore cooperazione” alle istituzioni comunitarie.

Si potrebbero definire tre direttive lungo le quali è avanzato il processo di integrazione europea della cooperazione in materia penale: la cooperazione intergovernativa tradizionale; l'armonizzazione normativa; la progressiva introduzione di forme innovative di cooperazione tra autorità giudiziarie.

Uno dei primi strumenti giuridici vincolanti adottati dall'Unione nel settore Giustizia e Affari Interni (GAI), furono la Convenzione relativa alla procedura semplificata di estradizione tra gli Stati membri dell'Unione Europea, adottata il 10 marzo 1995³¹, e la Convenzione relativa all'extradizione tra gli Stati membri dell'U.E., adottata il 27 settembre 1996³². Quanto al campo penale, il primo tentativo di armonizzazione e ravvicinamento normativo si ebbe con la Convenzione PIF del 18 luglio 1995³³, relativa alla tutela degli interessi finanziari dell'Unione e alla incriminazione delle condotte di frode ai danni del bilancio comunitario, e alla Convenzione sulla lotta alla corruzione del 1997³⁴, che obbliga a incriminare gli atti di corruzione in cui siano coinvolti funzionari comunitari o di altri Stati membri.

Trattato di Maastricht, furono a lungo utilizzati i tradizionali “metodi convenzionali” già adottati nel quadro del Consiglio d'Europa, diretti ad integrare le Convenzioni europee di estradizione e di assistenza giudiziaria, una serie di altri strumenti non vincolanti quali risoluzioni, dichiarazioni, etc. (si pensi, a mero titolo esemplificativo, alla Convenzione relativa alla procedura semplificata di estradizione tra gli Stati membri dell'Unione europea adottata il 10 marzo 1995 (pubblicata in GU n. C 78 del 30 marzo 1995), alla Convenzione relativa all'extradizione tra gli Stati Membri dell'Unione europea adottata il 27 settembre 1996 (pubblicata in GU. n. C 313 del 23 ottobre 1996), nonché, ancora, alla Risoluzione sulla protezione dei testimoni nel quadro della lotta contro la criminalità organizzata internazionale del 23 novembre 1995 (pubblicata in GU. n. C. 329 del 4 novembre 1996), alla Risoluzione sui collaboratori di giustizia del 20 dicembre 1996 (pubblicata in GU n. C 10 dell'11 gennaio 1997) e alla Risoluzione del 21 dicembre 1998 sulla prevenzione della criminalità organizzata, (pubblicata in GU n. C. 408 del 29 dicembre 1998) nonché documenti programmatici contenenti, da un lato, obiettivi dettagliati da raggiungere entro un determinato periodo, e, dall'altro, le priorità della cooperazione nel settore giustizia affari interni per il periodo dal 1 luglio 1996 al 30 giugno 1998. Tra questi, assume una rilevante importanza, ad esempio, il “Piano di azione contro la criminalità organizzata” adottato dal Consiglio il 28 aprile 1997.

³¹ In *G.U.C.E.* n. C 78 del 30 marzo 1995.

³² In *G.U.C.E.* n. C 313 del 23 ottobre 1996.

³³ In *G.U.C.E.*, n. C 316 del 27 novembre 1995.

³⁴ In *G.U.C.E.*, n. C 195 del 25 giugno 1997.

Si tratta di forme di limitata armonizzazione del diritto penale sostanziale, stante il ricorso ai tradizionali metodi intergovernativi.

Si noti come il primo ambito di intervento penale dell'Unione abbia riguardato la materia della protezione degli interessi finanziari comunitari, che del resto ha sempre costituito il terreno di confine tra diritto penale e diritto comunitario, attesa la collocazione interna al primo pilastro di tutta la disciplina di definizione delle relative irregolarità, nonché della regolamentazione relativa ai controlli e alla sanzione amministrativa delle stesse³⁵.

Tale disciplina è stata poi integrata dalla creazione dell'Ufficio europeo per la lotta antifrode (OLAF, succeduto all'omologo UCLAF)³⁶, organismo dotato di un particolare statuto di indipendenza costituito all'interno della struttura della Commissione europea, e preposto ai controlli e alle verifiche *in loco* regolamentate dalla stessa Commissione³⁷ per la protezione degli interessi finanziari della Comunità contro frodi e irregolarità.

In tale *asse di cooperazione* non può dimenticarsi l'adozione del *Piano di azione contro la criminalità organizzata*, adottato dal Consiglio il 28 aprile 1997, atto non vincolante di recepimento delle indicazioni offerte dal Consiglio europeo di Dublino del 13-14 dicembre 1996, consistente in plurime *raccomandazioni* ed un calendario per la loro attuazione.

Alcune delle misure raccomandate dal Piano preannunciavano già le successive riforme che sarebbero state introdotte, qualche anno dopo, dal Trattato di Amsterdam, oltre ad incoraggiare gli Stati membri alla rapida attuazione delle Convenzioni di cooperazione già concluse con i metodi tradizionali ma non ancora ratificate, nonostante il considerevole ritardo.

Diversi sono stati, quindi, gli atti adottati nel pilastro GAI con l'adozione del Trattato di Maastricht, come le diverse azioni comuni di armonizzazione del

³⁵ Cfr. Regolamento CE n. 2988/95 del Consiglio del 19 dicembre 1995, in *G.U.C.E.*, n. L 312 del 23 dicembre 1995, relativo alla protezione degli interessi finanziari dell'Unione Europea.

³⁶ Cfr. decisione CE/CECA/Euratom n. 352/99, in *G.U.C.E.* n. L 136 del 31 maggio 1999. *Infra* par. I.4

³⁷ Cfr. Regolamento CE n. 2185/96 del Consiglio dell'11 novembre 1996, in *G.U.C.E.*, n. L 292 del 15 novembre 1996

diritto penale sostanziale interno degli Stati membri in tema di criminalità organizzata³⁸, traffico di sostanze stupefacenti³⁹, corruzione⁴⁰, riciclaggio, sequestro e confisca dei proventi di reato⁴¹, nonché diverse risoluzioni e raccomandazioni, anche se per lo più si trattava di strumenti dalla scarsa forza vincolante, tanto da indurre la dottrina a parlare di *armonizzazione a diritto invariato*⁴², se non addirittura di *trompe l'oeil* o illusione ottica⁴³, per l'assenza di una reale volontà degli Stati di procedere verso incriminazioni comuni da adottarsi passando attraverso la rinuncia al tradizionale portato delle rispettive tradizioni giuridiche.

Tuttavia, altra parte della dottrina ha osservato come alcune delle azioni comuni adottate a seguito del citato Piano di azione comune contro la criminalità organizzata, sembravano nonostante tutto testimoniare il progressivo crescere della soglia di ambizione e della volontà di perseguire forme di armonizzazione effettiva⁴⁴.

Progressivamente sono stati introdotte forme innovative di cooperazione tra autorità giudiziarie.

In particolare, il primo organismo istituito nell'ambito della cooperazione in materia di polizia e giustizia riconducibile al terzo pilastro del Trattato UE, attraverso la Convenzione di Bruxelles del 26 luglio 1995⁴⁵, è stato l'ufficio di Polizia europeo (Europol), subito seguito dall'azione comune⁴⁶ adottata il 22 aprile 1996 su iniziativa italiana per la creazione di un quadro di scambio

³⁸ Azione comune del 21 dicembre 1998, n. 98/733/GAI, in *G.U.C.E.*, n. L 351 del 29 dicembre 1998.

³⁹ Azioni comuni del 29 novembre 1996, n. 96/698/GAI e n. 96/699/GAI.

⁴⁰ Azione comune del 22 dicembre 1998, n. 98/742/GAI, in *G.U.C.E.*, n. L 358 del 31 dicembre 1998.

⁴¹ Azione comune del 3 dicembre 1998, n. 98/699/GAI, in *G.U.C.E.*, n. L 333 del 9 dicembre 1998.

⁴² J. DE KERCHOVE, *L'Europe pénale: bilan et perspectives*, in *Police and judicial cooperation in the European Union*, Cambridge, 2004, p. 335.

⁴³ D. FLORE, *Une justice pénale européenne après Amsterdam*, in *Journal des tribunaux*, n. 60, 1999, p. 127.

⁴⁴ L. SALAZAR, *La costruzione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia dopo il Consiglio europeo di Tampere*, in *Cass. Pen.*, 2000, 2, p. 407.

⁴⁵ Convenzione ratificata e resa esecutiva in Italia con la L. 9 marzo 1998, n. 93, entrata in vigore il 1 ottobre 1998.

⁴⁶ Azione comune del 22 aprile 1996, n. 96/277/GAI, in *G.U.C.E.*, n. L 105 del 27 aprile 1996.

di magistrati di collegamento per migliorare la cooperazione giudiziaria tra Stati membri, che ha conferito una dimensione europea ad un progetto nato da un'esperienza bilaterale positiva tra Francia e Italia. Successivamente, ancora in attuazione del Piano di azione dell'aprile 1997, tre ulteriori azioni comuni, la prima istitutiva di un meccanismo di valutazione dell'applicazione e dell'attuazione a livello nazionale degli impegni internazionali in materia di lotta alla criminalità organizzata, del 5 dicembre 1997⁴⁷, la seconda volta alla creazione della Rete Giudiziaria Europea, del 29 giugno 1998⁴⁸ e la terza concernente le *buon prassi* che ciascuno Stato membro si impegnava ad adottare in materia di cooperazione giudiziaria penale, anch'essa del 29 giugno 1998⁴⁹. Tali strumenti paiono avere quale caratteristica comune quella di incidere – al fine di implementarla o, comunque, migliorarla – direttamente sulla concreta cooperazione giudiziaria piuttosto che sulla effettiva introduzione di nuove regole vincolanti⁵⁰.

In ogni caso, gli incoraggianti risultati conseguiti a seguito dell'attuazione del Piano di azione contro la criminalità organizzata hanno avuto l'effetto di incitare gli Stati membri alla prosecuzione nella individuazione di *road maps* programmatiche contenenti una lista di obiettivi e impegni più o meno precisati nei loro contenuti ed un calendario predeterminato per il loro conseguimento.

In occasione del Consiglio europeo di Vienna del dicembre 1998, in vista dell'imminente entrata in vigore del Trattato di Amsterdam è stato così adottato dal Consiglio il 3 dicembre 1998 un nuovo Piano di azione per l'attuazione delle previsioni concernenti lo sviluppo di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia.

Scorrendo l'elenco programmatico di tale Piano, è possibile riscontrare alcune delle tematiche che effettivamente sono state poi al centro del dibattito negli anni successivi e, in taluni casi, hanno avuto attuazione venendo trasfusi

⁴⁷ In *G.U.C.E.*, n. L 344 del 15 dicembre 1997.

⁴⁸ In *G.U.C.E.*, n. L 191 del 7 luglio 1998.

⁴⁹ In *G.U.C.E.*, n. L 191 del 7 luglio 1998.

⁵⁰ L. SALAZAR, *La costruzione di uno spazio penale comune europeo*, cit., p. 409.

in atti più o meno vincolanti, come il riconoscimento reciproco delle decisioni penali, l'attività transfrontaliera dell'autorità giudiziaria, ovvero indicazioni in materia di coordinamento delle indagini e delle procedure penali al fine di prevenire duplicazioni o conflitti di giurisdizione.

Riassumendo, quindi è solo con l'adozione del Trattato di Maastricht che la cooperazione giudiziaria in materia penale diviene davvero una *questione di interesse comune* al fine di realizzare il fondamentale obiettivo della libera circolazione delle persone, che il preambolo del Trattato, al punto decimo, collega alla necessità di salvaguardare la sicurezza dei cittadini europei, anche attraverso specifiche disposizioni relative alla giustizia e agli affari interni. Tuttavia, ancora in ossequio al baluardo della sovranità nazionale, la cooperazione rimaneva concepita come intergovernativa, seppur strettamente connessa agli obiettivi europei, e non ancora come *azione comune*, che avrebbe implicato necessariamente la soggezione degli Stati membri alle decisioni dell'Unione Europea intesa quale autorità *sovraordinata* anche in materia penale.

I.2.2 Il tramonto degli scenari classici

I.2.2.1 La riscrittura del terzo pilastro: il Trattato di Amsterdam

Al fine di attribuire un ruolo più centrale all'Unione Europea in materia di giustizia e sicurezza comune, emerse l'indifferibile esigenza di prevenire e contrastare la criminalità transnazionale con interventi di vera e propria armonizzazione normativa, a livello europeo, dei diritti penali nazionali.

Si arrivò, così, a quella che realmente può essere definita la svolta decisiva nella cooperazione giudiziaria in materia penale, avvenuta nel 1997 con la firma del Trattato di Amsterdam⁵¹, orientato a modificare la cooperazione in materia di giustizia e di affari interni attraverso la creazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia dalle ambizioni più ampie e meglio definite ma, soprattutto, dai metodi più efficaci e nel quale il ruolo delle istituzioni fosse inquadrato in maniera più equilibrata.

⁵¹ Sottoscritto ad Amsterdam il 2 ottobre 1997, pubblicato in GU n. C 340 del 10 novembre 1997 ed entrato in vigore il 1° maggio 1999.

Le ambizioni del Trattato del 1997 emergono già dai primi articoli del testo, nei quali si può leggere l'obiettivo di uno "spazio di libertà, sicurezza e giustizia in cui sia assicurata [...] la prevenzione della criminalità e la lotta contro quest'ultima" grazie a "[...] un livello elevato di sicurezza, sviluppando tra gli Stati membri un'azione comune nel settore della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale, prevedendo e reprimendo il razzismo e la xenofobia"⁵².

Con il trattato di Amsterdam si procede, quindi, alla semplificazione dei trattati precedenti attraverso l'abrogazione delle disposizioni diventate obsolete e la nuova numerazione degli articoli.

In particolare, gran parte delle materie e dei settori originariamente collocati all'interno del terzo e del secondo pilastro vengono *comunitarizzate*, trasferendole all'interno del primo pilastro.

Gli Stati membri dell'Unione si prefiggono un nuovo obiettivo: cooperare effettivamente e in modo incisivo anche in relazione a fenomeni criminali che esulano dai meri interessi finanziari dell'Unione stessa, come la prevenzione e repressione della criminalità organizzata, del terrorismo, dei traffici di droga, armi ed esseri umani e dei reati contro i minori, al fine di assicurare ai cittadini europei uno spazio europeo di libertà e giustizia ed un elevato livello di sicurezza.

Negli artt. 29 ss. del TUE vennero indicate nuove disposizioni per una più stretta cooperazione tra le

autorità giudiziarie e le altre autorità competenti degli Stati membri e il riavvicinamento, ove necessario, delle normative degli Stati membri in materia penale.

Secondo il disposto dell'art. 31 TUE, l'azione dell'Unione Europea in campo penale si sarebbe articolata: "a) nella facilitazione e accelerazione della cooperazione tra i ministeri competenti e le autorità giudiziarie o autorità omologhe degli Stati membri in relazione ai procedimenti e all'esecuzione delle decisioni; b) nella facilitazione dell'extradizione fra Stati membri; c) nella garanzia della compatibilità delle normative applicabili negli Stati

⁵² Rispettivamente artt. 3 e 29 TUE.

membri, nella misura necessaria per migliorare la suddetta cooperazione; d) nella prevenzione dei conflitti di giurisdizione tra Stati membri; e) nella progressiva adozione di misure per la fissazione di norme minime relative agli elementi costitutivi dei reati e alle sanzioni, per quanto riguarda la criminalità organizzata, il terrorismo e il traffico illecito di stupefacenti”.

Il Trattato circoscrisse l’ambito del ravvicinamento delle legislazioni a tre soli settori: la criminalità organizzata, il terrorismo ed il traffico illecito di stupefacenti⁵³. Un’interpretazione estensiva di tali nozioni, prevista da alcuni documenti programmatici quali il Piano di Azione di Vienna e le Conclusioni di Tampere, consentì, tuttavia, all’Unione Europea di intervenire in settori più vasti⁵⁴.

Peraltro, il successivo art. 32 TUE apriva la possibilità anche per le autorità giudiziarie competenti nel settore della cooperazione in materia penale (oltre a quella di polizia) di “[...] operare nel territorio di un altro Stato membro in collegamento e d’intesa con le autorità di quest’ultimo” conferendo al Consiglio il potere di stabilire le relative condizioni e limiti.

L’obiettivo di un reale ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri venne raggiunto con l’introduzione di un

⁵³ Cfr. Art. 31 TUE

⁵⁴ Si veda, *ex multis*, la Decisione quadro contro la falsificazione di monete in relazione all’introduzione dell’euro (Decisione quadro relativa al rafforzamento della tutela per mezzo di sanzioni penali e altre sanzioni contro la falsificazione di monete in relazione all’introduzione dell’euro, del 29 maggio 2000, in GU n. L 140 del 14 giugno 2000) che, dopo aver individuato negli artt. da 3 a 5 una serie di condotte che devono essere vietate dagli Stati Membri (contraffazione di monete, immissione in circolazione di denaro contraffatto, etc.), dispone che la pena massima per tali reati non possa essere inferiore a otto anni di reclusione (art. 6) e prevede, altresì, la responsabilità penale delle persone giuridiche (artt. 7 e 8); ancora, nella Decisione quadro contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pornografia infantile (Decisione quadro relativa alla lotta contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pornografia infantile, del 22 dicembre 2003, in GU n. L 13 del 20 gennaio 2004) i primi articoli contengono puntuali definizioni relative agli elementi costitutivi del reato di pornografia infantile e dei reati ad esso connessi; ulteriori esempi sono la Decisione quadro contro la il traffico illecito di stupefacenti (Decisione quadro riguardante la fissazione di norme minime relative agli elementi costitutivi dei reati e alle sanzioni applicabili in materia di traffico illecito di stupefacenti, del 25 ottobre 2004, in GU n. L 335 dell’11 novembre 2004) e la Decisione quadro contro la tratta degli esseri umani (Decisione quadro sulla lotta alla tratta degli esseri umani, del 19 luglio 2002, in GU n. L 203 del giorno 1 agosto 2002) la quale prevede la definizione dei reati relativi alla tratta degli esseri umani a fini di sfruttamento di manodopera o sessuale, definisce pene e circostanze aggravanti, prevede la responsabilità delle persone giuridiche con le sanzioni a esse applicabili e richiede che ciascuno Stato Membro adotti le misure necessarie per sanzionare tali reati nel proprio ordinamento.

nuovo strumento legislativo, sostitutivo delle c.d. “azioni comuni”, ovvero: le c.d. “decisioni quadro”. Esse si connotano di vincolatività quanto al risultato da ottenere, salva restando la libertà per gli Stati membri di scelta della forma e dei mezzi con cui attuare le prescrizioni dettate⁵⁵.

La finalità di ravvicinamento delle legislazioni, peraltro, non venne limitata al diritto sostanziale ma si estese anche a disposizioni di carattere processuali, stante il generale obiettivo di garantire «la compatibilità delle normative applicabili negli Stati membri, nella misura necessaria per migliorare la cooperazione»⁵⁶. In tale novero sembrano potersi ricondurre decisioni quadro come quella sul riciclaggio di denaro e la ricerca, sequestro e confisca dei proventi di reato⁵⁷; quella relativa alla posizione della vittima nel procedimento penale⁵⁸; la proposta di Decisione quadro della Commissione Europea relativa all'introduzione di standard minimi di garanzie procedurali all'interno degli ordinamenti degli Stati membri avente l'obiettivo di rafforzare la protezione dei diritti dei cittadini, mediante l'approvazione di alcune norme minime comuni capaci di offrire un livello equivalente di protezione a sospettati ed accusati in tutto il territorio dell'Unione Europea⁵⁹.

⁵⁵ La definizione delle decisioni quadro data dall'art. 34, par. 2 TUE ricalca fedelmente quella fornita dall'art. 249 TCE per le direttive di primo pilastro.

⁵⁶ Cfr. art 31 TUE

⁵⁷ Decisione quadro 2001/500/GAI del 26 giugno 2001, in GU n. L 182 del 5 luglio 2001.

⁵⁸ Decisione quadro 2001/220/GAI del 15 marzo 2001, in GU n. L 82 del 22 marzo 2004.

⁵⁹ La proposta iniziale di Decisione quadro del Consiglio sulle garanzie procedurali nei procedimenti penali, presentata dalla Commissione nel 2004, è stata bloccata a causa delle opinioni divergenti delle delegazioni nazionali. In particolare, l'assenza del raggiungimento di un accordo politico sulla proposta era causata, come spesso ancora oggi accade, dalle diverse concezioni nazionali di alcuni di questi diritti e della resistenza di alcuni Stati membri a cedere all'Unione un così sensibile frammento di sovranità nazionale. Nel novembre 2009, tuttavia, il Consiglio ha adottato una tabella di marcia per il rafforzamento dei diritti procedurali di indagati e imputati nei procedimenti penali, invitando altresì la Commissione ad avanzare proposte puntuali sul tema. La tabella di marcia individuava sei ambiti principali nei quali auspicarsi iniziative legislative o di altro tipo: traduzione e interpretazione; informazioni relative ai diritti e all'accusa; consulenza e assistenza a livello legale; comunicazione con familiari, datori di lavoro e autorità consolari; garanzie speciali per indagati o imputati vulnerabili; detenzione preventiva. La storia dell'introduzione di standard minimi di garanzie processuali per tutti gli Stati membri, di fatti, non si concluse con una semplice proposta di Decisione quadro non andata a buon fine. Per fare alcuni esempi, successivamente, nell'ottobre 2010 il Parlamento e il Consiglio hanno adottato una Direttiva sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali (Direttiva 2010/64/UE) e nel maggio 2012 il Parlamento e il Consiglio hanno adottato la successiva Direttiva 2012/13/UE sul diritto all'informazione nei procedimenti penali (la cosiddetta «comunicazione dei diritti»). Ancora, le garanzie processuali, vennero implementate grazie ad ulteriori direttive quali quella dell'ottobre 2013, la 2013/48/UE, relativa al diritto di

Nel tentativo di avvicinare i meccanismi del terzo pilastro al diritto comunitario e di limitarne il carattere della inter governabilità, il Trattato di Amsterdam procedette anche ad una profonda riforma del ruolo e dei poteri conferiti alle istituzioni dal Titolo VI⁶⁰: la Commissione fu dotata di un potere di iniziativa concorrente con quello degli Stati membri; il Parlamento acquisì il diritto ad una consultazione sistematica su ogni proposta normativa, se pur senza potere di codecisione; la Corte di Giustizia ottenne la competenza pregiudiziale sull'interpretazione degli strumenti di terzo pilastro e di risoluzione dei conflitti sull'applicazione degli stessi.

Infine, il Trattato di Amsterdam procedette alla comunitarizzazione dell'*acquis* degli Accordi di Schengen e delle successive implementazioni, tali da farle diventare patrimonio comune dell'Unione, includendone il contenuto nel primo e nel terzo pilastro in funzione della materia trattata, con la conseguenza che qualsiasi nuovo Stato avesse chiesto l'ammissione all'Unione Europea sarebbe stato vincolato anche ai protocolli parte degli Accordi di Schengen.

Fu rafforzata anche la dimensione esterna dell'Unione Europea nel settore della cooperazione giudiziaria e di polizia, prevedendo agli artt. 24 e 38 TUE la possibilità per l'Unione Europea di concludere accordi internazionali anche con Stati terzi.

Da tale breve disanima, si evince che il Trattato di Amsterdam ha costituito una svolta importante per le prospettive di rafforzamento della cooperazione penale in quanto, pur consolidando l'architettura suddivisa in pilastri introdotta a Maastricht, ha operato una sostanziale "riscrittura del terzo

avvalersi di un difensore nel procedimento penale e al diritto di comunicare al momento dell'arresto. Peraltro il 27 novembre 2013 la Commissione presentò un pacchetto di proposte legislative a completamento della tabella di marcia sulle garanzie procedurali e dopo alcuni anni, nel marzo 2016 il Parlamento e il Consiglio hanno adottato la Direttiva (UE) 2016/343 sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali e, successivamente, nel maggio 2016 la Direttiva (UE) 2016/800 sulle garanzie procedurali per i minori indagati o imputati nei procedimenti penali.

⁶⁰ In particolare, le novità più significative sembrano registrarsi in relazione al ruolo ed alle competenze della Corte di Giustizia delle Comunità europee la quale, ai sensi dell'art. 35 TUE, si vide riconosciuta la possibilità di pronunciarsi in via pregiudiziale sulla validità o l'interpretazione delle decisioni e delle decisioni quadro, sull'interpretazione delle Convenzioni e sulla validità e sull'interpretazione delle misure di applicazione.

pilastro”⁶¹ sia sul piano contenutistico che sul piano programmatico, enucleando l’obiettivo di rendere l’Unione anzitutto uno spazio di “libertà, sicurezza e giustizia”⁶² in cui sia assicurata la prevenzione della “criminalità e la lotta contro quest’ultima”⁶³.

I.2.2.2 Le basi del mutuo riconoscimento: il Consiglio Europeo di Tampere e il Trattato di Nizza

Il Consiglio Europeo di Tampere⁶⁴, tenutosi il 15 e 16 ottobre 1999, ha rappresentato il «primo strumento programmatico di una seppur ancora embrionale politica criminale dell’Unione Europea»⁶⁵, divenendo punto di snodo dei differenti percorsi sino ad ora seguiti dall’Unione nonché riferimento per la maggior parte degli strumenti adottati negli anni successivi nel quadro del terzo pilastro.

In particolare, per la prima volta, il mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie degli Stati membri è stato individuato come lo strumento più efficace per armonizzare le legislazioni in materia penale sostanziale e processuale al fine di creare uno spazio di sicurezza e giustizia.

Secondo le linee guida approvate a Tampere, dunque, il superamento del tradizionale approccio alla cooperazione giudiziaria penale si impone, e deve

⁶¹ G. DARAIO, *La circolazione della prova nello spazio giudiziario europeo*, cit., p. 510.

⁶² Si tratta di tre concetti intrinsecamente ed inscindibilmente legati: non può aversi giustizia senza libertà, e non può aversi sicurezza senza giustizia. Secondo il Consiglio, la progressione in uno di questi tre settori non può essere accettabile se comporta allo stesso tempo una incidenza in uno degli altri due settori: è necessario raggiungere e mantenere un equilibrio tra le funzioni di spada e di scudo proprie della disciplina penale dell’Unione. Sullo spazio di libertà, sicurezza e giustizia a partire dal Trattato di Amsterdam, si vedano, in particolare T. RAFARACI (a cura di), *L’area di libertà, sicurezza e giustizia: alla ricerca di un equilibrio fra priorità repressive ed esigenze di garanzia*, Milano, 2007, e U. DRAETTA, N. PARISI, D. RINOLDI, *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, Napoli, 2007.

⁶³ Art. 3 TUE all’indomani delle modificazioni apportate dal Trattato di Amsterdam.

⁶⁴ Il 15 e 16 ottobre 1999, a Tampere, il Consiglio europeo tenne una riunione straordinaria sulla creazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia nell’Unione europea, elaborando il primo programma quinquennale con cui si delineavano gli orientamenti politici per lo sviluppo delle nuove competenze nei settori dei controlli delle frontiere, dell’asilo e dell’immigrazione. Per una sintesi si vedano *Le conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo di Tampere*, in *Cass. pen.*, 2000, p. 302 ss. Per un commento approfondito vedi, tra i tanti, A. DI PASCALE, *A vent’anni dal Programma di Tampere quali prospettive per le politiche di immigrazione e asilo dell’Unione europea?*, in *ww.rivista.eurojus.it*, 2019, p. 4; L. SALAZAR, *La costruzione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia dopo il Consiglio europeo di Tampere*, in *Cass. pen.*, 2000, p. 1114 e ss.

⁶⁵ R. SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell’Unione Europea.*, cit., 2005, p. 125.

riguardare tanto le procedure *in personam*, quanto quelle *in rem*, ossia deve ricomprendere anche il settore della ricerca e dell'acquisizione della prova, per evitare che «*i criminali possano trovare nascondigli o occultare i proventi dei loro reati all'interno dell'Unione*»⁶⁶.

Il Consiglio europeo invitò, poi, il Consiglio e la Commissione ad adottare, entro il dicembre 2000, un programma di misure volte, da un lato, all'attuazione del principio del reciproco riconoscimento, che prevedesse l'avvio di lavori per pervenire ad una sorta di Titolo esecutivo europeo e, dall'altro, allo studio degli aspetti del diritto prettamente processuale, finalizzato alla previsione di norme minime comuni che facilitassero l'applicazione di detto meccanismo nel rispetto dei principi giuridici fondamentali degli Stati membri.

L'esigenza di riformare il quadro istituzionale dell'Unione europea per far fronte alle sfide dei nuovi allargamenti⁶⁷, ha portato alla firma del Trattato di Nizza⁶⁸, che ha modificato il trattato sull'Unione europea, i trattati che istituiscono le Comunità europee e alcuni atti connessi. Esso ha inciso su: dimensioni e composizione della commissione; ponderazione dei voti in consiglio ed estensione del voto a maggioranza qualificata; cooperazioni rafforzate tra i paesi dell'Unione europea⁶⁹.

Per quanto qui di interesse, il Trattato di Nizza deve essere citato nella disamina sull'evoluzione della cooperazione giudiziaria penale per due motivi: in primis, riconosce rilievo ad Eurojust⁷⁰ come organismo protagonista del miglioramento della cooperazione giudiziaria penale e deputato al rafforzamento dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia; in

⁶⁶ Cfr. conclusione n. 6 del Consiglio europeo di Tampere, in *Le conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo di Tampere*, cit., p. 303.

⁶⁷ Dalle Conclusioni del Consiglio europeo di Helsinki del 1999, era emerso che l'Unione Europea avrebbe dovuto essere in grado di accogliere nuovi Stati membri, pronti per l'adesione a partire dalla fine del 2002.

⁶⁸ Pubblicato in GU n. C/80 del 10 marzo 2001.

⁶⁹ Il trattato di Nizza è stato approvato al Consiglio europeo di Nizza l'11 dicembre 2000 e firmato il 26 febbraio 2001. Dopo essere stato ratificato dagli allora 15 Stati membri dell'Unione europea, è entrato in vigore il 1° febbraio 2003. Vedi, tra i tanti, G. STROZZI E R. MASTROIANNI, *Diritto dell'Unione Europea. Parte istituzionale*, 5ª edizione, Giappichelli, 2014.

⁷⁰ Eurojust fu istituito dal Consiglio dell'Unione con la decisione 2002/187/GAI del 28 febbraio 2002 (entrata in vigore il 6 marzo 2002). *Infra* I.3.

secondo luogo pone le basi per il progetto di una Costituzione Europea, tesa a riformare i rapporti tra ordinamento europeo e diritto penale⁷¹.

I.2.3 La firma del Trattato di Lisbona

Le criticità sollevate dagli Stati membri con riferimento al progetto di una Costituzione Europea portarono all'abbandono dello stesso nel giugno del 2007, lasciando però acceso un dibattito politico e giurisprudenziale circa la necessità di innovare la struttura dell'allora Comunità Europea.

Fu convocata una Conferenza intergovernativa che elaborò un nuovo Trattato di riforma approvato durante il Consiglio di Lisbona del 18 e 19 ottobre 2007, successivamente firmato dagli Stati membri il 13.12.2007.

Il Trattato di Lisbona⁷², ha due termini di riferimento: il Trattato per una Costituzione Europea, da cui eredita la gran parte delle sue disposizioni, e i Trattati da riformare, nei quali inserisce, con delle modifiche degli stessi, le disposizioni attinte dal primo.

Sorge la necessità di riconoscere alla Comunità Europea una nuova ed unica personalità giuridica, tale da essere denominata Unione Europea con la conseguente unificazione dei tre pilastri⁷³ e l'attribuzione all'Unione della

⁷¹ Il lungo e travagliato processo di adozione della Costituzione europea fu abbandonato definitivamente dal Consiglio di Bruxelles del 21 e 22 giugno 2007, Cfr. 11177/1/07 REV 1, reperibile in www.consilium.europa.eu.

⁷² Il trattato di riforma fu firmato a Lisbona il 13 dicembre 2007, composto dal Trattato dell'Unione europea (TUE) e dal Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE). A seguito del completamento del processo di ratifica da parte dei 27 Stati membri, che si è concluso il 3 novembre 2009, il Trattato entra in vigore il 1° dicembre 2009. Il trattato di Lisbona comprende ben 37 allegati e 65 Dichiarazioni, molti dei quali contenenti disposizioni assai rilevanti. Invero, si rinvia a: il Protocollo sul ruolo dei Parlamenti nazionali nell'UE e il Protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità. La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione è stata spostata in una dichiarazione, come anche il principio sul primato del diritto dell'UE. I protocolli hanno efficacia vincolante, mentre le dichiarazioni hanno un valore solo politico. Il testo del trattato di Lisbona è pubblicato da: Consiglio dell'Unione europea, *Versione consolidata del trattato sull'Unione europea e del trattato sul funzionamento dell'Unione europea*, Bruxelles, 15 aprile 2008, 6655/08, 2008, pp. 1-478

⁷³ Il primo pilastro era rappresentato dalle Comunità europee (CE), volte allo sviluppo economico di tutti gli Stati membri principalmente attraverso la creazione e la crescita del mercato comune europeo, nonché dell'unione economica e monetaria. Il secondo e il terzo pilastro riguardavano invece la formazione di politiche comuni in materia, rispettivamente, di Politica Estera e Sicurezza Comune (PESC) e di Giustizia e Affari Interni (GAI), settori importanti per una comune convivenza tra gli Stati membri, ma all'epoca non ancora significativamente sviluppati.

soggettività giuridica internazionale, con la competenza di stipulare accordi con gli Stati terzi e le organizzazioni internazionali.

Ciò comporta anche una ridenominazione del TCE (Trattato della Comunità Europea) in TFUE (Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea), che diviene la base, insieme al TUE (Trattato sull'Unione Europea), della “nuova” Unione Europea.

Da un'analisi delle disposizioni del Trattato emerge che esso intende perseguire sostanzialmente quattro finalità⁷⁴: I) rafforzare la legittimità democratica del sistema; II) completare i percorsi istituzionali già avviati con i Trattati di Amsterdam e di Nizza, ripartendo le competenze dell'Unione sulla base del principio di attribuzione; III) fissare i principi essenziali intorno ai quali ruoterà il funzionamento dell'unione, dando un ruolo centrale al tema della protezione dei diritti fondamentali; IV) migliorare l'azione esterna ed interna dell'Unione.

⁷⁴ Stante la vastità della tematica e l'intento di garantire unicità alla presente disamina, si ritiene opportuno soffermarsi nei paragrafi successivi solo sulle novità apportate dal Trattato di Lisbona alla cooperazione giudiziaria in materia penale. Per un approfondimento sul Trattato di Lisbona si rinvia, tra i tanti, a: F. SPIEZIA, *Le linee evolutive della cooperazione giudiziaria penale in ambito europeo*, in E. Aprile-F. Spiezia, *Cooperazione giudiziaria penale nell'Unione europea prima e dopo il Trattato di Lisbona*, Ipsoa, 2009, p. 167; R. SICURELLA, *Il diritto penale europeo dopo Lisbona. Dall' "ossimoro polisenso" al diritto penale di un sistema di ordinamenti integrati. Ancora a metà del guado*, in Arch. Pen., 2021, 1; L. S. ROSSI, *Il Trattato di Lisbona: Commentario*. Giuffrè Editore, 2011; G. TESAURO, *Manuale di Diritto dell'Unione Europea*, Editoriale scientifica, 2023; M. C. BARUFFI, *Il nuovo trattato di Lisbona: Una Costituzione senza popolo?* Giappichelli Editore, 2008; A. ADINOLFI, *Il Trattato di Lisbona e il rafforzamento del Parlamento europeo in Il Parlamento europeo: attualità e prospettive*. Giuffrè Editore, 2010; M. FRAGOLA, *Il Trattato di Lisbona. Che modifica il Trattato sull'Unione europea e il Trattato della Comunità europea*, Giuffrè editore, 2010; CRAIG, P., & DE BÚRCA, G., *EU Law: Text, Cases, and Materials* (6th ed.). Oxford University Press, 2015; CHALMERS, D., DAVIES, G., & MONTI, G. *European Union Law: Cases and Materials*, Cambridge University Press, 2014; S. WEATHERILL, *The Lisbon Treaty: A Constitutional Treaty in All But Name*, in *Journal of Common Market Studies*, 46(4), pp. 795-814, 2008; P. EECKHOUT, *The Lisbon Treaty and the Court of Justice in European Constitutional Law Review*, 6(2), 2010, pp. 197-229; M. CREMONA, *External Relations and External Competence of the European Union: The Emergence of an Integrated Policy in Oxford Yearbook of European Law*, 28(1), 2009, pp. 457-506.; A. BIONDI, P. EECKHOUT, & S. RIPLEY, (Eds), *EU Law after Lisbon*, in *Oxford University Press*, 2012. Per una introduzione alle novità più rilevanti del Trattato di Lisbona, cfr. Senato della Repubblica, *Relazione al disegno di legge n. 1956, comunicato alla presidenza il 17 gennaio 2008, Ratifica ed esecuzione del Trattato di Lisbona che modifica il Trattato sull'Unione europea e il Trattato che istituisce la Comunità europea e alcuni atti connessi, con atti finali, protocolli e dichiarazioni, fatto a Lisbona il 13 dicembre 2007*, 2008, pp. 1-28.

1.2.3.1 La protezione dei diritti fondamentali dell'individuo

Uno degli obiettivi del trattato fu di fissare i principi essenziali intorno ai quali sarebbe ruotato il funzionamento dell'Unione, ponendo luce sulla protezione dei diritti fondamentali dell'individuo.

Si procedette, dunque, all'integrazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea⁷⁵ nel diritto primario europeo e alla previsione di nuovi meccanismi di solidarietà che garantissero una migliore protezione dei cittadini dell'Unione. Ai sensi dell'art. 6 TUE⁷⁶, la Carta assume il medesimo valore giuridico dei trattati, ponendosi come pienamente vincolante per le istituzioni europee e gli Stati membri e, allo stesso livello di trattati e protocolli ad essi allegati, come vertice dell'ordinamento dell'Unione europea⁷⁷.

⁷⁵ La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, anche nota come Carta di Nizza è proclamata una prima volta il 7 dicembre 2000 a Nizza e una seconda volta, in una versione adattata, il 12 dicembre 2007 a Strasburgo da Parlamento, Consiglio e Commissione. Essa risponde alla necessità, emersa durante il Consiglio europeo di Colonia (3 e 4 giugno 1999), di definire un gruppo di diritti e di libertà di eccezionale rilevanza e di fede che fossero garantiti a tutti i cittadini dell'Unione. Ultima versione pubblicata in GU dell'Unione Europea n. 2016/C 202/02.

⁷⁶ Si riporta il testo completo dell'art 6 TUE: «1. L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati. Le disposizioni della Carta non estendono in alcun modo le competenze dell'Unione definite nei trattati. I diritti, le libertà e i principi della Carta sono interpretati in conformità delle disposizioni generali del titolo VII della Carta che disciplinano la sua interpretazione e applicazione e tenendo in debito conto le spiegazioni cui si fa riferimento nella Carta, che indicano le fonti di tali disposizioni. 2. L'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Tale adesione non modifica le competenze dell'Unione definite nei trattati. 3. I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali»

⁷⁷ Il trattato pone fine alla controversia attinente la forza obbligatoria della Carta. Sul tema v. S. PANUNZIO, *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Napoli 2005; nonché S. MANGIAMELI, *La tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento europeo*, in AA. VV., *Itinerari giuridici*, Milano, 2007, pag. 555 ss; P. RIDOLA, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e le tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri*, in *Le riforme istituzionali e la partecipazione dell'Italia all'Unione Europea*, a cura di S. Panunzio e E. Sciso, Milano, 2002, 85-92; U. VILLANI, *I diritti fondamentali tra Carta di Nizza, Convenzione europea dei diritti dell'uomo e progetto di Costituzione europea*, in *Dir. Un. Eur.*, 2004, p. 78 ss; V. MILITELLO, *I diritti fondamentali come oggetto di tutela penale: l'apporto della Carta europea*, in AA. VV., *I diritti fondamentali in Europa*, Milano p. 706 ss; M. LUGATO, *La rilevanza giuridica della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea* in *Riv. Dir. Int.*, 2001, p. 1009-10012; E. PAGANO, *Sui rapporti tra la Carta e i principi fondamentali elaborati dalla Corte di Giustizia*, in F. Caruso e L. Sico (a cura di), *Le nuove frontiere della disciplina della concorrenza e del mercato nell'Unione europea*,

Il paragrafo di chiusura dell'art. 6 TUE, che riconosce ai diritti fondamentali della Carta la valenza di principi generali dell'Unione, apre gli stessi ad un'interpretazione estensiva della loro area di applicazione, garantendo un innalzamento della loro tutela e un approccio di armonizzazione all'interno dello spazio giuridico europeo⁷⁸.

Invero, da una lettura in combinato disposto⁷⁹ tra l'art. 6 TUE e l'art. 51 della Carta dei diritti fondamentali⁸⁰, che precisa che la Carta si applica agli Stati membri "esclusivamente in attuazione del diritto dell'Unione", si impone il rispetto dei diritti fondamentali anche in tutti quei casi in cui la normativa interna, pur non costituendo attuazione della normativa europea, venga comunque ad incidere in un'area di competenza dell'Unione o in settori già disciplinati dal diritto dell'Unione⁸¹.

I diritti fondamentali trovano, pertanto, tutela all'interno degli Stati membri ogniqualvolta vi sia un collegamento tra normativa interna e diritto europeo anche se non in termini di puntuale attuazione o esecuzione.

Questa rilettura dell'applicabilità della Carta, con una diretta diffusione nel sistema giuridico degli Stati membri, consente un innalzamento della loro tutela e un approccio di armonizzazione all'interno dello spazio europeo di "libertà, sicurezza e giustizia".

Torino 2003, p. 43 ss; P. CARETTI, *La tutela dei diritti fondamentali nel nuovo Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa*, in *Dir. Un. Eur.*, 2005, p. 375 ss.

⁷⁸ G. GRASSO, *Il Trattato di Lisbona e le nuove competenze penali*, in Studi in onore di Mario Romano, Napoli, Jovene, 2011, IV, 2315-2316.2319 ss.

⁷⁹ Tra tutte cfr. Corte Giust, 3 maggio 2007, causa C-303/05, *Advocaten voor de Wereld VZW contro Leden van de Ministerraad*,

⁸⁰ Il cui testo completo recita: «1. Le disposizioni della presente Carta si applicano alle istituzioni, organi e organismi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà, come pure agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione. Pertanto, i suddetti soggetti rispettano i diritti, osservano i principi e ne promuovono l'applicazione secondo le rispettive competenze e nel rispetto dei limiti delle competenze conferite all'Unione nei trattati. 2. La presente Carta non estende l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione al di là delle competenze dell'Unione, né introduce competenze nuove o compiti nuovi per l'Unione, né modifica le competenze e i compiti definiti nei trattati»

⁸¹ R. A. GARCIA, *Le clausole orizzontali della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Riv. it. dir. pubbl.*, 2003, 5

I.2.4 La cooperazione penale nello “Spazio di libertà, sicurezza e giustizia” del nuovo Titolo V TFUE

Tra le tante dirompenti novità, il Trattato di Lisbona ha ereditato dal progetto del Trattato per una nuova Costituzione⁸² l'idea di riformare i rapporti tra il diritto dell'Unione Europea e il diritto penale⁸³, terreno già solcato da alcune sentenze della Corte di Giustizia⁸⁴.

Stante il superamento della divisione in pilastri, la disciplina del nuovo “Spazio di libertà, sicurezza e giustizia” fu introdotta nel Titolo V⁸⁵ del TFUE, di cui il capo 4 riguardante la cooperazione giudiziaria in materia penale è rientrate in un settore di competenza concorrente⁸⁶ dell'Unione Europea.

La “nuova” cooperazione giudiziaria in materia penale si erge, in particolare, su due norme, gli artt. 82 e 83 del TFUE, da cui emergono le due linee direttrici che orientano il legislatore europeo: rispettivamente il

⁸² In merito alla Costituzione per l'Europa, v. M. BARGIS, *Studi di diritto processuale penale*, vol. II, *Questioni europee e ricadute italiane*, 2^a ed., Giappichelli, 2007, p. 19.; C. AMALFITANO, *Le prime direttive europee sul ravvicinamento “processuale”: il diritto all'interpretazione, alla traduzione e all'informazione nei procedimenti penali*, in R. Del Coco-E. Pistoia (a cura di), *Stranieri e giustizia penale*, cit., p. 2; G. DE AMICIS, *Problemi e prospettive*, cit., p. 327; P. MOSCARINI, *Eurojust e il pubblico ministero europeo: dal coordinamento investigativo alle indagini coordinate*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, p. 641; L. SALAZAR, *Di un sistema penale europeo (e dei suoi attori) prima e dopo il Trattato di Lisbona*, in G. Grasso-L. Picotti-R. Sicurella (a cura di), *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, Giuffrè, 2011, p. 730.

⁸³ L. PICOTTI, *Superamento della tecnica del c.d. doppio testo e tutela degli interessi europei*, in G. Grasso, R. Sicurella (a cura di), *Per un rilancio del progetto europeo. Esigenze di tutela degli interessi comunitari e nuove strategie di integrazione penale*, Milano, Giuffrè, 2008, 331 ss.

⁸⁴ Quali, in particolare, Corte Giust, 16 giugno 2005, causa C-105/03, *Procedimento penale contro Maria Pupino*.

⁸⁵ Il Titolo V del TFUE si articola in cinque capi così suddivisi: disposizioni generali; politiche relative ai controlli alle frontiere, all'asilo e all'immigrazione; cooperazione giudiziaria in materia civile; cooperazione giudiziaria in materia penale; cooperazione di polizia. L'istituzione di tale Spazio venne menzionata già nel preambolo del nuovo Trattato sull'Unione Europea dove è concepita come funzionale all'agevolazione della libera circolazione delle persone.

⁸⁶ L'Unione può adottare atti in base ai principi di sussidiarietà e di proporzionalità, mentre gli Stati possono intervenire solo nella misura in cui l'Unione non abbia esercitato la propria competenza (o se l'Unione abbia deciso di cessare una competenza già avviata), sempre nel rispetto «dei diritti fondamentali nonché dei diversi ordinamenti giuridici e delle diverse tradizioni giuridiche degli Stati membri», cfr. art 67 TFUE.

riconoscimento delle decisioni giudiziarie⁸⁷ e l'armonizzazione, o ravvicinamento, fra le legislazioni degli Stati membri⁸⁸.

I.2.4.1 L'art. 82 TFUE e il principio del mutuo riconoscimento

Il principio del mutuo riconoscimento è stato codificato dal Trattato di Lisbona al fine di pervenire ad un sistema di libera circolazione delle decisioni giudiziarie all'interno dell'Unione europea⁸⁹.

Invero, tale principio era stato già riconosciuto, nel settore del diritto comunitario ed in particolare nell'ambito della libera circolazione delle merci, dalla giurisprudenza della Corte di giustizia.

Con la rinomata sentenza *Cassis de Dijon*⁹⁰, la Corte di Lussemburgo, chiamata a risolvere una questione pregiudiziale sulla compatibilità con il

⁸⁷ Individua le due linee direttrici S. ALLEGREZZA, *Cooperazione giudiziaria, mutuo riconoscimento e circolazione della prova penale nello spazio giudiziario europeo*, in T. Rafaraci (a cura di), *L'aria di libertà, sicurezza e giustizia, cit.*, p. 695, a proposito della cooperazione pre-Lisbona. Nello stesso senso anche F. DE LEO, *La Convenzione sul Futuro dell'Europa e la cooperazione giudiziaria in materia penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, p. 378, che fa riferimento a un «doppio binario di cooperazione, da porre sullo stesso piano, l'uno basato sulla fiducia nei sistemi giudiziari dei singoli Stati membri e l'altro basato su una prospettiva d'integrazione», nonché M. BARGIS, *Studi, cit.*, p. 223.

⁸⁸ M. BARGIS, *Studi, cit.*, p. 223, evidenzia che se è innegabile la «funzione ausiliaria, e per così dire propedeutica» della prospettiva dell'armonizzazione «rispetto al riconoscimento reciproco» nondimeno la prima risponde anche «a funzioni autonome»: quella di garantire ai cittadini europei un «livello elevato di sicurezza, in uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia» (art. 29 TUE) da perseguire anche mediante il «ravvicinamento, ove necessario, delle normative degli Stati membri». V. anche L. MARAFIOTI, *Orizzonti investigativi europei, assistenza giudiziaria e mutuo riconoscimento in Criticità e prospettive*, a cura di Bene, Lupária, Marafioti, Torino, 2016, p. 15; S. ALLEGREZZA, *Cooperazione, cit.*, p. 702, a proposito di armonizzazione, distingue tra ravvicinamento spontaneo in cui «la prossimità dei sistemi normativi può sorgere da una cultura giuridica condivisa, da convergenze anche spontanee, seppur embrionali, che contribuiscono a creare comuni paradigmi di riferimento», ravvicinamento indotto nel senso di imposto «al legislatore dall'ossequio dovuto agli impegni assunti in campo internazionale» e, infine, derivante dalla «unificazione di un determinato settore, ovvero dalla creazione in ambito sovranazionale di un corpus normativo condiviso».

⁸⁹ F. BIANCO, *Mutuo riconoscimento e principio di legalità (...)*, in AA.VV., *L'evoluzione del diritto penale nei settori di interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, a cura di G. Grasso, L. Picotti, R. Sicurella, Milano, Giuffrè, 2011, p. 171. V. anche O. MAZZA, *Il principio del mutuo riconoscimento nella giustizia penale, la mancata armonizzazione e il mito taumaturgico della giurisprudenza penale*, in *Riv. it. proc.*, 2009, p. 394 s. e p. 398; J.R. SPENCER, *Il principio del mutuo riconoscimento*, in AA.VV., *Manuale di procedura penale europea* (a cura di R.E. Kostoris), Milano, 2019, 318 s. che sottolinea che «mentre la libera circolazione delle merci esige che gli Stati membri si astengano dall'intervenire, la libera circolazione delle decisioni giudiziarie esige, al contrario, che queste siano recepite ed eseguite».

⁹⁰ Cort. Giust., sent. 20 febbraio 1979, causa 120/78, *Rewe- Zentral AG c. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, *Raccolta digitale*, ECLI:EU:C:1979:42. L'attore nella causa principale, volendo importare dalla Francia una partita di Cassis de Dijon

diritto comunitario della normativa tedesca relativa allo smercio di bevande alcoliche, sancì che gli articoli prodotti conformemente alle norme legali di uno stato membro dell'Unione europea potessero in genere essere venduti negli altri stati membri.

In particolare, nel dichiarare che lo Stato membro di destinazione non possa impedire l'importazione nel proprio territorio di merci «legalmente prodotte e poste in vendita» in un altro Stato membro⁹¹, la sentenza *Cassis de Dijon* formula il principio di mutuo riconoscimento quale strumento diretto alla rimozione degli ostacoli alle libertà di circolazione garantite dal Trattato⁹².

Pur recando la prima enunciazione pretoria del principio di mutuo riconoscimento, la sentenza suddetta non presenta nessun riferimento testuale ad esso.

E' solo con il TFUE che il reciproco riconoscimento viene qualificato espressamente come principio informatore della cooperazione giudiziaria in materia penale e civile, al fine di istituire un sistema di libera circolazione delle decisioni giudiziarie all'interno dell'Unione europea.

per metterla in commercio in Germania, aveva richiesto all'amministrazione del monopolio dell'alcool tedesca la relativa autorizzazione, rifiutata a causa dell'insufficienza della gradazione alcolica presente nel liquore francese (la legge tedesca prevede che, per la messa in commercio, un liquore contenga un contenuto minimo di alcool). La questione posta alla Corte era dunque stabilire se la legge tedesca sul commercio di prodotti alcolici fosse compatibile con il diritto comunitario o costituisse, invece, un'illegittima restrizione della libera circolazione delle merci fra gli Stati membri.

⁹¹ *Ibid.*, punto 14, quarto capoverso.

⁹² Trattato che istituisce la Comunità Economica Europea, firmato a Roma il 25 marzo 1957, numero CELEX11957E/TXT.

Precondizione del mutuo riconoscimento è una “fiducia reciproca” tra gli Stati⁹³, che viene qualificata come «un principio più generale» rispetto al quale il mutuo riconoscimento costituisce «espressione specifica»⁹⁴.

L'impossibilità di delineare i precisi contorni giuridici della nozione di reciproca fiducia, fa sì che essa assurge a valore simbolico quale concetto di rilevanza politica che orienta le relazioni tra gli Stati membri ed informa l'azione politica dell'Unione nell'attuazione del principio del mutuo riconoscimento.

Siffatto meccanismo si basa sul “dogma” dell'appartenenza degli Stati membri alla medesima cultura giuridica⁹⁵ e dell'elevato grado di affidamento,

⁹³ L'attribuzione della qualifica di principio alla reciproca fiducia si deve all'Avvocato Generale Jean Mischo. Questi, nelle conclusioni relative al caso *Commissione c. Italia*, ha elevato la reciproca fiducia a principio informatore di tutto il sistema di riconoscimento istituito dall'allora Comunità economica europea nel settore dei controlli sanitari contro la brucellosi negli animali di specie bovina e suina. (Conclusioni dell'Avvocato Generale Jean Mischo presentate il 1° ottobre 1987, causa 116/86, Commissione delle Comunità europee contro Repubblica italiana, Raccolta digitale, ECLI:EU:C:1987:420, punto 39). Circa la reciproca fiducia, G. DE AMICIS, *Dalle rogatorie all'ordine europeo di indagine: verso un nuovo diritto della cooperazione giudiziaria penale*, in *Cass. pen.*, 2018, p. 24; S. ALLEGREZZA, *Cooperazione*, cit., p. 694; G. FIORELLI, *Nuovi orizzonti investigativi: l'ordine europeo d'indagine penale*, in *Dir. Pen. Proc.*, 6, 2013, p. 705, precisa come «l'instaurazione di un clima di confiance mutuelle (...) non può darsi per acquisita, ma necessita di solide basi, di un sostrato di norme minime uniformi in grado di tener conto delle differenze esistenti tra i vari ordinamenti giuridici»; secondo l'Autrice, «la mancanza di un previo ravvicinamento delle legislazioni e delle prassi applicative – suscettibile di esporre a rischio di compressione le garanzie dell'individuo – fa, pertanto, della reciproca fiducia un obiettivo da raggiungere più che una premessa da cui muovere»; in termini, V. FAGGIANI, *Le crisi sistemiche dello Stato di diritto e i loro effetti sulla cooperazione giudiziaria nell'UE*, in *Dir. pen. cont.*, 2019, 2, p. 208, mette in luce che il concetto di fiducia reciproca non è stato recepito nei Trattati né il diritto derivato o la Corte di giustizia ne hanno fornito una nozione chiara. Nondimeno il fondamento della fiducia reciproca può rinvenirsi, secondo l'Autrice, nell'art. 2 TUE, tra i «valori costituenti il nucleo duro del patrimonio costituzionale degli Stati dell'Unione». Prosegue spiegando che «la necessità di favorire l'adesione all'UE di un numero sempre maggiore di Stati per avanzare nel processo di integrazione rese necessario costruire la finzione della protezione equivalente, mediante il filtro del riconoscimento mutuo, nella speranza che anche i nuovi Stati raggiungessero rapidamente lo standard minimo richiesto». In dottrina, v. anche O. DOMINIONI, *Considerazioni introduttive*, in AA.VV., *Investigazioni e prove transnazionali*, Giuffrè, 2017, p. 18; G. LASAGNI, *Profili critici sullo sviluppo della circolazione probatoria nell'Unione europea. Alcuni parametri di valutazione dei sistemi di cooperazione europei alla luce della direttiva OEI*, in M. Caianiello-A. Di Pietro (a cura di), *Indagini penali e amministrative in materia di frodi IVA e doganali*, Cacucci Editore, 2016, p. 349; J.R. Spencer, *Il principio del mutuo riconoscimento*, cit., p. 321.

⁹⁴ Cort. Giust., sentenza 11 maggio 1989, causa 25/88, *Procedimento penale contro Esther Renée Wurmser, vedova Bouchara, e società Norlaine*, Raccolta digitale, ECLI:EU:C:1989:187, punto 18.

⁹⁵ Nel senso che l'Unione europea è «fattore formativo del diritto» e che «la tradizione europea è un sistema vitale, dinamico, sempre in movimento», v. F. FALATO, *Sistema*

tuttavia solo presunto dalla adesione di tutti gli Stati membri dell'Unione europea al Consiglio d'Europa⁹⁶.

Nel settore della cooperazione giudiziaria in materia penale, il reciproco riconoscimento esplica una funzione di governo e di contrasto agli effetti collaterali di matrice criminale delle libertà di circolazione⁹⁷, con un progressivo spostamento dell'asse della cooperazione dai tradizionali rapporti politico-diplomatici a un livello semplicemente giudiziario, ove le Autorità procedenti possano dialogare direttamente.

L'effetto della libera circolazione di provvedimenti giurisdizionali favorisce l'attuazione da parte degli Stati membri di misure individuali, aventi contenuto coercitivo e natura alternativamente personale⁹⁸ o reale⁹⁹ riservando la salvaguardia delle garanzie individuali.

L'art. 82 TFUE, testé citato, al suo primo paragrafo, si occupa di facilitare i rapporti tra autorità giudiziarie (od equivalenti) degli Stati membri, ciascuna delle quali agisce nell'ambito delle proprie prerogative nazionali, attraverso strumenti legislativi che mirano a garantire la libera circolazione delle decisioni giudiziarie all'interno dell'area di libertà, sicurezza e giustizia dell'Unione.

integrato di fonti e di interpretazioni, in F. Falato-F. Caringella (a cura di), *Scritti di cooperazione giudiziaria penale*, Dike giuridica, 2018, p. 3 s.

⁹⁶ G. GRASSO, *Prospettive di uno «spazio giudiziario europeo»*, in *Ind. pen.*, 1996, p. 112. V. anche S. ALLEGREZZA, *Cooperazione*, cit., p. 694. G. ILLUMINATI, *Prova penale e Unione europea*, BUP, 2009, p. 6, sottolinea le difficoltà di costruire «una cultura giuridica europea, anche in materia penale» per evidenziare la connessione tra il fallimento dei tentativi di armonizzare i sistemi processuali nazionali e il più ampio spazio che ha trovato il principio del mutuo riconoscimento.

⁹⁷ Cfr. S. MONTALDO, *I limiti della cooperazione in materia penale nell'Unione europea*, in *Quaderni del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Torino*, Editoriale Scientifica, 2015, p. 350.

⁹⁸ Tra le tante, Decisione quadro del Consiglio del 13 giugno 2002 relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri (2002/584/GAI). Per un approfondimento si veda, tra i tanti, G. DELLA MONICA, *Il mandato di arresto europeo*, Giappichelli Editore, 2013.

⁹⁹ Decisione quadro 2003/577/GAI del Consiglio del 22 luglio 2003 relativa all'esecuzione nell'Unione europea dei provvedimenti di blocco dei beni o di sequestro probatorio, in G.U.U.E. L 196, del 2 agosto 2003, p. 45 ss.; Decisione quadro 2005/214/GAI del Consiglio del 24 febbraio 2005 relativa all'applicazione del reciproco riconoscimento alle sanzioni pecuniarie, in G.U.U.E. L 76, del 22 marzo 2005, p. 16 ss.; Decisione quadro 2006/783/GAI del Consiglio del 6 ottobre 2006 relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento della decisione di confisca, in G.U.U.E. L 328, del 24 novembre 2006, p. 59 ss.

La prima sfera di competenza riconosciuta all'Unione riguarda proprio la regolamentazione di strumenti che permettono il riconoscimento di sentenze ed altre decisioni in uno Stato membro diverso da quello in cui esse sono state pronunciate.

Ciò comporta che le autorità dello Stato ove la decisione troverà esecuzione devono rapportarsi ad essa esattamente come se fosse stata emessa da un'autorità nazionale.

È, poi, prevista l'ulteriore competenza del Parlamento europeo e del Consiglio a adottare misure volte a prevenire e risolvere i conflitti di giurisdizione tra Stati membri” e per “sostenere la formazione dei magistrati e degli operatori giudiziari”¹⁰⁰. Nonché ulteriori competenze per “facilitare la cooperazione” tra le autorità giudiziarie, sia in relazione all'azione penale, che nella fase dell'esecuzione delle decisioni¹⁰¹.

L'intento di creare uno Spazio dell'Unione dotato di effettività e concretezza è confermato dal secondo paragrafo dell'articolo in esame, ove emerge che il ravvicinamento delle disposizioni processuali tramite l'adozione di norme minime comuni sia ammissibile solo in quanto risulti “necessario” per il funzionamento del riconoscimento reciproco delle decisioni nonché dei meccanismi di cooperazione giudiziaria e di polizia. Rimane, pertanto, una subordinazione della competenza di diritto processuale penale alle esigenze di cooperazione giudiziaria.

1.2.4.2 Cenno all'art. 83 TFUE e la tecnica del ravvicinamento delle disposizioni legislative

La seconda linea direttrice che ha guidato il legislatore europeo è stata la tecnica dell'armonizzazione, o ravvicinamento, fra le legislazioni degli Stati membri, utilizzata per le disposizioni di diritto penale sostanziale.

Si istituiscono due tipi di competenze in capo alle istituzioni comunitarie in ambito penale: una competenza autonoma ed una accessoria.

¹⁰⁰ Cfr. art. 82 §1 lett. b) e c) TFUE.

¹⁰¹ Cfr. art. 82 §1 lett. d) TFUE.

Il primo paragrafo dell'art. 83 TFUE riconosce al Parlamento europeo e al Consiglio una competenza autonoma nel promulgare direttive che stabiliscano norme minime comuni relative alla definizione di reati, comprese le relative fattispecie e sanzioni, in sfere di criminalità particolarmente gravi, che si presentino in dimensione transnazionale derivante dal carattere o dalle implicazioni di tali reati o da una particolare necessità di combatterli su basi comuni¹⁰².

La competenza accessoria¹⁰³ è, invece, stabilita dall'art. 83 TFUE secondo paragrafo per quei settori già oggetto di armonizzazione in cui è indispensabile l'intervento dell'Unione con direttive e norme minime penali per garantire l'attuazione efficace di una politica europea, attraverso l'introduzione di obblighi di penalizzazione¹⁰⁴.

Lo *ius puniendi* continua, però, ad essere nel concreto un diritto pieno del singolo Stato membro.

Si configura un ricorso al diritto penale quale *ultima ratio*, in termini di "indispensabilità" di pena connesso all'attuazione di una politica dell'Unione. Si tratta di una indispensabilità che si pone esclusivamente come criterio di legittimazione dell'intervento dell'Unione in un ambito a competenza concorrente, e pertanto quale specificazione della condizione di legittimazione della sussidiarietà europea per qualunque intervento dell'Unione¹⁰⁵.

¹⁰² Cfr. art 83 §1

¹⁰³ Merita di essere ricordato come la competenza c.d. accessoria in verità si sia esplicitata ben prima della sua espressa previsione all'art. 83.2 TFUE, non soltanto con riguardo ai settori interessati dalle due pronunce della Corte di Giustizia del 2005 e del 2007 (CGUE 13-9-2005, Commissione c. Consiglio, C- 176/03, EU:C:1989:339; CGUE 23-10-2007, Commissione c. Consiglio, C- 440/05, EU:C:2007:625) , ma anche con l'adozione di alcune direttive nel vigore del precedente trattato; oltre alla Direttiva 2008/99/CE, del 19 novembre 2008, sulla tutela penale dell'ambiente, e alla Direttiva 2009/123/CE relativa all'inquinamento provocato dalle navi e all'introduzione di sanzioni per violazioni, si vedano altresì Direttiva 2009/48/CE del 18 giugno 2009 sulla sicurezza dei giocattoli; e Direttiva 2009/52/CE del 18 giugno 2009 che introduce norme minime relative a sanzioni e a provvedimenti nei confronti dei datori di lavoro che impiegano cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare.

¹⁰⁴ Sulla competenza c.d. accessoria, si veda la ricostruzione in A. BERNARDI, *La competenza penale accessoria dell'Unione europea: problemi e prospettive*, in *Dir. pen. cont.*, 2012, 46.

¹⁰⁵ Sul punto si veda, R. SICURELLA, *Il diritto penale europeo dopo Lisbona. Dall' "ossimoro polisenso" al diritto penale di un sistema di ordinamenti integrati. Ancora a metà del guado*, in *Arch. Pen.*, 2021, n. 1, p 5

I.3 ART. 85 TFUE: l'istituzione di Eurojust

La creazione di un suddetto nuovo modello di cooperazione ha reso necessario l'individuazione di un soggetto istituzionale, un ente con personalità giuridica, a livello europeo che fosse centro di imputazione dell'azione di coordinamento.

L'art. 85 TFUE riconosce tale soggetto in Eurojust¹⁰⁶ e gli assegna il compito di sostenere e potenziare il coordinamento e la cooperazione tra le autorità nazionali responsabili delle indagini e dell'azione penale contro gravi forme di criminalità transfrontaliera.

Inoltre, pur evitando di attribuire alla titolarità di Eurojust i poteri tipici di un organo di accusa, quali l'esercizio dell'azione penale, il TFUE gli riserva, nelle diverse materie di sua competenza, rilevanti poteri di avvio delle indagini penali, di coordinamento operativo delle stesse e di "proposta di avvio di azioni penali" poi esercitate dalle competenti autorità nazionali.

Sebbene risulti specificato nel Trattato che, laddove Eurojust decida di esercitare il potere di determinare l'avvio di un'indagine, gli atti formali della procedura saranno comunque assunti dalla competente autorità giudiziaria nazionale, appare evidente che Eurojust da organismo di mero coordinamento inizia ad assurgere la veste di organismo di indagine, seppure non ancora titolare del potere di esercizio dell'azione penale.

¹⁰⁶ Eurojust fu istituita con la Decisione 2002/187/GAI del 28 febbraio 2002. Durante il vertice dei Capi di Stato e di Governo tenutosi a Tampere nel 1999 fu prevista la creazione di un'unità composta di magistrati del Pubblico ministero, giudici o funzionari di polizia, con pari prerogative appartenenti agli Stati membri dell'Unione europea, che consentisse di migliorare la lotta contro la criminalità organizzata. In seguito al vertice, nel 2000, il Consiglio dell'Unione europea adottò una Decisione (Pubblicata in GU, 21 dicembre 2000, n. L 324) con cui istituì l'unità provvisoria di cooperazione giudiziaria i cui compiti consistevano nel "migliorare la cooperazione tra le autorità nazionali per le attività di indagine e le azioni giudiziarie" e di "stimolare e migliorare il coordinamento" (Art. 2 Decisione in GU, 21 dicembre 2000, n. L 324 cit.) tra le autorità statali nell'ambito delle indagini contro la criminalità organizzata. Sul tema cfr. E. CALVANESE, G. DE AMICIS, *Eurojust: il terzo pilastro trova le sue fondamenta*, in *Guida al dir.*, 2002, 6; F. LO VOI, *Eurojust: prime riflessioni su alcuni profili ordinamentali*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2005, 5; N. ALONSO MOLEDA, *Eurojust, a la vanguardia de la cooperación judicial en materia penal de la Unión Europea*, in *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 41, 2012, 119-157; G. PÉREZ SOUTO, *Eurojust ¿un instrumento eficaz en la lucha contra el crimen organizado?*, in *Revista General de Derecho Europeo*, 2013, 30; L. SALAZAR, *Eurojust: una prima realizzazione della Decisione del Consiglio Europeo di Tampere*, in *Doc. Giust.*, 2000, 6.

I.3.1 La struttura e la funzione di Eurojust

Ai fini della presente trattazione, appare utile un sommario inquadramento strutturale di Eurojust.

Eurojust è un'entità dell'Unione dotato di personalità giuridica¹⁰⁷, indipendente da altre istituzioni europee di livello politico o amministrativo¹⁰⁸. Quale ente di concertazione delle procure nazionali dell'Unione, esso è costituito da ventisette rappresentanti nazionali (distaccati da ciascuno Stato membro, aventi ruolo di giudici, magistrati del pubblico ministero e funzionari di polizia) e da un Collegio¹⁰⁹.

Ciascuno Stato membro, non solo, può designare uno o più corrispondenti nazionali, ovvero organi giudiziari o amministrativi, che rappresentano un punto di contatto della Rete Giudiziaria Europea, ma devono anche istituire un "sistema di coordinamento nazionale Eurojust" teso a garantire il coordinamento del lavoro svolto dai singoli corrispondenti nazionali.

Si può affermare che Eurojust sia competente per le indagini e le azioni penali che interessano le forme gravi di criminalità transnazionale e contribuisce alle indagini degli Stati membri sulla base delle analisi e delle segnalazioni effettuate da Europol.

In particolare, l'art. 4 della Decisione riconduce tra le competenze di Eurojust le forme di criminalità per le quali è competente l'Europol, nonché la conoscenza delle indagini e delle azioni penali in reati diversi, a seguito di esplicita richiesta di un'autorità competente di uno Stato membro, sempre che l'intervento rientri tra gli obiettivi che l'organismo persegue e, ovviamente, che si tratti di ipotesi aventi carattere transnazionale.

La funzione di Eurojust è essenzialmente quella di potenziare l'efficienza

¹⁰⁷ Art. 1 della Decisione 2002/187/GAI

¹⁰⁸ Le altre istituzioni politiche o amministrative comunitarie non possono interferire nelle sue funzioni né accedere ai dossier giudiziari

¹⁰⁹ Quest'ultimo è composto da venticinque membri nazionali uno per ogni Stato dell'Unione. Ha sede all'Aia ed è responsabile dell'organizzazione del funzionamento dell'Eurojust. La durata del mandato dei membri nazionali è di almeno quattro anni e lo Stato membro che li nomina può rinnovare il mandato e decidere la natura dei poteri giudiziari conferiti al proprio rappresentante nazionale.

Tuttavia, i membri nazionali devono almeno poter disporre di alcuni poteri ordinari, nonché di altri poteri esercitati d'intesa con l'autorità competente nazionale o in casi urgenti, di ulteriori poteri espressamente previsti dalla Decisione.

dell'azione delle autorità nazionali impegnate nella lotta contro gravi forme di criminalità transnazionale, nell'ottica di favorire un rapido ed efficace perseguimento degli autori dei reati.

I suoi compiti sono, quindi, sostanzialmente funzionali alla cooperazione traducendosi in ausilio ai fini del coordinamento delle indagini in più Stati, nonché in impulso (tramite richiesta all'autorità giudiziaria competente) per l'avvio di un'indagine o l'esercizio dell'azione penale.

Come si può notare si tratta di competenze che delineano un ruolo di coordinamento del membro nazionale atto ad agevolare una concreta cooperazione.

Risulta, così, maggiormente corretto parlare di un organismo «deputato a favorire la cooperazione e le procedure di assistenza giudiziaria»¹¹⁰ e non di una giurisdizione sopranazionale.

Dall'art. 6 della Decisione del 2002¹¹¹ emerge con evidenza che si tratta di attività di assistenza, di facilitazione alla cooperazione giudiziaria e di agevolazione del coordinamento dell'attività di indagine svolta contemporaneamente in più Paesi.

Non sono previste attribuzioni di competenze investigative o funzioni di impulso "dirette", ma gli è stato riconosciuto il potere di richiedere alle

¹¹⁰ Si veda, F. LO VOI, *Eurojust: prime riflessioni su alcuni profili ordinamentali* in *Dir. Pen. e Proc.*, 2005, 5, 539

¹¹¹ Il testo dell'art. 6 della Decisione del 28 febbraio 2002 prevede che quando Eurojust agisce per il tramite dei membri nazionali interessati, può: a) chiedere alle autorità competenti degli Stati membri interessati di valutare se: i) avviare un'indagine o azioni penali per fatti precisi; ii) accettare che una di esse sia più indicata per avviare un'indagine o azioni penali per fatti precisi; iii) porre in essere un coordinamento fra di esse; iv) istituire una squadra investigativa comune conformemente ai pertinenti strumenti di cooperazione; v) comunicarle le informazioni necessarie per svolgere le sue funzioni; b) assicura l'informazione reciproca delle autorità competenti degli Stati membri interessati in ordine alle indagini e alle azioni penali di cui l'Eurojust ha conoscenza; c) assiste, su loro richiesta, le autorità competenti degli Stati membri per assicurare un coordinamento ottimale delle indagini e delle azioni penali; d) presta assistenza per migliorare la cooperazione fra le autorità competenti degli Stati membri; e) collabora e si consulta con la Rete Giudiziaria Europea, anche utilizzando e contribuendo ad arricchire la sua base di dati documentali; f) presta sostegno, nei casi previsti dall'articolo 3, paragrafi 2 e 3, e con l'accordo del collegio, a indagini o azioni penali riguardanti le autorità competenti di un solo Stato membro; g) può, conformemente ai suoi obiettivi e nell'ambito dell'articolo 4, paragrafo 1, per migliorare la cooperazione e il coordinamento tra le autorità competenti degli Stati membri, trasmettere richieste di assistenza giudiziaria quando queste: i) emanano da un'autorità competente di uno Stato membro; ii) riguardano un'indagine o un'azione penale svolta da detta autorità in un caso preciso, e iii) richiedono, per essere eseguite in modo coordinato, l'intervento dell'Eurojust.

autorità degli Stati membri interessati di avviare un'indagine o intraprendere azioni penali, di istituire una squadra investigativa comune¹¹² e di adottare misure investigative speciali o altre misure ai fini dell'indagine.

¹¹² L'art. 13 della nuova Convenzione di assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea, adottata a Bruxelles il 29 maggio 2000 (il cui testo è pubblicato in Guida dir., 2000, n. 22,108) e destinata ad affiancarsi alla Convenzione di Strasburgo del 1959, prevede accanto a tecniche d'indagine già sviluppate sul piano della cooperazione, quali le consegne sorvegliate (art. 12) e le operazioni di infiltrazione attraverso agenti sotto copertura (art. 14), la formazione di squadre investigative comuni d'inchiesta per le indagini transnazionali. Il legislatore europeo si è preoccupato di dettare una disciplina dettagliata per quanto concerne la composizione e le modalità di funzionamento della squadra, rimettendo al legislatore nazionale la soluzione del problema relativo all'utilizzabilità degli atti assunti in territorio estero. Le suddette squadre sono costituite, di comune accordo, dalle autorità competenti di due o più Stati membri, all'uopo individuate dai rispettivi governi nazionali, per uno scopo determinato e per una durata limitata, eventualmente prorogabile purché vi sia l'accordo di tutte le parti. La Decisione del Consiglio dell'Unione Europea istitutiva di Eurojust, prevede che anche questo organismo, nell'ambito delle proprie funzioni di impulso possa chiedere alle competenti autorità giudiziarie nazionali di valutare se costituire una squadra investigativa comune, lasciandola, comunque, libera di decidere se darvi o meno seguito. Tuttavia, qualora Eurojust eserciti le sue funzioni come collegio (e non tramite un suo membro nazionale), scatterà l'obbligo per le autorità nazionali di ottemperare alla richiesta o, in caso contrario, di motivare l'eventuale rifiuto. Quanto alla composizione della squadra, è previsto che possano entrare a farne parte anche soggetti diversi dai rappresentanti degli Stati membri presenti, ricondotti nella generica locuzione di funzionari di organismi istituiti ai sensi del trattato sull'Unione europea (la norma intende fare riferimento oltre che ad agenti di Stati terzi e di organismi internazionali, a rappresentanti di Europol, dell'ufficio europeo di lotta antifrode (OLAF), della Commissione europea od ancora dell'istituenda unità Eurojust di cooperazione giudiziaria). Per quanto concerne le condizioni perché la squadra possa operare, il legislatore mostra di essere pervenuto ad una soluzione di compromesso tra esigenze di coordinamento investigativo a livello transnazionale e un'idea più mitigata di salvaguardia della sovranità dello Stato membro nel cui territorio la squadra interviene. In ossequio al principio di diritto internazionale della *lex loci*, diretta espressione della sovranità statale, è previsto che la squadra operi in conformità al diritto dello Stato membro in cui interviene non potendo pretendersi che lo Stato sul cui territorio si compie l'attività d'indagine applichi norme diverse dalle proprie, in assenza di una deroga esplicita. E proprio con riguardo alle squadre investigative non è stata prevista la possibilità che trovi applicazione una norma analoga a quella dell'art. 4 del testo della Convenzione (questo articolo prevede che lo Stato membro richiesto, nei casi in cui l'assistenza è concessa, «osserva le formalità e le procedure espressamente indicate dallo Stato membro richiedente sempre che le formalità e le procedure non siano in conflitto con i principi fondamentali del diritto dello Stato membro richiesto». L'obiettivo della norma è quello di agevolare l'innesto nel processo dello Stato richiedente dell'atto compiuto nello Stato richiesto). Una volta costituita la squadra, i soggetti che ne fanno parte (funzionari di polizia e/o pubblici ministeri) possono partecipare agli atti d'indagine svolti all'interno di ciascun Paese interessato (sono detti membri distaccati quelli appartenenti ad uno Stato diverso da quello sul cui territorio si interviene), salvo che il direttore della squadra non disponga la loro esclusione per ragioni particolari. Costoro, inoltre, potranno essere incaricati dell'esecuzione di talune misure investigative da parte del direttore della squadra, purché vi sia l'approvazione delle autorità dello Stato membro dell'intervento e dello Stato che li ha distaccati. Il riconoscimento del potere di eseguire talune misure investigative implica, comunque, l'onere di dovere sottostare alle garanzie formali imposte dallo Stato dell'intervento secondo gli schemi classici della cooperazione intergovernativa». Così A. MANGIARACINA, *Verso nuove forme di cooperazione giudiziaria: Le squadre investigative comuni* in *Cass. Pen.* 2004, 6, 2189.

Al fine di rendere efficace la cooperazione, Eurojust deve essere in grado di scambiare con le autorità competenti qualsiasi informazione rilevante.

Per tale ragione, è stato necessario garantire l'applicazione dei principi della Convenzione del Consiglio d'Europa del 1981 sulla protezione delle persone rispetto al trattamento automatizzato dei dati personali. Pertanto, è previsto che Eurojust possa trattare soltanto i dati riguardanti coloro che sono sospettati di avere commesso un reato di competenza dell'Europol (o che sono stati condannati), nonché le vittime e i testimoni.

Eurojust deve, inoltre, istituire un sistema automatico di gestione dei fascicoli con archivi di lavoro temporanei e un indice dei dati personali e non personali. I dati personali sono accessibili unicamente ai membri nazionali, ai loro aggiunti e assistenti, alle persone che partecipano ai sistemi di coordinamento nazionali Eurojust nella misura in cui sono collegate al sistema automatico di gestione dei fascicoli, nonché al personale autorizzato di Eurojust.

Tutte le attività di Eurojust sono sottoposte al controllo di un'autorità indipendente¹¹³, che ha il compito di assicurare che il trattamento dei dati personali venga effettuato nel rispetto della disciplina prevista.

Nello svolgimento delle proprie funzioni, Eurojust intrattiene rapporti privilegiati con la Rete Giudiziaria Europea, con l'Ufficio europeo di polizia, con l'Ufficio per la lotta antifrode, con l'Agenzia europea per la gestione della cooperazione operativa alle frontiere esterne degli Stati membri dell'Unione Europea e, previa approvazione del Consiglio, ha facoltà di stringere accordi di cooperazione per lo scambio di informazioni con Paesi terzi, con organizzazioni o organismi internazionali e con l'Organizzazione internazionale di polizia criminale (Interpol)¹¹⁴.

Oggi, peraltro, essendo istituita la Procura Europea, i poteri e le funzioni di Eurojust saranno in perfetta sintonia cooperativa con i rispettivi compiti attribuiti alla Procura¹¹⁵.

¹¹³ L'autorità di controllo comune si riunisce periodicamente nonché su convocazione del suo presidente

¹¹⁴ Inoltre, gli è conferito altresì il potere di coordinare la cooperazione giudiziaria con Paesi terzi e nominare magistrati di collegamento in questi Stati per agevolare detta cooperazione.

¹¹⁵ Si veda, *infra*, par. I.4

I.4 OLAF e le sue funzioni investigative

Sebbene concernente solo una fetta dei reati rientranti nella criminalità transnazionale, l'ufficio europeo per la lotta antifrode riveste, pertanto un'indiscutibile importanza tra gli organi incaricati di facilitare le attività di cooperazione ed assistenza nella lotta alla criminalità che investe l'Unione Europea.

L'ufficio europeo per la lotta antifrode, cd. OLAF¹¹⁶, venne istituito con la Decisione 1999/352/CE della Commissione, del 28 aprile 1999 con l'obiettivo di rafforzare la portata e l'efficacia della lotta contro le frodi e le altre attività illecite lesive degli interessi comunitari.

L'azione svolta dall'OLAF trova fondamento nell'art. 325 TFUE che impone alla Commissione ed agli Stati membri di combattere contro la frode e le altre attività illegali che ledano gli interessi finanziari dell'Unione Europea.

Si tratta di un ufficio della Commissione Europea a cui è riconosciuto uno speciale statuto d'indipendenza per le sue funzioni d'indagine nella lotta contro la frode.

La sua indipendenza operativa è tutelata da un comitato di vigilanza composto da cinque personalità esterne indipendenti, nominate di comune accordo dal Parlamento, dal Consiglio e dalla Commissione in modo tale da garantire che le indagini interne possano svolgersi secondo modalità equivalenti nelle tre istituzioni e in tutti gli altri organi e organismi comunitari¹¹⁷

Le funzioni di OLAF sono dettate dalla Decisione della Commissione¹¹⁸.

¹¹⁶ Nasce con il nome "Unità di Coordinamento della Lotta Anti-frode" (UCLAF) e viene ribattezzata successivamente "Ufficio Europeo di Lotta Antifrode" (OLAF); cfr. Decisione della Commissione del 28 aprile 1999, che istituisce l'Ufficio europeo per la lotta antifrode (OLAF) [notificata con il numero SEC (1999) 802] e i Regolamenti n. 1073 e n. 1074 del 1999, nonché l'Accordo Interistituzionale, tutti pubblicati in GU n. L 136 del 31 maggio 1999 (i due Regolamenti e l'Accordo interistituzionale ne precisano le modalità di funzionamento mentre la Decisione che lo istituisce ne elenca le competenze).

¹¹⁷ Compresa la Banca europea per gli investimenti (BEI) e la Banca centrale europea (BCE). A tale scopo, le tre istituzioni convengono di adottare una decisione interna, secondo il modello allegato all'accordo, e invitano le altre istituzioni, organi e organismi ad aderire all'accordo.

¹¹⁸ Rinvenibile in www.eur-lex.europa.eu. In particolare: effettuare indagini amministrative esterne nel quadro della lotta contro la frode, contro la corruzione e contro ogni altra attività illecita lesiva degli interessi finanziari delle Comunità, anche ai fini della lotta contro le frodi inerenti a fatti ed attività compiute da operatori in violazione di disposizioni comunitarie; effettuare indagini amministrative interne miranti a lottare contro la frode, la corruzione e

I due regolamenti relativi alle indagini svolte dall'OLAF rammentano le principali funzioni dell'ufficio e definiscono le modalità d'esecuzione delle indagini amministrative, che possono essere sia esterne, ossia negli Stati membri e in alcuni Paesi terzi con i quali l'Unione ha concluso accordi di cooperazione, che interne alle istituzioni, organi e organismi istituiti dai Trattati. Essa non incidono sulla competenza degli Stati membri in materia di azione penale.

Il direttore dell'OLAF è competente ad avviare e dirigere le indagini di sua iniziativa oppure su richiesta di uno Stato membro interessato, in caso di indagini esterne, o dell'istituzione, organo od organismo interessato per le indagini interne.

Per quanto concerne le prime, l'OLAF è competente ad effettuare i controlli in loco i quali, in precedenza, erano svolti dalla Commissione a norma dei regolamenti CE, EURATOM n. 2988/95 e n.2185/96¹¹⁹.

Per le indagini interne, invece, l'OLAF ha accesso immediato, senza preavviso, a ogni informazione scritta in possesso delle istituzioni, organi od organismi europei.

Al termine di ogni indagine, infine, OLAF redige una relazione contenente raccomandazioni sui provvedimenti da adottare che viene trasmessa agli Stati membri nel caso di indagini esterne o alle istituzioni, organi e organismi nel caso d'indagini interne.

ogni altra attività illecita lesiva degli interessi finanziari delle Comunità e ricercare i fatti gravi, connessi con l'esercizio di attività professionali, che possano costituire un inadempimento degli obblighi dei funzionari ed agenti delle Comunità perseguibile in sede disciplinare o penale o che possano costituire inadempimento degli obblighi analoghi dei membri delle istituzioni, organi e organismi o del loro personale cui non si applica lo statuto dei funzionari delle Comunità europee; effettuare missioni d'indagine in altri settori su richiesta delle istituzioni e organi comunitari; contribuire al rafforzamento della cooperazione con gli Stati membri nel campo della lotta contro la frode; predisporre la strategia della lotta contro la frode (preparazione delle iniziative legislative e regolamentari nei settori d'attività dell'Ufficio); effettuare ogni altra attività operativa in materia di lotta antifrode (apprestare le infrastrutture, raccogliere e utilizzare le informazioni, fornire assistenza tecnica); agire come interlocutore diretto delle autorità giudiziarie e delle autorità incaricate dell'applicazione della legge nazionali; rappresentare la Commissione nel settore della lotta antifrode.

¹¹⁹ Reperibili presso i siti www.dps.tesoro.it e www.ec.europa.eu.

I.5 Il principio del reciproco riconoscimento e la prova: dal M.E.R. alla direttiva 2014/41/UE

L'ambito di applicazione del principio di mutuo riconoscimento, quale base per la cooperazione giudiziaria in materia penale, si è esteso fino ad interessare persino la circolazione dei soggetti sottoposti a misure restrittive della libertà personale¹²⁰, nonché, la circolazione degli esiti delle attività investigative condotte nei singoli Stati membri.

Al fine di individuare uno strumento idoneo a far circolare nello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia la prova formata (o da formare) all'interno di uno Stato membro, si sono alternate diverse direttive stante la difficoltà di determinare «il tipo di flessibilità dei sistemi, nel travaso da un procedimento all'altro, e il valore della prova costituita altrove»¹²¹.

I primi strumenti ispirati al principio di reciproco riconoscimento per l'acquisizione delle prove sono la decisione-quadro 2003/577/GAI del Consiglio per l'esecuzione, nell'Unione europea, di provvedimenti di blocco dei beni o di sequestro probatorio¹²² e la decisione-quadro 2008/978/GAI del Consiglio disciplinante il mandato europeo di ricerca delle prove (c.d. M.E.R.)¹²³.

¹²⁰ È il caso della decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri.

¹²¹ G. ILLUMINATI, *L'armonizzazione della prova penale nell'Unione europea*, in Id. (a cura di), *Prova penale e Unione europea*, cit. p. 14.

¹²² La decisione-quadro 2003/577/GAI è stata recepita in Italia con il d.lgs. 15 febbraio 2016, n. 35 e, in seguito sostituito dalla direttiva 2014/41/UE, recepita in Italia con d.lgs. 21 giugno 2017, per quanto riguarda il sequestro probatorio; il sequestro a fini di confisca, invece, rimane disciplinato dalla decisione-quadro citata ma destinata ad essere sostituita, a decorrere dal 19 dicembre 2020, dal Regolamento 2018/1805. Per un approfondimento sulla Direttiva si veda, *ex multis*, G. DI PAOLO, *Lo Spazio di libertà, sicurezza e giustizia dell'UE: recenti novità sul fronte domestico e a livello europeo*, in *Cass. pen.*, 2016, p. 3023; G. DARAIO, *L'attuazione della d.q. 577/2003 sul reciproco riconoscimento dei provvedimenti di sequestro a fini di prova o di confisca*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, p. 1133

¹²³ La Decisione quadro 2008/978/GAI in tema di mandato europeo di ricerca delle prove (M.E.R.), era stata implementata, prima della sua abrogazione, soltanto dalla Croazia, dalla Finlandia, dai Paesi Bassi, dalla Slovenia e dalla Spagna. Fu abrogata, prima della scadenza del termine di trasposizione della Direttiva OEI, dal Regolamento 95/2016 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 gennaio 2016.

Per approfondimento sul tema vedi, G. MELILLO, *Il mutuo riconoscimento e la circolazione della prova*, in AA.VV., *L'area di libertà sicurezza e giustizia: alla ricerca di un equilibrio fra priorità repressive ed esigenze di garanzia*, Milano, 2007, 466 e segg.; E. APRILE-F. SPIEZIA, *Cooperazione giudiziaria penale nell'Unione europea prima e dopo il Trattato di Lisbona*, Assago, Ipsoa, 2009 p. 175; M. Bargis, *Studi*, cit., p. 28 s.; R. BELFIORE, *La prova*

Il mandato europeo di ricerca delle prove nasce come una decisione giudiziaria emessa da un'autorità competente di uno Stato membro (di emissione) per far acquisire all'autorità competente di un altro Stato (di esecuzione) oggetti, documenti e dati presenti sul territorio dello Stato di esecuzione¹²⁴.

Rientravano nei procedimenti interessati dal M.E.R. sia i procedimenti penali che quelli penali-amministrativi, a condizione che fossero previsti «strumenti di impugnazione davanti al giudice penale, nonché procedimenti avviati dall'autorità giudiziaria in relazione a fatti punibili anche se non dal diritto penale»¹²⁵.

Tutto ciò sarebbe stato possibile grazie allo strumento della cd. «eurordinanza»¹²⁶, che consentiva la circolazione dei provvedimenti nazionali diretti all'acquisizione di oggetti, documenti e dati da un altro Stato membro nell'ambito dello spazio giudiziario europeo e la loro diretta esecuzione, senza alcuna procedura di conversione.

Nelle intenzioni, il M.E.R. avrebbe dovuto consentire la raccolta transnazionale della prova in modo rapido, efficace e coerente, ma il suo ridotto ambito operativo, limitato all'acquisizione di prove precostituite¹²⁷, ne

penale, cit., p. 193 s.; G. DE AMICIS, *Il mandato europeo di ricerca delle prove: un'introduzione*, in Cass. pen., 2008, p. 3033; ID., *Limiti e prospettive*, cit., p. 491 s.; F. FALATO, *Appunti di cooperazione giudiziaria penale*, ESI, 2012, p. 153 s.; A. MANGIARACINA, *La circolazione della prova dichiarativa in ambito nazionale ed europeo*, in *Giust. pen.*, 2010, III, c. 441 s.; S. MARANELLA, *Origine ed evoluzione della cooperazione giudiziaria in materia penale nell'Unione europea*, Parte I, in *Temi Romana*, 2015, 3, p. 21 s.; M.R. MARCHETTI, *Il mandato europeo di ricerca delle prove*, in P. Corso-E. Zanetti (a cura di), *Studi in onore di Mario Pisani*, II, La Tribuna, 2010, p. 369 s.; EAD., *Dalla Convenzione di assistenza giudiziaria in materia penale dell'Unione europea al mandato europeo di ricerca delle prove e all'ordine di indagine penale*, in T. RAFARACI (a cura di), *La cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale nell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, Giuffrè, 2011, p. 150 s.; M. PISANI, *Per un "mandato europeo di ricerca delle prove"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, p. 1534; ID., *Sul mandato europeo di ricerca delle prove*, ivi, 2006, p. 1147; ID., *La decisione quadro sul mandato europeo di ricerca delle prove*, ivi, 2009, p. 479; L. PULITO, *La circolazione della prova penale in Europa dopo il trattato di Lisbona*, in *Giust. pen.*, 2010, I, c. 378 s.; F. SPIEZIA, *Le linee evolutive*, cit., p. 175.

¹²⁴ Cfr. Art. 1 Direttiva 2008/978/GAI

¹²⁵ Cfr. Art 5 Direttiva 2008/978/GAI

¹²⁶ Allegato alla Direttiva

¹²⁷ Il M.E.R. riguardava «soltanto elementi probatori disponibili per l'autorità straniera antecedentemente alla richiesta»

ha comportato il fallimento. Invero, resta esclusa dal campo di applicazione del mandato la possibilità di richiedere alla competente autorità di esecuzione di condurre interrogatori e raccogliere dichiarazioni o altri tipi di audizioni di soggetti indiziati, testimoni o periti, di procedere ad ispezioni personali o a prelievi di materiali biologici o dati biometrici direttamente dal corpo di una persona, nonché di acquisire elementi informativi in tempo reale e di ottenere dati sulle comunicazioni conservati dai fornitori di servizi di comunicazioni elettroniche accessibili al pubblico o da una rete pubblica¹²⁸.

Di conseguenza, le prove dichiarative, la prova scientifica, i risultati delle intercettazioni e i tabulati telefonici e telematici risultavano fuori dall'applicazione di tale strumento, per i quali avrebbero dovuto necessariamente continuare ad applicarsi i classici strumenti di assistenza giudiziaria.

Risultato di ciò fu una persistente frammentarietà e complessità del quadro normativo disciplinante le procedure di acquisizione delle prove nel territorio europeo per la coesistenza di strumenti eterogenei.

Stante i numerosi punti critici del M.E.R. e la sua scarsa riuscita, il Consiglio nel programma di Stoccolma del 2009, richiese la creazione di uno strumento unico e globale che andasse a sostituire tutti gli altri già esistenti in materia.

Invero, il “Libro verde sulla ricerca delle prove in materia penale tra Stati membri e sulla garanzia della loro ammissibilità”¹²⁹ prospettava la possibilità di introdurre un unico strumento da utilizzare per tutte le attività istruttorie da svolgersi oltre i confini dello Stato del processo¹³⁰.

Di poco successiva è l'iniziativa, avviata il 28 aprile 2010 da otto Stati membri¹³¹ che ha portato alla proposta di direttiva concernente l'ordine

¹²⁸ Cfr. art. 4, §2, della Decisione quadro 2008/978/GAI

¹²⁹ *Libro Verde sulla ricerca delle prove in materia penale tra Stati Membri e sulla garanzia della loro ammissibilità*, Bruxelles, 11 novembre 2009, COM (2009)624

¹³⁰ Si veda sul punto, M. CAIANIELLO, *Verso l'attuazione della direttiva UE sull'ordine europeo di indagine penale*, in M. Caianiello-A. Di Pietro (a cura di), *Indagini penali e amministrative*, cit., p. 305; G. DE AMICIS, *Limiti e prospettive*, cit., p. 501; F. FALATO, *Appunti di cooperazione giudiziaria penale*, cit., p. 159; A. MANGIARACINA, *La circolazione della prova dichiarativa*, cit., c. 445 s.

¹³¹ Gli otto Stati membri sono di seguito indicati: Belgio, Bulgaria, Estonia, Spagna, Lussemburgo, Austria, Slovenia e Svezia.

investigativo europeo con l'obiettivo di sostituire tutti gli strumenti di cooperazione nella materia *de qua*.

I.5.1 Cenni sulla Direttiva sull'ordine europeo di indagine penale 2014/41/UE

La direttiva 2014/41/UE del Parlamento e del Consiglio del 3 aprile 2014¹³², disciplinante l'ordine europeo d'indagine (cd. OEI), appare il risultato della combinazione di logiche sottese al mutuo riconoscimento e alla realtà intergovernativa¹³³, al fine di rafforzare e snellire¹³⁴ la cooperazione tra gli

¹³² Pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea del 1° maggio 2014, serie L 130/1. La termine per il recepimento da parte degli Stati membri era fissato al 22 maggio 2017. Tutti gli Stati aderenti hanno trasposto la direttiva, sebbene, alcuni con considerevole ritardo rispetto ai termini (le leggi di attuazione del 2018 sono quelle di Austria, Bulgaria, Repubblica Ceca, Lussemburgo, Polonia, Spagna, Slovenia). Restano fuori Danimarca e Irlanda che non hanno partecipato all'adozione della direttiva e non ne sono vincolate. La direttiva è composta da trentanove articoli preceduti da quarantasei "Considerando" e seguiti da quattro allegati. Si snoda in sette capi: I. Ordine europeo d'indagine (artt. 1-5); II. Procedure e garanzie per lo Stato di emissione (artt. 6-7); III. Procedure e garanzie per lo Stato di esecuzione (artt. 9-21); IV. Disposizioni specifiche per determinati atti di indagine (artt. 22-29); V. Intercettazione di telecomunicazioni (artt. 30-31); VI. Provvedimenti provvisori (art. 32); VII. Disposizioni finali (artt. 33-39). Completano l'atto gli allegati A, B e C contenenti, rispettivamente, il modulo *standard* dell'ordine di indagine europeo, il modulo di conferma della ricezione dell'OEI, il modulo di notifica dell'intercettazione. Infine, l'allegato D contiene l'elenco dei reati che derogano al principio della previsione bilaterale del fatto.

¹³³ Cfr. L. MARAFIOTI, *Orizzonti investigativi europei, assistenza giudiziaria e mutuo riconoscimento*, in T. Bene, L. Lupària-L. Marafioti (a cura di), *L'ordine europeo d'indagine: criticità e prospettive*, Giappichelli, 2016, p. 20. Sul tema, *ex multis*, si veda, S. MONTALDO, *A caccia di... prove. L'ordine europeo di indagine penale tra complesse stratificazioni normative e recepimento nell'ordinamento italiano*, in *Giur. pen.*, 5 novembre 2017, p. 3 s.; L. CAMALDO, *La direttiva sull'ordine europeo di indagine penale (OEI): un congegno di acquisizione della prova dotato di molteplici potenzialità, ma di non facile attuazione*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 27 maggio 2014; M. DANIELE, *L'impatto dell'ordine europeo di indagine penale sulle regole probatorie nazionali*, in *Dir. Pen. Cont.*, 3, 2016, 64; F. SIRACUSANO, *Tra semplificazione ed ibridismo: insidie e aporie dell'Ordine europeo di indagine penale*, in *Arch. Pen.*, 2, 2017, 15 e ss.; O. MAZZA, *Il principio del mutuo riconoscimento nella giustizia penale, la mancata armonizzazione e il mito taumaturgico della giurisprudenza europea*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 398 ss.; R. DEL COCO, *Ordine europeo di indagine e poteri sanzionatori del giudice*, in *Dir. Pen. Con.*, 21 dicembre 2015.

¹³⁴ Cfr. Considerando n. 24 dir. Principale finalità è quella di «snellire e velocizzare le modalità e i tempi di ricerca, acquisizione e trasferimento delle fonti di prova nello spazio territoriale dell'Unione, sostituendo le corrispondenti previsioni degli strumenti che sinora hanno regolato le forme e i meccanismi dell'assistenza giudiziaria», così G. DE AMICIS, *Dalle rogatorie all'ordine europeo di indagine*, *cit.*, p. 26. V. anche M.R. MARCHETTI, *Dalla Convenzione di assistenza giudiziaria in materia penale dell'Unione europea al mandato europeo di ricerca delle prove e all'ordine di indagine penale*, in T. RAFARACI (a cura di), *La cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale nell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, Giuffrè, 2011, p. 162 s.

Stati membri nell'acquisizione delle prove e fornire così una valida alternativa sia al sistema di tipo rogatorio¹³⁵ e sia alle diverse decisioni quadro e direttive che si erano susseguite nel contesto europeo.

La Direttiva non solo introduce uno strumento di portata orizzontale che può dunque trovare applicazione in rapporto a qualsiasi atto di indagine di cui si imponga il compimento nel territorio dello Stato membro di esecuzione, con alcune limitate eccezioni, ma, soprattutto, delinea un modello di cooperazione improntato a rapidità e tendenziale automaticità¹³⁶.

I tratti caratteristici dell'ordine europeo di indagine possono essere individuati nella semplificazione, nell'omnicomprensività, nel richiamo ai principi di proporzionalità e di territorialità.

1.5.1.1 Nozione ed emissione dell'OEI

L'OEI è una decisione giudiziaria emessa o convalidata da un'autorità competente di uno Stato membro ("Stato di emissione"¹³⁷) per il compimento di uno o più atti di indagine specifici in un altro Stato membro ("Stato di

¹³⁵ Così, R. E. KOSTORIS (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, Padova, 2017.

¹³⁶ In questi termini, M.R. MARCHETTI, *Oltre le rogatorie*, in EAD. (a cura di), *I nuovi orizzonti della giustizia penale europea*, Giuffrè, 2015, p. 215. In dottrina, v. anche G. BARROCU, *La cooperazione investigativa in ambito europeo*, cit., p. 209; L. MARAFIOTI, *Orizzonti investigativi europei, assistenza giudiziaria e mutuo riconoscimento*, in T. Bene-L. Lupària-L. Marafioti (a cura di), *L'ordine europeo di indagine. Criticità e prospettive*, Giappichelli, 2016, p. 9; S. MARCOLINI, *La circolazione della prova nello spazio giudiziario europeo tra vecchi e nuovi modelli: la difficile convivenza tra efficienza e tutela*, in G. Grasso-L. Picotti-R. Sicurella (a cura di), *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, Giuffrè, 2011, p. 537 s.; S. MONTALDO, *A caccia di... prove*, cit., p. 2; A. SCALFATI, *Note minime su cooperazione investigativa e mutuo riconoscimento*, in *Proc. pen. giust.*, 2017, 2 p. 217; E. SELVAGGI, *L'Oei sostituisce la tradizionale rogatoria*, in *Guida al dir.*, 2016, Dossier n. 5, p. 40 s.; F. SIRACUSANO, *Tra semplificazione e ibridismo: insidie e aporie dell'Ordine europeo di indagine penale*, in *Arch. pen.*, 2017, 3, p. 6 s.; S. TESORIERO, *La cooperazione transnazionale nelle indagini in materia di frodi IVA e doganali: strumenti tradizionali e nuove opportunità*, in M. Caianiello-A. Di Pietro (a cura di), *Indagini penali e amministrative in materia di frodi IVA e doganali*, Cacucci, 2016, p. 53 s.; A. TICONO PASTRANA, *L'ordine europeo d'indagine penale*, in *Processo Penale e Giustizia*, 2017, 2, p. 346; C. VITIELLO, *Il sistema globale di acquisizione delle prove nelle fattispecie aventi dimensione transfrontaliera*, in F. Falato-F. Caringella (a cura di), *Scritti di cooperazione*, Dike giuridica, 2018, p. 229 s.

¹³⁷ Art. 2, lett. a, *Dir. cit.*: «lo Stato membro nel quale è emesso l'OEI»

esecuzione”¹³⁸) ai fini di acquisire materiale probatorio eventualmente già in possesso delle autorità competenti dello Stato di esecuzione¹³⁹.

Ambito di applicazione dell’OEI è qualsiasi atto di indagine ad esclusione dell’attività di acquisizione probatoria delle squadre investigative comuni¹⁴⁰ e del compimento di osservazioni transfrontaliere¹⁴¹, in relazione ad un procedimento penale¹⁴².

Ai fini della presente trattazione, è importante delineare l’ambito soggettivo di operatività della direttiva.

L’OEI può essere emesso a condizione che l’autorità giurisdizionale emittente possa, secondo il proprio ordinamento, compiere l’atto o gli atti di indagine richiesti nel caso interessato.

Le autorità cui è attribuito il potere di emettere l’ordine di indagine europeo sono indicate dall’art. 2 Dir. che, tra le “autorità di emissione”, contempla «un giudice, un organo giurisdizionale, un magistrato inquirente o un pubblico ministero competente nel caso interessato» o «qualsiasi altra autorità competente, definita dallo Stato di emissione che, nel caso di specie, agisca in qualità di autorità inquirente nel procedimento penale e sia competente a disporre l’acquisizione di prove in conformità del diritto nazionale. Inoltre, prima di essere trasmesso all’autorità di esecuzione, l’OEI è convalidato, previo esame della sua conformità alle condizioni di emissione di un OEI ai sensi della presente direttiva, in particolare le condizioni di cui all’articolo 6, paragrafo 1, da un giudice, un organo giurisdizionale, un magistrato inquirente o un pubblico ministero nello Stato di emissione. Laddove l’OEI sia stato convalidato da un’autorità giudiziaria, quest’ultima può anche essere considerata l’autorità di emissione ai fini della trasmissione dell’OEI». La direttiva, pertanto, consente agli Stati di attribuire il suddetto potere anche ad

¹³⁸ Art 2, lett. b, Dir. *cit.*: «lo Stato membro che esegue l’OEI, nel quale l’atto di indagine deve essere compiuto»

¹³⁹ Cfr. art 1 Dir. *cit.*

¹⁴⁰ Cfr. Art 3 Dir. *cit.*

¹⁴¹ Cfr. Considerando n. 9 Dir. *cit.*

¹⁴² Cfr. Art 4 Dir. *cit.*

“altre autorità” che abbiano compiti inquirenti nel procedimento e siano competenti a disporre l’atto di indagine richiesto¹⁴³.

Specularmente l’autorità di esecuzione è indicata come «un’autorità competente a riconoscere un OEI e ad assicurarne l’esecuzione conformemente alla presente direttiva e alle procedure applicabili in un caso interno analogo. Tali procedure potrebbero comportare l’autorizzazione di un organo giurisdizionale nello Stato di esecuzione, ove previsto dal diritto nazionale di quest’ultimo».

L’aspetto più innovativo nei termini di legittimazione soggettiva è contenuto art. 1, §3, Dir. che riconosce il diritto all’ indagato, imputato e ai loro difensori di richiedere l’emissione dell’OEI.

Simile iniziativa non è però autonoma, bensì “filtrata” dalla richiesta alle autorità di cui sopra¹⁴⁴.

Altra caratteristica peculiare dell’ordine di indagine europeo è data dalla proporzionalità¹⁴⁵ quale vaglio a cui sottoporre la richiesta di emissione dell’OEI. Esso si sviluppa in una triplice valutazione: idoneità in astratto della prova richiesta, necessarietà, tale per cui deve escludersi che vi siano altri mezzi alternativi meno intrusivi e parimenti efficaci, e proporzionalità in senso stretto¹⁴⁶.

Invero, si tratta di un «vaglio di ammissibilità devoluto all’autorità di emissione che si compone della classica valutazione logica di rilevanza della

¹⁴³ Il Regolamento UE 2018/1727 del 14 novembre 2018 che istituisce l’Agenzia dell’Unione europea per la cooperazione giudiziaria penale (Eurojust), all’art. 8, par. 3°, lett. b consente ai membri nazionali di Eurojust, di concerto con l’autorità nazionale competente di disporre, di chiedere o eseguire misure investigative a norma della direttiva 2014/41/UE del Parlamento europeo e del Consiglio.

¹⁴⁴ Di questo aspetto e della legittimazione di eseguire indagini difensive se ne tratterà nei capitoli successivi.

¹⁴⁵ F. FALATO, *La proporzione innova il tradizionale approccio al tema della prova: luci ed ombre della nuova cultura probatoria promossa dall’ordine europeo di indagine penale*, in *Arch. pen.*, 2018, 1, p. 1 s.; M.R. MARCHETTI *Rapporti giurisdizionali con autorità straniere*, in G. Conso-V. Grevi-M. Bargis (a cura di), *Compendio di procedura penale*, 9^a ed., Cedam, 2018, p. 1137; F. SIRACUSANO, *Tra semplificazione e ibridismo*, cit., p. 13 s.; M. DANIELE, *I chiaroscuri dell’OEI e la bussola della proporzionalità*, in M. Daniele-R.E. Kostoris (a cura di), *L’ordine europeo di indagine penale. Il nuovo volto della raccolta transnazionale delle prove nel d.lgs. n. 108 del 2017*, Giappichelli, 2018, p. 67 s

¹⁴⁶ Così, M. CAIANIELLO, *Verso l’attuazione*, cit., p. 312.

prova da raccogliere [...], nonché di una valutazione giuridica»¹⁴⁷. A tal riguardo l'autorità di emissione può emettere un ordine europeo di indagine solamente quando ritiene che l'emissione dell'O.E.I. sia necessaria e proporzionata ai fini del procedimento, tenendo conto dei diritti della persona sottoposta a indagini o imputata e che l'atto (o gli atti) di indagine in esso richiesti avrebbero potuto essere emessi alle stesse condizioni in un caso interno analogo¹⁴⁸.

Il modulo da completare e firmare da parte dell'autorità di emissione (allegato A) deve contenere la «descrizione dell'atto o degli atti da compiere e degli elementi di prova da ottenere», al di là della denominazione, il che consente, allo Stato di esecuzione, di scegliere l'atto con maggiore elasticità¹⁴⁹. Inoltre, deve contenere «una descrizione della condotta penale che forma oggetto dell'indagine o del procedimento e le disposizioni di diritto penale applicabili dello Stato di emissione». Tale previsione consente allo Stato di esecuzione di esercitare i motivi di non riconoscimento, di non esecuzione o di rinvio giustificati da elementi di incompatibilità con l'ordinamento dello Stato di esecuzione o con procedimenti già in corso¹⁵⁰, mentre la previsione di un modulo *standard* consente di uniformare le richieste.

Con riferimento alla trasmissione dell'O.E.I., questa può avvenire con qualunque mezzo che assicuri di conservare una traccia scritta e che permetta allo Stato di esecuzione di verificarne l'autenticità, per il tramite comunque di una comunicazione diretta delle autorità coinvolte¹⁵¹.

1.5.1.2 Riconoscimento ed esecuzione dell'O.E.I

La direttiva non distingue tra procedura attiva e procedura passiva ma dedica il Capo II alle procedure e garanzie per lo Stato di emissione e il Capo III alle procedure e garanzie per lo Stato di esecuzione. Dalla lettura in combinato

¹⁴⁷ Così M. DANIELE, *L'impatto dell'ordine europeo d'indagine penale sulle regole probatorie nazionali*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2016, 3, p. 65

¹⁴⁸ Cfr. Art. 6 Dir. *Cit.*

¹⁴⁹ Cfr. Art 5 Dir. *cit.* Sul punto vedi, G. BARROCU *La cooperazione investigativa in ambito europeo, cit.*, p. 216 s.

¹⁵⁰ G. BARROCU, *op. ult. cit.*, p. 219

¹⁵¹ Cfr. Art. 7 Dir. *cit.*

disposto di queste disposizioni si ricavano le scansioni procedurali che possono essere individuate in cinque fasi: emissione, eventuale rifiuto, esecuzione, eventuale impugnazione, utilizzabilità delle prove raccolte¹⁵².

La direttiva ha cercato di predisporre una disciplina di dettaglio, con la previsione di modalità ben definite, con la finalità di regolare la tempistica delle risposte assistenziali e di limitare al minimo indispensabile la discrezionalità dei legislatori nazionali nell'elaborazione delle diverse normative di attuazione.

Alla ricezione dell'OEI non segue alcuna procedura di conversione, ma l'atto viene riconosciuto in quanto tale immediatamente dall'autorità di esecuzione che deve dare notizia dall'avvenuta ricezione non oltre sette giorni.

Salvo che l'autorità di esecuzione adduca uno dei motivi di rifiuto indicati dall'articolo 11¹⁵³ della

Direttiva, il riconoscimento e l'esecuzione dell'ordine avvengono senza il vaglio della doppia incriminazione¹⁵⁴, né alcuna ulteriore formalità, ma con la semplice adozione immediata di tutte le misure necessarie, secondo le medesime modalità con cui si darebbe seguito allo stesso atto di indagine se fosse stato disposto da un'autorità interna¹⁵⁵. Invero, se lo Stato di emissione indica espressamente formalità e procedure da seguire, lo Stato di esecuzione deve seguirle fino all'ipotesi in cui vi sia un contrasto con i propri principi fondamentali del diritto e con la conseguente applicazione della *lex loci*¹⁵⁶.

¹⁵² Individua tali scansioni M. DANIELE, *Ricerca e formazione della prova*, in R.E. Kostoris (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, Giuffrè, 2017, p. 419.

¹⁵³ Il riconoscimento o l'esecuzione dell'ordine europeo di indagine possono pertanto essere rifiutati qualora: il diritto dello Stato di esecuzione preveda immunità o privilegi che rendono impossibile l'esecuzione dell'O.E.I., o specifiche norme relative alla libertà di stampa; l'esecuzione leda interessi essenziali di sicurezza nazionale; l'esecuzione dell'OEI sia contraria al *ne bis in idem*; la condotta riguardo alla quale è stato emesso l'O.E.I. non costituisca reato in base al diritto dello Stato di esecuzione, a meno che riguardi un reato elencato nelle categorie figuranti nell'allegato D, come i reati di terrorismo o la tratta di esseri umani, e questo sia punibile nello Stato di emissione con una pena o una misura di sicurezza detentiva della durata massima di almeno tre anni.

¹⁵⁴ Per i 32 reati già individuati dalla Decisione quadro 2002/584/GAI: Decisione quadro del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri

¹⁵⁵ Cfr. art 9 Dir. *cit*.

¹⁵⁶ Così anche M. DANIELE, *La metamorfosi del diritto delle prove nella direttiva sull'ordine europeo di indagine penale*, in *Diritto penale contemporaneo*, 4/2015, p.3 ritiene che la disposizione sta a «tutelare la sovranità nazionale, assicurando che le prove siano acquisite

Non sono previsti termini perentori entro cui dare esecuzione all'OEI, pur se si invitano gli Stati membri a procedere «entro 30 giorni».

I.5.1.3 Utilizzabilità della prova raccolta tramite OEI

Il trasferimento dei dati probatori è seguito dal vaglio di ammissibilità degli stessi per determinarne l'ingresso nel processo instaurato nello Stato di emissione e consentirne la successiva utilizzabilità.

Tale aspetto non è disciplinato in modo puntuale dalla Direttiva, nella quale si possono rivenire delle ipotesi d'inutilizzabilità alla luce di un'interpretazione sistematica coerente con le prescrizioni indicate all'interno del dettato normativo europeo.

E', però, in gran parte rimesso alla discrezionalità degli Stati membri la disciplina del regime di inutilizzabilità degli atti raccolti tramite OEI, stante il dovuto bilanciamento tra interessi contrapposti finalizzati a garantire l'equità del processo¹⁵⁷.

Le regole di ammissibilità fissate a livello nazionale costituiscono la massima garanzia per prevenire abusi, tanto da parte dell'autorità di emissione, quanto da parte dell'autorità di esecuzione¹⁵⁸.

Ne discende che sono ritenute inutilizzabili le prove raccolte sia in violazione delle regole di ammissibilità della *lex fori*, sia attraverso un'elusione delle prescrizioni della direttiva.

A tale conclusione si arriva in perfetta coerenza con lo spirito della Direttiva, la quale non prevede regole precise di raccolta delle prove prediligendo,

in base alle regole che attuano i bilanciamenti tra i valori considerati preferibili dal legislatore dello Stato in cui esse sono reperibili».

¹⁵⁷ Cfr. M. DANIELE, *L'impatto dell'ordine europeo di indagine penale sulle regole probatorie nazionali*, cit., 72 ss. L'autore prospetta tre soluzioni a riguardo: la prima che suggerisce l'utilizzo delle regole di inutilizzabilità nazionali previste "per i casi interni analoghi", che, tuttavia, si scontra con le numerose pronunce dei giudici della Corte di Giustizia che optano per la disapplicazione delle norme nazionali sulla base della necessità di tutela "del primato, dell'unità e dell'effettività del diritto dell'Unione"; la seconda che propone di estendere le regole di esclusione previste dal c. italiano agli artt. 431 e 512 *bis* in merito alle prove raccolte attraverso lo strumento della rogatoria che, secondo l'autore, non tutelano appieno le garanzie che presidiano il diritto di difesa; terza e ultima soluzione prospettata e caldeggiata è quella della previsione di una regola di esclusione probatoria che si fondi sulla discrezionalità degli Stati in relazione al caso concreto.

¹⁵⁸ R. BELFIORE, *Su alcuni aspetti del decreto di attuazione dell'ordine europeo d'indagine penale*, *Cassazione Penale*, 1/2018, p. 231

invece, clausole elastiche che richiedono unicamente il rispetto dei principi cardine degli ordinamenti nazionali.

Tuttavia, non si può negare che l'introduzione di una regola che attribuisca la più ampia discrezionalità ai singoli Stati membri si presta a dar luogo a innumerevoli controversie.

I.6 Verso una cooperazione parzialmente verticale:

l'istituzione della Procura Europea

Dopo vent'anni dal Consiglio di Tampere, il diritto europeo ha cambiato la sua genesi ed è sorta l'esigenza di muovere da una cooperazione orizzontale tra le autorità giudiziarie nazionali ad una verticale, attraverso l'istituzione di un organo inquirente sovranazionale¹⁵⁹, stante una globalizzazione economica e sociale sempre più incidente e i numerosi pregiudizi arrecati agli interessi finanziari dell'Unione¹⁶⁰.

I.6.1 Il progetto dall'art. 86 TFUE

La base giuridica di questo nuovo organo europeo autonomo e competente in materia penale è rinvenibile nell' art 86 TFUE¹⁶¹, che lascia il compito di regolamentare l'organo ad un successivo regolamento UE.

¹⁵⁹ Parla di «inedito modello di apparente azione senza giurisdizione [...] embrione del processo penale europeo», L. PRESSACO, *La Corte di Giustizia tra Procura Europea e Giurisdizioni Nazionali*, in *L'Indice penale*, 2015, p. 529 ss.

¹⁶⁰ Sul punto, W. NOCERINO, *L'istituzione della "super Procura Europea" e il complesso adeguamento interno*, in <https://rivista.camminodiritto.it>, 11 gennaio 2022, p. 4: «Da uno studio pluriennale svolto tra la fine degli Anni '90 e l'inizio del 2000 da gruppi di esperti di diritto penale di tutti gli Stati membri sul tema della tutela degli interessi finanziari della Comunità, su richiesta del Parlamento europeo e della Commissione, si evinse che uno dei maggiori problemi che affliggevano la Comunità fosse proprio la lotta alle frodi finanziarie, destinata inesorabilmente a crescere a dismisura anche a causa dell'inevitabile coinvolgimento della criminalità organizzata. Difatti, nel 2018 i Paesi dell'UE hanno accusato perdite di gettito IVA pari a 140 miliardi di euro a causa delle frodi transnazionali».

¹⁶¹ Art. 86 TFUE: «1. Per combattere i reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione, il Consiglio, deliberando mediante regolamenti secondo una procedura legislativa speciale, può istituire una Procura europea a partire da Eurojust. Il Consiglio delibera all'unanimità, previa approvazione del Parlamento europeo. In mancanza di unanimità, un gruppo di almeno nove Stati membri può chiedere che il Consiglio europeo sia investito del progetto di regolamento. In tal caso la procedura in sede di Consiglio è sospesa. Previa discussione e in caso di consenso, il Consiglio europeo, entro quattro mesi da tale sospensione, rinvia il progetto al Consiglio per adozione. Entro il medesimo termine, in caso di disaccordo, e se almeno nove Stati membri desiderano instaurare una cooperazione rafforzata sulla base del progetto di

Pertanto, da un lato, «il delicato compito di definire la fisionomia e i poteri dell'accusatore sovranazionale» è demandato al legislatore europeo¹⁶², dall'altro, «il Procuratore europeo non è un obiettivo dell'Unione, bensì il mezzo europeo di cui può avvalersi l'Unione per realizzare l'obiettivo di lottare contro la criminalità finanziaria europea, quella appunto di coloro che commettono “reati europei” lesivi degli interessi finanziari dell'Unione»¹⁶³.

L'art. 86 TFUE attribuisce al Consiglio la competenza ad adottare regolamenti secondo una procedura legislativa speciale per istituire una Procura Europea a partire da Eurojust al fine di combattere i reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione.

La norma stabilisce le modalità di istituzione di un nuovo organo dell'Unione e ne prevede l'ambito delle competenze, devolvendo a una futura regolamentazione le condizioni di esercizio delle sue funzioni, le regole procedurali applicabili alle sue attività, all'ammissibilità delle prove, al

regolamento in questione, essi ne informano il Parlamento europeo, il Consiglio e la Commissione. In tal caso l'autorizzazione a procedere alla cooperazione rafforzata di cui all'articolo 20, paragrafo 2 del trattato sull'Unione europea e all'articolo 329, paragrafo 1 del presente trattato si considera concessa e si applicano le disposizioni sulla cooperazione rafforzata. 2. La Procura europea è competente per individuare, perseguire e rinviare a giudizio, eventualmente in collegamento con Europol, gli autori di reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione, quali definiti dal regolamento previsto nel paragrafo 1, e i loro complici. Essa esercita l'azione penale per tali reati dinanzi agli organi giurisdizionali competenti degli Stati membri. 3. I regolamenti di cui al paragrafo 1 stabiliscono lo statuto della Procura europea, le condizioni di esercizio delle sue funzioni, le regole procedurali applicabili alle sue attività e all'ammissibilità delle prove e le regole applicabili al controllo giurisdizionale degli atti procedurali che adotta nell'esercizio delle sue funzioni. 4. Il Consiglio europeo può adottare, contemporaneamente o successivamente, una decisione che modifica il paragrafo 1 allo scopo di estendere le attribuzioni della Procura europea alla lotta contro la criminalità grave che presenta una dimensione transnazionale, e che modifica di conseguenza il paragrafo 2 per quanto riguarda gli autori di reati gravi con ripercussioni in più Stati membri e i loro complici. Il Consiglio europeo delibera all'unanimità previa approvazione del Parlamento europeo e previa consultazione della Commissione».

¹⁶² G. DI PAOLO, *Note a margine della recente proposta di istituzione di una Procura europea contenuta nelle model rules for the procedure of the European Public Prosecutor's Office*, in F. Ruggeri, T. Rafaraci, G. Di Paolo, S. Marcolini, R. Belfiore (a cura di), *Processo penale, lingua e Unione europea*, Padova, 2013, p. 129.

¹⁶³ E. PERILLO, *Noterelle sparse sulla teoria dei contro-limiti, sul Procuratore europeo, sulla Carta dei diritti fondamentali e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, e sullo spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, in V. Bazzocchi (a cura di), *Atti della Conferenza internazionale “La protezione dei diritti fondamentali e procedurali dalle esperienze investigative dell'OLAF all'istituzione del Procuratore europeo”*, organizzata dalla Fondazione Lelio e Lisli Basso-Issoco e svoltasi a Roma il 12-14 giugno 2013, p. 75.

controllo giurisdizionale degli atti procedurali da essa adottati ed, eventualmente, l'ampliamento delle sue competenze¹⁶⁴.

Attraverso la speciale procedura di cooperazione rafforzata prevista dall'art. 86 TFUE con la partecipazione di venti Stati membri¹⁶⁵, l'istituzione dell'*European Public Prosecutor's Office* (EPPO)¹⁶⁶ è avvenuta il 12 ottobre 2017, quando il Consiglio dell'Unione europea ha approvato il Regolamento 2017/1939/UE. Ulteriori norme di dettaglio sono previste dal Regolamento Interno 2021/C 22/03, elaborato dal Procuratore Capo Europeo, pubblicato sulla Gazzetta Europea in data 21 gennaio 2021. L'EPPO è divenuta operativa il 1° giugno 2021.

¹⁶⁴Per un'approfondita analisi della disposizione, si rinvia a N. PARISI, *La Procura europea: un tassello per lo spazio europeo di giustizia penale*, in *I quaderni europei*, Università di Catania - Online Working Paper 2013 n. 48. http://www.cde.unict.it/quadernieuropei/giuridiche/48_2013.pdf; M. VAUDANO, A. VENEGONI, *Commento art. 86*, in C. Curti Gialdino (a cura di), *Codice dell'Unione europea operativo*, Napoli, 2012, p. 934 ss.

¹⁶⁵Inghilterra ed Irlanda non si manifestarono concordi alla creazione dell'EPPO sin dalle prime proposte istitutive. Si veda sul tema M. JIMENO BULNES, *Brexit and the Future of European Criminal Law – A Spanish Perspective*, in *Criminal Law Forum*, Springer, 2017, 28(2), 329-330. Oggi rimangono fuori dalla stessa, accanto a Danimarca, Regno Unito, ed Irlanda, anche, almeno per il momento Malta, Olanda, Polonia, Svezia ed Ungheria. Sull'evoluzione dell'istituzione della Procura europea si veda, per tutti, L. SALAZAR, *Habemus EPPO! La lunga marcia della Procura europea*, in *Arch. pen.*, 17, 3, 2017.

¹⁶⁶Ci si consentirà di fare riferimento in questo contributo anche con la comune sigla di EPPO, acronimo dell'espressione inglese *European Public Prosecutor Office*. Per una ricostruzione dell'istituto, tra i tanti: G. BARROCU, *La procura europea. Dalla legislazione sovranazionale al coordinamento interno*, Padova 2021; A. BERNARDI, *Note telegrafiche su genesi, evoluzione e prospettive future della Procura europea*, in *Sistema Penale*, 11/2021, p. 23 ss.; L. KALB, *Questioni Problematiche in tema di Procura europea*, in *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, a cura di L.S. Rossi, A. Di Stasi, Napoli 2020, p. 291 ss.; In dottrina, tra gli altri, v. S. ALLEGREZZA, *Statuto e poteri del pubblico ministero europeo*, in M.R. Marchetti (a cura di), *I nuovi orizzonti*, cit., p. 279 s.; R. BELFIORE, *La prova penale*, cit., p. 231 s.; L. CAMALDO, *Il pubblico ministero europeo dal Corpus iuris al Trattato di Lisbona: un "fantasma" si aggira nell'Unione europea*, in P. Corso-E. Zanetti (a cura di), *Studi*, cit., p. 69 s.; L. LUPÀRIA, *Profili dell'azione penale "europea"*, in *Ind. pen.*, 2001, p. 931 s.; R.E. KOSTORIS, *Pubblico ministero europeo e indagini "nazionalizzate"*, in *Cass. pen.*, 2013, p. 4738; P. MOSCARINI, *Eurojust e il pubblico ministero europeo*, cit., p. 641; R. ORLANDI, *Qualche rilievo intorno alla vagheggiata figura di un pubblico ministero europeo*, in L. Picotti (a cura di), *Possibilità e limiti di un diritto penale dell'Unione europea*, 1999, p. 207; S. RUGGERI, *Indagini e azione penale nei procedimenti di competenza della nuova procura europea*, in *Proc. pen. giust.*, 2018, p. 600 s.; V. SCJARABBA, *L'istituzione della Procura europea e la cooperazione rafforzata: nuove prospettive?*, in www.europeanrights.eu, 31 maggio 2017; C. SOTIS, *Il Trattato di Lisbona*, cit., p. 1159 s.; A. VENEGONI, *Considerazioni sulla normativa applicabile alle misure investigative intraprese dal Pubblico Ministero Europeo nella proposta di Regolamento COM (2013) 534*, in *Dir. pen. cont.*, 20 novembre 2013. Tra gli ultimi contributi, L. PRESACCO, *Profili ordinamentali del pubblico ministero europeo*, in *Cass. pen.*, 2018, p. 4399 s.

I.6.2 Cenno sulle peculiarità della Procura Europea

Una trattazione esaustiva – che tenga conto della struttura e delle competenze dell’ufficio – non è possibile e neppure sembra pertinente in questa sede. Pare invece utile riflettere su determinati precipitati che la disciplina della Procura europea è idonea a provocare sul sistema della prova penale nel territorio dell’Unione europea.

La Procura Europea (cd. EPPO) è un *novus* nel panorama internazionale sia per finalità, sia per funzionamento che per materia.

I compiti che il Trattato affida all’EPPO si inseriscono in una fase fondamentale della vicenda processuale, quella investigativa e istruttoria che si manifesta tramite l’individuazione, il perseguimento e il rinvio a giudizio degli autori di reati che ledono gli interessi finanziari dell’Unione, la cui tutela è espressamente prevista dall’art. 325 TFUE.

Il fine è di porre in essere la costruzione di un sistema omogeneo d’indagine e azione penale per i reati che ledono gli interessi finanziari dell’Unione e per i quali, ad oggi¹⁶⁷, ne ha competenza¹⁶⁸. È richiesto che i reati siano stati commessi in tutto o in parte sul territorio di uno o più Stati membri partecipanti alla cooperazione rafforzata, oppure da un loro cittadino o da una persona che al momento

del reato era soggetta allo statuto o al regime applicabile dello Stato membro competente¹⁶⁹.

Una prima peculiarità dell’istituto sta nel tipo di competenza, che non è da ricondursi ad una cd. esclusiva, ma ad una competenza in alcuni casi

¹⁶⁷ «Stante il buon livello di operatività raggiunto dall’EPPO in questi anni, si rende comunque prevedibile che nel breve o, più probabilmente, nel lungo periodo sarà oggetto di una riforma che, principalmente, interesserà il regime delle sue competenze. Un ampliamento delle competenze espressamente attribuite alla Procura europea, come evidenziato, consentirebbe di affrontare meglio taluni reati sempre più complessi e gravi che oltrepassano i confini di un singolo Stato, valorizzando, al contempo, un’azione improntata ai principi fondamentali dello Stato di diritto e dei diritti umani; cioè al rispetto dei valori democratici, della legalità e della tutela dei diritti individuali, inclusi quelli dell’imputato». Così B. MINUCCI, *Verso un ampliamento delle competenze dell’EPPO?*, in *Il Diritto dell’Unione Europea*, 2023, n.3-4, p 519

¹⁶⁸ Cfr. Art.22 Regolamento 2017/1939/UE, che fa riferimento alla Direttiva (UE) 2017/1371 sulla protezione degli interessi finanziari dell’Unione, cd. Direttiva PIF.

¹⁶⁹ Cfr. Art. 23 Reg. *cit.*

“prioritaria”, in altri “condivisa”¹⁷⁰. E’ cd. prioritaria in quanto «se l’EPPO decide di esercitare la sua competenza, le autorità nazionali competenti non esercitano la loro competenza in relazione alla stessa condotta criminosa»¹⁷¹. Diviene condivisa con le autorità giudiziarie nazionali, nel caso in cui vi sia disaccordo tra l’EPPO e le autorità nazionali circa la riconducibilità o meno di un dato reato nell’ambito della competenza EPPO, rispetto ad alcune tipologie di reato¹⁷². Invero, in questo caso sono le suddette autorità ad avere libertà di scelta¹⁷³, con conseguente rovesciamento del primato dell’EPPO. Si rinviene una competenza materiale della Procura europea a geometria parzialmente variabile, stante la diversità delle leggi nazionali di trasposizione della direttiva¹⁷⁴.

Ulteriore carattere di novità lo si riscontra nella struttura: formalmente figura quale istituzione unitaria, indipendente e autonoma, ma sostanzialmente è costruita come un organo decentrato e multilivello.

Dal Regolamento, infatti, emerge la previsione di una struttura a raggiera costituita da un Ufficio centrale¹⁷⁵, rappresentato dal Collegio, dalle Camere Permanenti, dal Procuratore Capo europeo, dai sostituti del Procuratore Capo europeo, da 22 Procuratori europei (cd. PE) rappresentativi di ogni Stato

¹⁷⁰ Sulle considerazioni concernenti la competenza “prioritaria” o “condivisa” si rinvia a A. BERNARDI, *Note telegrafiche su genesi, evoluzione e prospettive future della procura europea*, cit., 11/2021, p. 10.

¹⁷¹ Cfr. Art. 25, comma 1, Reg. cit.

¹⁷² Si fa riferimento ai reati di cui agli artt. 22 commi 2 e 3, 25 commi 2 e 3, Reg. cit.

¹⁷³ Cfr. art. 25 comma 6, Reg. cit.

¹⁷⁴ Sul punto si veda B. MINUCCI, cit.

¹⁷⁵ Per questioni di opportunità, non ci si soffermerà in questa sede sulla composizione dei singoli Uffici centrali. È doveroso precisare e delimitare i singoli ruoli attribuiti agli organismi: a) il Collegio: si compone di un Procuratore Capo europeo e di un Procuratore europeo per ciascun Stato membro. Al Collegio è attribuita la responsabilità della supervisione generale delle attività della Procura europea e la nomina delle Camere Permanenti; b) le Camere Permanenti: oltre a monitorare e a indirizzare le indagini e le azioni penali condotte dai Procuratori europei Delegati, garantiscono il coordinamento delle indagini e delle azioni penali nei casi transfrontalieri; c) il Procuratore Capo: è al vertice dell’Ufficio e si occupa di organizzare il lavoro della procura, di dirigere le sue attività e di adottare le decisioni in conformità del regolamento istitutivo e di quello interno; d) i Procuratori europei: fungono da trait d’union tra Camera Permanente e Procuratore delegato. Per espressa previsione regolamentare, «fungono da collegamento e canali di informazione tra le camere permanenti e i procuratori europei delegati nei rispettivi Stati membri di origine», risultando titolare di una funzione di controllo. Cfr. Capo III Sez I Reg. cit.

membro; e un organo decentrato nei territori degli Stati membri, costituito dai Procuratori Delegati europei (cd. PED).

Suddetta struttura multilivello¹⁷⁶ viene progettata per garantire che tutti gli ordinamenti giuridici e tutte le tradizioni giuridiche nazionali degli Stati membri vengano rappresentati all'interno dell'EPPO¹⁷⁷.

Invero, la presenza di un organo decentrato sul territorio dei vari Stati membri non incide sull'indipendenza dell'istituto: i suoi membri agiscono nell'interesse dell'UE nel suo complesso e non accettano istruzioni da terzi, e neppure dai singoli Stati membri o dalle altre istituzioni dell'Unione Europea.

La figura dei procuratori europei delegati è quella più caratteristica, in quanto “indossano un doppio cappello”¹⁷⁸: agiscono esclusivamente per conto e in nome dell'EPPO nel territorio dei rispettivi Stati membri; tuttavia, continuano ad espletare le funzioni di pubblici ministeri nazionali, a condizione che ciò non impedisca loro di assolvere gli obblighi derivanti dal Regolamento.

È proprio attraverso i PED che l'EPPO esercita i propri poteri.

La Procura europea deve essere informata, dalle istituzioni, organi e organismi dell'Unione e dalle autorità nazionali degli Stati membri, di qualsiasi condotta che possa costituire un reato di sua competenza. I PED procederanno a svolgere indagini e raccogliere le prove sia a carico che a discarico, con il sostegno delle autorità nazionali competenti.

Fatte salve le disposizioni del diritto nazionale, il Reg. In. Impone un metodo di lavoro uniforme, garantito attraverso la redazione di una relazione sullo stato di avanzamento dei lavori¹⁷⁹

Conclusesi le indagini, i PED devono presentare una relazione finale contenente la sintesi dei fatti quali risultanti dalle prove, la qualificazione giuridica, la proposta motivata di esercitare l'azione penale, di applicare una

¹⁷⁶ Definita “Piramidale” da M. R. MARCHETTI, “Procura europea: la normativa interna di collegamento”, in *Dir. pen. proc.*, 7/2021, p. 860 ss.

¹⁷⁷ Così, W. NOCERINO, *L'istituzione della “super Procura Europea”*, cit., p. 5.

¹⁷⁸ Si rinvia a G. GUAGLIARDI, *Procura Europea. Siamo davvero pronti in assenza di un codice di procedura penale europeo? Una nuova sfida per l'avvocatura e la magistratura*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2/2021.

¹⁷⁹ Cfr. Art. 44, comma 1, Reg. cit.

procedura semplificata, di archiviare il caso o rinviarlo alle autorità nazionali; eventualmente la proposta di riunire più cause indicando l'organo giurisdizionale dinanzi al quale portarle; i termini applicabili a norma del diritto nazionale¹⁸⁰.

Una volta esercitata l'azione penale, il procedimento prosegue dinanzi alle autorità nazionali. È in questa fase del processo che si ferma l'operatività autonoma dell'EPPO, a cui non sono attribuite funzioni giurisdizionali¹⁸¹.

Queste, difatti, restano in capo agli Stati membri. Ciò nonostante, i PED espletano le funzioni di Pubblico Ministero davanti organi giurisdizionali competenti fino alla pronuncia del provvedimento definitivo, con il dovere di rendicontare periodicamente il PE incaricato della supervisione.

Si è criticamente osservato, al riguardo, che la “nazionalizzazione” della fase del giudizio, quale inevitabile conseguenza della mancanza di un organo centralizzato di giurisdizione penale europea, rappresenta, in definitiva, un ulteriore elemento di rafforzamento della complessiva impostazione “stato-centrica” sottesa alla disciplina dell'EPPO¹⁸².

Di rilevante importanza nella presente trattazione è il Capo VI del Regolamento che si occupa delle garanzie procedurali di indagati e imputati e del controllo giurisdizionale¹⁸³. Dall'analisi del testo normativo si evince un triplice livello di tutela consistente nel rinvio alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, alle direttive in materia di garanzie difensive già adottate dall'Unione, ed alle garanzie addizionali previste dal diritto nazionale di ciascuno Stato partecipante.

Il fine di agevolare la cooperazione e lo scambio di informazioni tra gli Stati impone all'EPPO di instaurare strette relazioni di cooperazione con Eurojust¹⁸⁴, OLAF ed Europol e rapportarsi con le istituzioni e gli organi

¹⁸⁰ Cfr. Art. 56, comma 1, Reg. cit.

¹⁸¹ Sul punto, L. KALB, *Questioni problematiche in tema di Procura Europea*, cit., p. 291 ss.

¹⁸² Sul punto, L. KALB, *Questioni problematiche in tema di Procura Europea*, cit., p. 291 ss.

¹⁸³ Il tema sarà affrontato in modo più approfondito nei capitoli successivi.

¹⁸⁴ L'art. 86, comma 1, TFUE, definisce Eurojust come il punto di partenza da cui doveva essere istituita l'EPPO. «L'espressione “a partire da Eurojust”, è sembrata per lo più indicativa dell'esigenza di avviare e portare a termine un percorso finalizzato alla creazione di una struttura giudiziaria comune, in grado di orientare l'esercizio dell'azione penale a tutela di beni giuridici di interesse strettamente europeo e nell'ambito di un quadro tendenzialmente uniforme di garanzie dei diritti fondamentali delle persone coinvolte nelle

dell'Unione, con i Paesi terzi e le organizzazioni internazionali, attraverso la conclusione di accordi di lavoro di carattere tecnico/operativo.

Si cerca, dunque, di delineare un quadro razionale e coerente di rapporti collaborativi, evitando il rischio di una competizione inutile tra una pluralità di organismi chiamati ad operare negli stessi settori.

attività investigative». Così, G. DE AMICIS, *Organismi europei di cooperazione e coordinamento investigativo*, in *Cass. Pen.*, 2017, 2, 0804C ss. Vedi anche F. SPIEZIA, *Il pubblico ministero europeo e i rapporti con Eurojust*, in *Dir. pen. cont.*, 29 maggio 2018.

Capitolo II

Il rafforzamento dei diritti processuali nell'area comunitaria: il *vulnus* di garanzia del diritto ad una difesa effettiva

II.1 Il diritto di difesa nelle Carte Internazionali ed Europee II.2 Cenno alle direttive a tutela dei diritti processuali - La "roadmap" del Consiglio GAI del 2009 II.2.1. Approfondimento sulla Direttiva 2013/48/UE II.2.1.1. La differente incidenza negli ordinamenti nazionali del recepimento della Direttiva 2013/48/UE II.3 Il ruolo del difensore nel sistema dell'Ordine Europeo d'Indagine II.4. Il vulnus delle garanzie difensive nell' Eppo

II.1 Il diritto di difesa nelle Carte Internazionali ed Europee

L'apertura della comunità europea e dei singoli Stati ad una giustizia penale transnazionale ha comportato una riorganizzazione del sistema repressivo, con conseguente valutazione dei diritti fondamentali dell'individuo interessato nel processo.

Invero, nello scenario multiculturale europeo si è rafforzata una concezione fortemente partecipativa di giustizia penale che, grazie all'opera della giurisprudenza di Strasburgo, sta progressivamente diffondendosi in diversi settori del diritto processuale penale negli ordinamenti nazionali.

Il diritto comunitario ha recepito i modelli della CEDU, così come interpretati dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. L' art. 52 §3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea¹⁸⁵, alla quale l'art. 6 del Trattato sull'Unione europea ha riconosciuto lo stesso valore giuridico dei trattati, stabilisce il principio secondo cui il significato e la portata dei diritti ivi previsti "corrisponde" a quello dei diritti analoghi previsti dalla CEDU.

Il processo penale, quale delicata sintesi tra l'accertamento della verità e la tutela delle garanzie e libertà degli individui, è sempre più proteso a rispettare

¹⁸⁵Cfr. art. 52 §3 CEDU «laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione. La presente disposizione non preclude che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa»

canoni che lo rendano ‘giusto’, indicati come standard minimi nell’art. 6 CEDU¹⁸⁶, rubricato “diritto ad un equo processo”.

Con il termine ‘equo processo’, alle cui origini si trovano i concetti di *fair trial* e *due process of law*¹⁸⁷ della tradizione angloamericana¹⁸⁸, si esprime un’esigenza di legalità e un’idea di equilibrio simmetrico tra le parti.

La disposizione è composta da tre paragrafi: il primo, dedicato ad ogni tipo di processo; il secondo ed il terzo specificamente concentrati sul processo penale¹⁸⁹.

L’art. 6.1 CEDU delinea una serie di garanzie: il diritto ad essere giudicato da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge; il diritto ad un processo svolto in termini ragionevoli; il diritto alla pubblicità del processo e della sentenza. La Corte Europea fa rientrare nel novero dell’art. 6.1 CEDU anche ulteriori diritti: il diritto al contraddittorio, alla parità delle armi tra le parti, all’accesso al fascicolo, a una sentenza motivata, alle prove e al principio della certezza del diritto¹⁹⁰.

¹⁸⁶ Art. 6 CEDU: «1. Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti. La sentenza deve essere resa pubblicamente, ma l’accesso alla sala d’udienza può essere vietato alla stampa e al pubblico durante tutto o parte del processo nell’interesse della morale, dell’ordine pubblico o della sicurezza nazionale in una società democratica, quando lo esigono gli interessi dei minori o la protezione della vita privata delle parti in causa, o, nella misura giudicata strettamente necessaria dal tribunale, quando in circostanze speciali la pubblicità possa portare pregiudizio agli interessi della giustizia. 2. Ogni persona accusata di un reato è presunta innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata. 3 In particolare, ogni accusato ha diritto di: a) essere informato, nel più breve tempo possibile, in una lingua a lui comprensibile e in modo dettagliato, della natura e dei motivi dell’accusa formulata a suo carico; b) disporre del tempo e delle facilitazioni necessarie a preparare la sua difesa; c) difendersi personalmente o avere l’assistenza di un difensore di sua scelta e, se non ha i mezzi per retribuire un difensore, poter essere assistito gratuitamente da un avvocato d’ufficio, quando lo esigono gli interessi della giustizia; d) esaminare o far esaminare i testimoni a carico e ottenere la convocazione e l’esame dei testimoni a scarico nelle stesse condizioni dei testimoni a carico; e) farsi assistere gratuitamente da un interprete se non comprende o non parla la lingua usata in udienza».

¹⁸⁷ L’espressione *due process of law* si trova nel corpo di una legge inglese del 1335 la quale stabilisce che «nessun uomo, di qualsiasi stato o condizione, potrà essere espulso dalle sue terre e dai suoi possedimenti, né potrà essere detenuto o diseredato o mandato a morte senza essere chiamato a rispondere delle sue azioni nel corso di un regolare processo».

¹⁸⁸ Così, P. FERRUA, *Il “giusto processo”*, Zanichelli, Bologna, III ed., 2012, p. 86

¹⁸⁹ Cfr. H. SATZGER, *International and European Criminal Law*, C.H. Beck · Hart · Nomos, München, 2012, p. 162.

¹⁹⁰ Per un’analisi approfondita di tali diritti, si rinvia a: A. BALSAMO, *The Content of Fundamental Rights*, in *Handbook of European Criminal Procedure* (E Kostoris, editor), Springer International Publishing AG, 2018, p. 99-170ss.

Tra le garanzie implicitamente desumibili dal concetto di “giusto processo”, la tutela del contraddittorio e la “parità delle armi” tra le parti ricoprono un ruolo fondamentale nel nuovo modello procedurale armonizzato.

Secondo la Corte di Strasburgo¹⁹¹, la necessità di garantire la “parità delle armi”, da intendersi come giusto equilibrio tra le parti, deve essere assicurata sia nei procedimenti civili che in quelli penali.

A ciascuna parte deve essere offerta una ragionevole opportunità di presentare elementi a sostegno del proprio caso in condizioni che non lo pongano in una posizione di sostanziale svantaggio rispetto all'avversario.

Inoltre, il concetto di “equo processo” implica il diritto al contraddittorio, in base al quale le parti devono avere la possibilità non solo di far conoscere tutte le prove necessarie all'accoglimento delle loro pretese, ma anche di conoscere e commentare tutte le prove prodotte o le osservazioni presentate, al fine di influenzare la decisione del giudice¹⁹².

Dal principio della parità delle armi e dell'equo processo, deriva anche il diritto dell'imputato di presentare prove per la difesa, in condizioni analoghe a quelle del pubblico ministero¹⁹³.

I §§ 2 e 3 dell'art 6 CEDU si riferiscono direttamente al processo penale, ed in particolare ai diritti del “person charged with a criminal offence”¹⁹⁴.

La suddetta espressione è stata oggetto di interpretazione da parte della Corte di Strasburgo, che ha attribuito un significato autonomo rispetto alle categorie e terminologie nazionali al fine garantire che un livello minimo di garanzia eguale per tutti gli Stati, evitando le “labelling fraud”¹⁹⁵.

Un “criminal charge” viene, dunque, definito utilizzando tre criteri alternativi: la classificazione del reato all'interno dell'ordinamento giuridico nazionale; la natura del reato; e la severità della pena applicabile¹⁹⁶. Rientra nella definizione di “person charged with a criminal offence” sia la persona

¹⁹¹ C. Eur. Dir. Uomo, 16 November 2006, *Klimentyev v. Russia*.

¹⁹² Sul punto, C. Eur. Dir. Uomo, 18 febbraio 1997, *Nideröst-Huber v. Switzerland*; C. Eur. Dir. Uomo, 16 February 2000, *Rowe and Davis v. United Kingdom*.

¹⁹³ Sul punto, C. Eur. Dir. Uomo, 27 March 2008, *Perić v. Croatia*

¹⁹⁴ Il termine è riportato in lingue inglese, lingua originale della CEDU, per ragioni di corretta interpretazione del termine.

¹⁹⁵ Così, A. Balsamo, *cit.*, p 114

¹⁹⁶ C. Eur. Dir. Uomo, 8 June 1976, *Engel and Others v. The Netherlands*

che ha ufficialmente appreso delle indagini preliminari aperte nei suoi confronti o ha iniziato a subire gli effetti delle azioni intraprese dalle autorità inquirenti a seguito di un sospetto nei suoi confronti, che l'imputato.¹⁹⁷

Se l'art. 6§2 CEDU garantisce la presunzione di innocenza del soggetto sottoposto a processo, l'art. 6§3 CEDU, quale specifica applicazione dei principi generali del primo paragrafo, delinea analiticamente il contenuto del diritto di difesa: il diritto di essere informato delle accuse a suo carico, di disporre del tempo e delle facilitazioni necessarie a preparare la sua difesa, di difendersi personalmente o avere l'assistenza di un difensore di sua scelta o di essere assistito gratuitamente da un avvocato in casi particolari, ad esaminare o far esaminare i testimoni a carico e ottenere la convocazione e l'esame dei testimoni a discarico, e farsi assistere gratuitamente da un interprete¹⁹⁸.

Le garanzie sancite dall'articolo 6§3 non sono fini a sé stesse e devono essere interpretate alla luce della funzione che hanno nel contesto generale del procedimento¹⁹⁹.

La prima garanzia riguarda l'«essere informato, nel più breve tempo possibile, in una lingua a lui comprensibile e in modo dettagliato, della natura e dei motivi dell'accusa formulata a suo carico». L'informazione dettagliata è un prerequisito essenziale per garantire che il procedimento sia equo. Invero, un atto d'accusa svolge un ruolo cruciale nel processo penale, in quanto è dal

¹⁹⁷ Sul punto vedi, C. Eur. Dir. Uomo, 27 febbraio 1980, *Deweert c. Belgio*, secondo cui «the concept of 'charge' may thus be defined as 'the official notification given to an individual by the competent authority of an allegation that he has committed a criminal offence', a definition that also corresponds to the test whether the situation of the suspect has been substantially affected»; C. Eur. Dir. Uomo, 22 maggio 1998, *Hozee c. Paesi Bassi*; C. Eur. Dir. Uomo, 15 Luglio 1982, *Eckle v. Germany*; C. Eur. Dir. Uomo, 29 Giugno 2007, *O'Halloran and Francis v. United Kingdom*; C. Eur. Dir. Uomo, 17 Dicembre 2004, *Pedersen and Baadsgaard v. Denmark*; C. Eur. Dir. Uomo, 18 Febbraio 2010, *Aleksandr Zaichenko v. Russia*, Art 6.3 CEDU applies «when a person is questioned by the police in circumstances that imply that the police consider him as a potential suspect, and his answers are later used against him at the trial, even though the person has not the formal status of a suspect or accused»; C. Eur. Dir. Uomo, 19 Febbraio 1991, *Frau v. Italy*, «in the case of a request for an authorization to proceed against a member of parliament».

¹⁹⁸ Cfr. Art 6.3 CEDU

¹⁹⁹ Cfr., *Guide on Article 6 of the Convention – Right to a fair trial (criminal limb)*, European Court of Human Rights, 31.12.2021, p. 73

momento della sua notifica che l'imputato è formalmente informato per iscritto della base fattuale e giuridica delle accuse contro di lui.

L'interesse a essere informati dell'accusa è rilevante ai fini di un'efficace conduzione della difesa²⁰⁰, in maniera pratica ed effettiva e con i giusti tempi²⁰¹.

Invero, è da questo momento che viene riconosciuto il diritto di difesa che si esplica nella presenza fisica del difensore durante ogni escussione investigativa, con un diritto di intervento attivo²⁰²: la Grande Camera, in un primo *leading case* *Salduz c. Turchia*²⁰³, ha statuito che l'omessa assistenza difensiva fin dalle primissime fasi del procedimento penale non è compensata dalla regolare assistenza legale durante il successivo processo e dallo svolgimento in contraddittorio dello stesso.

Il diritto di essere informato della natura e della causa dell'accusa deve essere considerato alla luce

del diritto dell'imputato di preparare la sua difesa, sancito dal comma (b)²⁰⁴.

Il fine è, per quanto possibile, stabilire l'eguaglianza tra l'accusa e la difesa: l'imputato deve avere la possibilità di organizzare la sua difesa in modo adeguato e senza restrizioni per quanto riguarda la capacità di presentare tutte le argomentazioni di difesa e quindi di influenzare l'esito del risultato del procedimento²⁰⁵.

Orbene, mentre l'articolo 6§3 (b) è legato a considerazioni relative alla preparazione del processo, l'articolo 6§3 (c) conferisce all'imputato un diritto più generale all'assistenza e al sostegno di un avvocato durante tutto il procedimento²⁰⁶. Tuttavia, il modo in cui l'articolo 6§3 (c) deve essere applicato nella fase preprocessuale, ovvero durante le indagini preliminari,

²⁰⁰ C. Eur. Dir. Uomo, 25 Luglio 2000, *Mattoccia v. Italy*

²⁰¹ C. Eur. Dir. Uomo, 25 Marzo 1999, *Pélissier and Sassi v. France*

²⁰² C. Eur. Dir. Uomo., 27 novembre 2018, *Soytemiz c. Turchia* su Archivio diritto penale contemporaneo, monitoraggio Corte EDU novembre 2018.

²⁰³ C. Eur. Dir. Uomo., Grande camera, 27 novembre 2008, *Salduz c. Turchia*.

²⁰⁴ Sul punto: C. Eur. Dir. Uomo *Pélissier and Sassi v. France* cit.

²⁰⁵ Così, C. Eur. Dir. Uomo, 9 ottobre 2008, *Moiseyev c. Russia*; C. Eur. Dir. Uomo, 9 luglio 1981, *Kröcher e Möller c. Svizzera*; C. Eur. Dir. Uomo, 20 settembre 2011, *OAO Neftyanaya Kompaniya Yukos c. Russia*.

²⁰⁶ Cfr., *Guide on Article 6 of the Convention – Right to a fair trial (criminal limb)*, cit., p. 80

dipende dalle caratteristiche particolari del procedimento in questione e dalle circostanze del caso²⁰⁷.

La Corte Europea dei diritti dell'uomo²⁰⁸ ha spiegato che gli obiettivi perseguiti dal diritto di accesso ad un avvocato sono i seguenti: prevenzione di un errore giudiziario; la realizzazione degli obiettivi dell'articolo 6, in particolare la parità delle armi tra le autorità inquirenti e l'accusato; contrappeso alla vulnerabilità degli indagati sotto custodia della polizia; salvaguardia fondamentale contro la coercizione e i maltrattamenti degli indagati da parte della polizia; garantire il rispetto del diritto dell'imputato a non incriminarsi e di rimanere in silenzio.

Inoltre, secondo la Corte, in base alle circostanze specifiche di ogni caso e del sistema giuridico interessato, le restrizioni riguardanti l'assistenza legale possono anche compromettere l'equità del procedimento, come: il rifiuto o difficoltà incontrate da un avvocato nel chiedere l'accesso al fascicolo del caso nelle prime fasi del procedimento penale durante le indagini preliminari e la non partecipazione dell'avvocato ad azioni investigative, come le sfilate d'identità o le ricostruzioni.

Il diritto di difesa può essere esercitato in due differenti modi: o personalmente dall'imputato; o da un difensore scelto dall'imputato stesso mediante nomina o assegnato d'ufficio, quando il soggetto non dispone dei mezzi necessari e gli interessi della giustizia lo impongono²⁰⁹.

Per garantire un'equità complessiva del procedimento penale, è previsto che le autorità dell'accusa comunichino alla difesa tutte le prove materiali in loro possesso a favore o contro l'imputato²¹⁰, fatte salve determinate ipotesi concernenti la tutela di altri individui o l'interesse pubblico²¹¹.

²⁰⁷ Vd., C. Eur. Dir. Uomo, 13 settembre 2016, *Ibrahim and Others v. the United Kingdom*; C. Eur. Dir. Uomo, 12 maggio 2017, *Simeonovi v. Bulgaria*; C. Eur. Dir. Uomo, 9 novembre 2018, *Beuze v. Belgio*.

²⁰⁸ Così nella sentenza C. Eur. Dir. Uomo, *Beuze v. Belgium*, cit.

²⁰⁹ C. Eur. Dir. Uomo, 25 Aprile 1983, *Pakelli v. Germany*; C. Eur. Dir. Uomo, 25 Settembre 1992, *Croissant v. Germany*; C. Eur. Dir. Uomo, 15 Novembre 2001, *Correia de Matos v. Portugal*.

²¹⁰ Corte Eur. Dir. Uomo, 16 Dicembre 1992, *Edwards v. United Kingdom*; Corte Eur. Dir. Uomo, 16 Febbraio 2000, *Rowe and Davis v. United Kingdom*; Corte Eur. Dir. Uomo, 11 Dicembre 2008, *Mirilashvili v. Russia*

²¹¹ C. Eur. Dir. Uomo, 26 Maggio 1996, *Doorson v. The Netherlands*; C. Eur. Dir. Uomo, 23 Aprile 1997, *Van Mechelen and Others v. The Netherlands*.

Per quanto riguarda il momento in cui sorge il diritto all'assistenza legale, la giurisprudenza della Corte di Strasburgo ha sviluppato un'interpretazione estensiva che mira a rafforzare il diritto all'assistenza legale.

La Corte ha innanzitutto riconosciuto che, di norma, l'accesso a un difensore dovrebbe essere garantito a partire dal primo interrogatorio di un sospetto da parte della polizia²¹², salvo restrizioni eccezionali che in ogni caso non devono pregiudicare del tutto i diritti dell'imputato.

La Corte ha sottolineato l'importanza della fase investigativa del procedimento penale, per due ragioni: in *primis* le prove ottenute durante questa fase determinano il modo in cui la vicenda processuale sarà inquadrata; in secondo luogo, l'imputato si trova spesso in una posizione particolarmente vulnerabile in questa fase del procedimento, stante anche legislazioni nazionali complesse nel regolare la raccolta e l'uso delle prove²¹³.

I paragrafi 3 (d) ed (e) disciplinano aspetti specifici del diritto ad un equo processo: il paragrafo 3 (d)

richiama il corretto esame dei testimoni quali prove a carico o discarico²¹⁴; il § 3 (e) sancisce il diritto di farsi assistere da un interprete gratuitamente.

L'art. 6.3 (d) si caratterizza per la sua generalità giustificata dal fatto che la Corte non intende escludere alcun mezzo di esame legittimo individuato dai singoli Stati. Egualmente, anche con il termine *witness* si fa riferimento a qualsiasi persona che renda una dichiarazione che viene utilizzata come prova nelle Corti nazionali²¹⁵.

²¹² C. Eur. Dir. Uom, 9 aprile 2015, *A.T. v. Lussemburgo*;

²¹³ C. Eur. Dir. Uomo, 27 novembre 2008, *Salduz c. Turchia*

²¹⁴ Sul punto si rinvia a *Guide on Article 6 of the Convention – Right to a fair trial (criminal limb)*, cit., p. 90-100

²¹⁵ C. Eur. Dir. Uomo, 27 Gennaio 2009, *Mika v. Sweden*; C. Eur. Dir. Uomo, 27 Febbraio 2001, *Lucà v. Italy*. Secondo la Corte, il termine “*witness*” comprende, oltre ai testimoni in senso stretto, i coimputati, gli informatori della polizia, le vittime di reati, le parti civili, i periti e altri soggetti analoghi. Per essere considerato un testimone, non è nemmeno necessario che l'individuo deponga in udienza o che le sue dichiarazioni vengano lette in tribunale: è sufficiente che la sua deposizione possa servire in misura rilevante come base per una condanna.

Il principio del contraddittorio nell'escussione di una prova non si limita alla prova testimoniale, ma si riferisce a qualsiasi prova, documentale ed informatica²¹⁶.

E' interessante notare come la Corte, all'art. 6§3 (e), equipari il diritto all'assistenza di un avvocato a quello di un interprete, tanto da ribadire che essa dovrebbe essere fornita fin dalla fase delle indagini. L'imputato deve essere in grado di fare scelte informate ed i difetti iniziali di interpretazione possono creare ripercussioni su altri diritti e possono minare l'equità del procedimento nel suo complesso²¹⁷.

L'articolo 6§3 CEDU viene ripreso nell'art 48²¹⁸ della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea in modo molto più conciso, in cui si stabilisce il principio della presunzione d'innocenza ed il rispetto del diritto di difesa per chiunque sia sottoposto a procedimento penale.

E' necessario sottolineare che il diritto di difesa deve essere garantito anche durante le attività investigative, esplicabile in un diritto al controllo delle stesse, ovvero la partecipazione attiva dell'avvocato o la possibilità di effettuare ricorsi. Ciò significa che almeno il controllo in questione dovrebbe essere effettuato dopo la raccolta delle prove, che devono essere pienamente documentate²¹⁹.

L'art 48 deve essere interpretato come un riferimento generico al contenuto complessivo dell'art. 6.3 CEDU, poiché è generalmente riconosciuto che il significato e la portata dei diritti procedurali che queste due fonti legislative riconoscono alle persone soggette a imputazione penale sono identici.

²¹⁶ C. Eur Dir Uomo, 11 Dicembre 2008, *Mirilashvili v. Russia*; C. Eur Dir Uomo, 9 Maggio 2003, *Georgios Papageorgiou v. Greece*; C. Eur Dir Uomo, 6 Maggio 2003, *Perna v. Italy*; C. Eur Dir Uomo, 20 Aprile 2006, *Carta v. Italy*; C. Eur Dir Uomo, 19 Luglio 2012, *Hümmer v. Germany*; C. Eur Dir Uomo, 12 Dicembre 2017, *Zadumov v. Russia*

²¹⁷ Si veda, C. Eur Dir Uomo, 14 Ottobre 2014, *Baytar v. Turkey*; C. Eur Dir Uomo, 7 Maggio 2001, *Güngör v. Germany*; C. Eur. Dir. Uomo, 24 Febbraio 2009, *Protopapa v. Turkey*; C. Eur. Dir. Uomo, 28 Novembre 1978, *Luedicke, Belkacem and Koç v. Germany*; C. Eur Dir Uomo, 24 Febbraio 2009, *Protopapa v. Turkey*.

²¹⁸ Cfr. Articolo 48 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea: «1. Ogni imputato è considerato innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente provata. 2. Il rispetto dei diritti della difesa è garantito ad ogni imputato».

²¹⁹ Così, M. DANIELE, E. CALVANESE, Evidence Gathering, in *Handbook of European Criminal Procedure* (E Kostoris, editor), Springer International Publishing AG, 2018, p 372

Inoltre, alcune delle garanzie che l'art. 6.3 CEDU - in particolare il diritto all'assistenza legale nel procedimento e al gratuito patrocinio - sono esplicitamente previste dall'art. 47²²⁰ della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che estende tali diritti a tutte le parti del procedimento. L'art. 47, nel sancire un diritto ad un ricorso efficace dinanzi ad un giudice imparziale, richiede l'effettiva "facoltà di ogni persona di farsi consigliare, difendere e rappresentare".

Va rilevato che, in base alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, deve essere accordata un'assistenza legale allorché la mancanza di tale assistenza renderebbe inefficace la garanzia di ricorso effettivo²²¹.

Da tale breve disamina si deduce che il diritto di difesa nella CEDU è consacrato come pietra miliare di un processo equo e giusto, mentre nella 'Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo'²²² assurge a rango di diritto inviolabile di ogni individuo. Invero l'art. 11, §1, enuncia: "*Ogni individuo accusato di reato è presunto innocente sino a che la sua colpevolezza non sia stata provata legalmente in un pubblico processo nel quale egli abbia avuto tutte le garanzie per la sua difesa*".

Le cd. garanzie difensive vengono, poi, riprese e ribadite dall'art. 14 del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici, paragrafo 3²²³.

Il diritto di difesa è diventato una "precondizione" per garantire il rispetto di tutte le altre libertà del soggetto sottoposto a procedimento penale, quasi

²²⁰ Art. 47 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea: «Ogni persona i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati ha diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice, nel rispetto delle condizioni previste nel presente articolo. Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un giudice indipendente e imparziale, precostituito per legge. Ogni persona ha la facoltà di farsi consigliare, difendere e rappresentare. A coloro che non dispongono di mezzi sufficienti è concesso il patrocinio a spese dello Stato, qualora ciò sia necessario per assicurare un accesso effettivo alla giustizia».

²²¹ C. Eur. Dir. Uomo, 9 ottobre 1979, *Airey v. Ireland*

²²² La Dichiarazione universale dei Diritti dell'uomo è stata approvata dall'Assemblea generale dell'ONU il 10 dicembre 1948. E' un documento di alto rilievo politicoideologico che, nonostante il suo valore meramente programmatico, è stato capace di incidere profondamente sull'evoluzione culturale e normativa della società moderna.

²²³ La Convenzione internazionale sui diritti civili e politici (meglio noto come Il Patto internazionale relativo ai diritti) è un trattato delle Nazioni Unite nato dall'esperienza della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo, adottato nel 1966 ed entrato in vigore il 23 marzo del 1976.

assurgendo un ruolo di un “super diritto”²²⁴, la cui tutela va di regola privilegiata, «salvo a dimostrare che la spinta del valore antagonista è talmente “necessitata” nel gioco degli equilibri costituzionali che neppure una libertà inviolabile come, appunto, quello della difesa, riesce a resistere in pieno»²²⁵.

Le Carte Internazionali sanciscono che il diritto di difesa sia irrinunciabile in qualunque fase del procedimento, di tal ché deve essere garantito dalla fase delle investigazioni fino alla conclusione del processo.

II.2 Cenno alle direttive a tutela dei diritti processuali:

La “roadmap” del Consiglio GAI del 2009

Le enunciazioni di principio contenute nelle Carte su indicate, hanno richiesto l'intervento di diverse direttive che rendessero effettiva la tutela in tutti gli Stati membri e soprattutto la armonizzassero in uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia²²⁶.

Ratio di questi interventi sta nella certezza che tutti i cittadini europei abbiano accesso ad un sistema giudiziario rispondente a livelli di qualità elevati²²⁷ e che gli standard di garanzie, di cui gli stessi possono fruire in un loro incontro con il circuito giudiziario, non debbano mutare a seconda del contesto nazionale in cui ciò si realizza²²⁸.

Esse si inseriscono all'interno della “Tabella di marcia” predisposta con la Risoluzione del Consiglio dell'Unione europea in data 30 novembre 2009 e

²²⁴ O. MAZZA, *Amorfismo legale e adiaforia costituzionale nella nuova disciplina delle intercettazioni*, in *Proc. pen. giust.*, 2018, p. 683.

²²⁵ Per queste riflessioni A. SCALFATI, *Ricerca della prova e immunità difensive*, Padova, Cedam, 2001, p. 41

²²⁶ Nelle Conclusioni del Consiglio europeo di Tampere si parlava dello "Spazio di libertà, sicurezza e giustizia" con una significativa precisazione: «Per godere della libertà è necessario uno spazio autentico di giustizia, in cui i cittadini possano rivolgersi ai tribunali e alle autorità di qualsiasi Stato membro con la stessa facilità che nel loro».

²²⁷ Così nel Programma dell'Aja del 2004. Sul punto CARTABIA *“Unità nella diversità”*: il rapporto tra la Costituzione europea e le Costituzioni nazionali, in *Diritto dell'Unione europea*, 2005, 582 s.

²²⁸ Rileva T. RAFARACI, *Diritti fondamentali*, cit., 3, come il conio di un'ampia base di standard di tutela “uniformi” realizzi l'obiettivo della libera circolazione delle persone e costituisca un passaggio saliente «verso la creazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, contribuendo quanto meno a ridurre una sicura remora a spostarsi spontaneamente da un Paese a un altro dell'UE».

volta all'introduzione di misure in grado di fissare specifici diritti processuali nei confronti del destinatario di procedure penali²²⁹.

I diritti individuati dalla Tabella di marcia del 2009 - riproducenti quelli selezionati nella Proposta di decisione quadro del 2004 - assumono particolare rilievo nell'orbita di un rafforzamento della fiducia reciproca funzionale ad agevolare la cooperazione nelle procedure transnazionali.

Invero, tra il 2010 e il 2016 l'Unione Europea (UE) ha adottato 6 direttive, ai sensi dell'articolo 82, paragrafo 2, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE)²³⁰.

Questi strumenti forniscono un quadro di riferimento per armonizzare alcune norme di procedura penale all'interno dell'UE al fine di garantire l'equità dei

²²⁹ Tale "Tabella di marcia" si pone nel solco del Consiglio europeo di Tampere del 15 e 16 ottobre 1999, che ha affermato che il principio del reciproco riconoscimento delle sentenze e delle altre decisioni giudiziarie deve costituire il fondamento della cooperazione giudiziaria nell'Unione europea in materia civile e penale. Successivamente nel programma di misure per l'attuazione del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni penali è stata espressamente affermata l'idea per la quale il reciproco riconoscimento «deve consentire di rafforzare non solo la cooperazione tra Stati membri, ma anche la protezione dei diritti delle persone». La *road map* è stata, poi, ripresa nel "Programma di Stoccolma - Un'Europa aperta e sicura al servizio e a tutela dei cittadini", adottato dal Consiglio europeo del 10 e 11 dicembre 2009, il quale, delineando le priorità dell'Unione europea per lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia per il periodo 2010-2014, ha sottolineato con forza l'importanza dei diritti della persona nei procedimenti penali. (vd. *Attuazione della direttiva 2013/48/UE, relativa al diritto di avvalersi di un difensore nel procedimento penale e nel procedimento di esecuzione del mandato di arresto europeo*. A.G. n. 317, Senato: Dossier n. 350, 18 luglio 2016). Per una ricostruzione degli interventi normativi a tutela dei soggetti coinvolti in procedimenti penali, v. ex multis P. DE PASQUALE, *La tutela dei diritti dell'accusato nell'Unione europea*, in A. Tizzano (a cura di), *Verso i 60 anni dei Trattati di Roma: stato e prospettive dell'Unione europea*, Torino, 2016, p. 115 ss.; S. RUGGERI, *Procedimento penale, diritto di difesa e garanzie partecipative nel diritto dell'Unione europea*, in *Diritto penale contemporaneo*, settembre 2015; M. CAIANIELLO, *Dal terzo pilastro ai nuovi strumenti: diritti fondamentali, "Road map" e l'impatto delle nuove direttive*, in *Diritto penale contemporaneo*, 4 febbraio 2015.

²³⁰ L'art. 82 paragrafo 2 TFUE così enuncia: «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, il Parlamento europeo e il Consiglio possono stabilire norme minime deliberando mediante direttive secondo la procedura legislativa ordinaria. Queste tengono conto delle differenze tra le tradizioni giuridiche e gli ordinamenti giuridici degli Stati membri. Esse riguardano: a) l'ammissibilità reciproca delle prove tra gli Stati membri; b) i diritti della persona nella procedura penale; c) i diritti delle vittime della criminalità; d) altri elementi specifici della procedura penale, individuati dal Consiglio in via preliminare mediante una decisione; per adottare tale decisione il Consiglio delibera all'unanimità previa approvazione del Parlamento europeo. L'adozione delle norme minime di cui al presente paragrafo non impedisce agli Stati membri di mantenere o introdurre un livello più elevato di tutela delle persone».

procedimenti penali e una protezione equivalente dei diritti dei cittadini in tutto lo spazio europeo.

E' l'esempio della trasformazione dell'armonizzazione da mezzo per perseguire la cooperazione, a valore in sé.²³¹

In qualità di standard minimi comuni, le direttive sono atte a garantire che le decisioni giudiziarie prese da uno Stato membro dell'UE siano riconosciute dagli altri Stati membri, in quanto lo spazio di giustizia europeo si basa su un meccanismo di mutuo riconoscimento e fiducia reciproca.

Questo apparato garantista non ha inciso solo nel più limitato perimetro delle procedure cooperative, ma ha inteso coinvolgere gli assetti degli ordinamenti processuali degli Stati membri in una dimensione più ampia, attenta anche alle dinamiche delle procedure prettamente nazionali²³².

Il primo strumento adottato è la direttiva 2010/64/UE sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali²³³.

Lo scopo della direttiva è quello di assicurare la concreta applicazione del diritto ad un processo equo, che comprende il diritto di persone indagate o imputate all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali.

Tale provvedimento riveste un indubbio interesse anche nella prospettiva del diritto al contraddittorio. Difatti, la giurisprudenza di Strasburgo sostiene che la base per instaurare un effettivo contraddittorio processuale sia data dalla possibilità di una realistica comprensione del procedimento.

In primis, si impone agli Stati membri di assicurare che gli indagati o gli imputati siano assistiti senza indugio da un interprete non solo nei procedimenti penali e nel procedimento di esecuzione di un mandato di arresto europeo, ma anche per le comunicazioni tra indagati o imputati e il loro avvocato. In secondo luogo, è richiesto agli Stati di attivarsi per garantire,

²³¹ In questi termini BONTEMPELLI, *Le garanzie processuali e il diritto dell'Unione europea, fra legge e giudice*, in *Proc. pen. giust.*, 2014, n. 3, 81.

²³² Cfr., F. SIRACUSANO, *Procedure di cooperazione giudiziaria e garanzie difensive: lungo la strada, a piccoli passi* in *Archivio Penale*, 2016, n.3

²³³ In proposito cfr., tra gli altri, R. K. VOGLER, *Lost in Translation: Language Rights for Defendants in European Criminal Proceedings*, in S. Ruggeri (coord.), *Human Rights in European Criminal Law. New Developments in European Legislation and Case Law after the Lisbon Treaty*, Heidelberg 2015, pp. 104 ss.

entro un periodo di tempo ragionevole, una traduzione scritta di tutti i documenti fondamentali per consentire l'esercizio dei loro diritti della difesa. La Direttiva pone una distinzione tra il diritto all'interpretazione e il diritto alla traduzione, rispettivamente se si basa su una comunicazione orale, ex art.2 della Direttiva, o scritta, ex art 3²³⁴.

In seguito, è stata introdotta la Direttiva 2012/13/UE sul diritto all'informazione nei procedimenti penali, al fine di prevenire errori giudiziari e per ridurre il numero di ricorsi²³⁵.

La Direttiva riconosce al diritto all'informazione una triplice funzione: informare il sospettato o accusato riguardo i loro diritti processuali; informarli sull'accusa e consentire loro l'accesso al materiale del caso²³⁶.

La direttiva stabilisce che le persone godono del diritto all'informazione dal momento in cui vengono informate dalle autorità competenti di essere indagate o accusate di aver commesso un reato e fino alla conclusione dei procedimenti. L'informazione riguarda i diritti procedurali e può avvenire oralmente o per iscritto se la persona è privata della libertà o soggetta al mandato di arresto europeo; concerne altresì l'accusa, ovvero il reato per cui sono indagate o imputate ed eventualmente il motivo dell'arresto. E' previsto, infine, il diritto di accesso alla documentazione relativa all'indagine, così articolato: diritto di accesso a documenti essenziali per impugnare l'arresto o la detenzione; l'accesso agli indagati/imputati e ai loro difensori a tutto il materiale probatorio in possesso delle autorità competenti, per garantire l'equità del procedimento e consentire la preparazione della difesa, purchè avvenga in tempo utile.

²³⁴ Corte Giust., 15 Ottobre 2015, causa C-216/14, *Criminal proceedings against Gavril Covaci*, ECLI:EU:C:2015:305

²³⁵ Per un'analisi di questo provvedimento normativo cfr. S. QUATTROCOLO, *The Right to Information in EU Legislation*, in S. Ruggeri (coord.), *Human Rights in European Criminal Law New Developments in European Legislation and Case Law after the Lisbon Treaty*, Heidelberg 2015, cit., pp. 81 ss.

²³⁶ Cfr. A. BALSAMO, *Opt. Cit.*, p. 121. Sulla Direttiva vedi anche, ALLEGREZZA S, COVOLO V, *The Directive 2012/13/Eu on the right to information in criminal proceedings: status quo or step forward?* in Durdevic Z, Ivicovic Karas E (eds) *European criminal procedure law in service of protection of the Union financial interests: state of play and challenges*. Croatian Association of European Criminal Law, Zagreb, 2016, pp 41 ss.;

La Direttiva persegue, dunque, un duplice obiettivo: garantire all'imputato il diritto ad essere informato sull'accusa; conoscere i risultati dell'accertamento penale.

Allo scopo di rafforzare il diritto di difesa, la cui garanzia è solo accennata nelle due direttive su esposte, è stata introdotta la Direttiva 2013/48/UE concernente: il diritto di indagati e imputati di avvalersi di un difensore nei procedimenti penali, nonché nei procedimenti di esecuzione del mandato d'arresto europeo; il diritto di informare un terzo al momento della privazione della libertà personale; il diritto delle persone private della libertà personale di comunicare con terzi e con le autorità consolari²³⁷.

Tra i diritti processuali che "la Tabella di marcia" intende rafforzare si rinviene il rispetto della presunzione di innocenza che, come su esposto, è indissolubilmente legato ad un'effettiva garanzia del diritto difesa²³⁸.

Così con la Direttiva 2016/343/UE si incide su alcuni aspetti della presunzione di innocenza e sul diritto di essere presente al processo²³⁹.

Essa ribadisce il diritto fondamentale di un imputato o di un indagato in un procedimento penale, ovvero che sia considerato innocente fino a prova contraria, indicando i corollari dello stesso con l'indicazione delle misure che gli Stati devono adottare per garantirli.

Principi corollari della presunzione d'innocenza sono: l'onere della prova della colpevolezza incombe sulla pubblica accusa con il diritto della difesa di produrre proprie prove; il dubbio sulla colpevolezza comporta l'assoluzione dell'imputato; l'indagato ha diritto di rimanere in silenzio e di non autoincriminarsi e tale silenzio non dovrà essere utilizzato contro di lui né in alcun modo valutato ai fini della commissione del reato; il diritto della persona indagata o imputata di presenziare al proprio processo, con ammissione di eccezioni.

²³⁷ All'esame di tale direttiva si rinvia a par. II.2.1, stante la particolare rilevanza per il tema oggetto del lavoro.

²³⁸ Vd. art. 48 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione.

²³⁹ A. GONZÁLEZ MONJE (2016) *La presunción de inocencia en la Unión Europea: Directiva 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo de 9 de marzo de 2016 por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio*, in *Revista General de Derecho Europeo*, 2016 n. 39.

Non si può tacere su un paradosso: la presunzione di innocenza e i suoi corollari sono già contemplati e garantiti in tutte le Carte Internazionali e negli ordinamenti degli Stati membri, e, ciò nonostante, si è sentita la necessità di specificarli e tutelarli maggiormente; Segno questo di garanzie procedurali solo enunciate e non effettivamente garantite.

In particolare, la Direttiva apporta significativi mutamenti sul piano dei rapporti tra media e processo penale, stante la problematica sempre più crescente di un “processo penale mediatico” che risponde ai timori della collettività e si completa significativamente con la previsione che impone di assicurare agli indagati e agli imputati un ricorso effettivo in caso di violazione della direttiva²⁴⁰.

Un importante intervento in materia di garanzie procedurale è avvenuto, poi, con la Direttiva 2016/800/UE con riguardo ai minori indagati o imputati in un procedimento penale.

La direttiva richiama espressamente alcuni principi già stabiliti da importanti atti internazionali sui minori e sui diritti del fanciullo, ed appaiono di particolare pregio le disposizioni relative alla necessità di un trattamento individualizzato del minorenne che tenga altresì conto dei processi educativi e formativi in atto²⁴¹.

Essa, poi, richiama diverse salvaguardie già previste per imputati maggiorenni, tra cui in particolare il diritto per i minori ad essere assistiti da un avvocato. Il minore ha il diritto di avere accesso a un difensore senza ritardo, ed in ogni caso prima di essere sottoposto ad un interrogatorio, e quando le autorità procedono ad atti investigativi, immediatamente in caso di privazione della libertà, e che abbia il diritto di incontrare il difensore anche prima dello svolgimento dello stesso prima di comparire davanti a un giudice. Un minore che non sia stato assistito da un avvocato durante le udienze in tribunale non può essere condannato alla reclusione.

²⁴⁰ Sul punto, G. SPANGHER, *Presunzione di innocenza: la Dir. UE 343/2016 limita alla stretta necessità le informazioni delle Procure alla stampa*, in *Altalex*, Wolter Kluwer, 28.4.2021.

²⁴¹ E. DE CARO, “*La direttiva Ue 800/16 sulle garanzie procedurali per i minori*”, *www.ragazzidentro.it*, Febbraio 2020.

Infine, la Direttiva 2016/1919/UE relativa al patrocinio a spese dello Stato a favore di indagati o imputati in procedimenti penali completa il quadro europeo delle garanzie difensive nei procedimenti penali.

Essa impone ai paesi dell'UE di garantire che gli indagati e gli imputati che non dispongono di risorse sufficienti per permettersi un avvocato abbiano diritto al patrocinio a spese dello Stato quando gli interessi della giustizia lo richiedono. I paesi dell'UE possono applicare una verifica dei mezzi e/o del merito per determinare se l'assistenza legale debba essere concessa.

Particolarmente importante è la disposizione che richiede agli Stati membri di assicurare che sia fornita una formazione adeguata agli avvocati e al personale che partecipa al processo decisionale in materia di assistenza giudiziaria nei procedimenti penali e nei procedimenti di mandato d'arresto europeo.

II.2.1 Approfondimento sulla Direttiva 2013/48/UE

La direttiva 2013/48/UE²⁴² ha una spiccata rilevanza nel quadro delle direttive su esposte in quanto il suo recepimento negli Stati membri ha dato una svolta al ruolo del difensore nei procedimenti penali.

I principali diritti 'sostanziali' garantiti dalla Direttiva sono quattro: il diritto di avvalersi di un difensore; il diritto di informare almeno un terzo della privazione della libertà personale; il diritto di comunicare con almeno un terzo durante lo stato di privazione della libertà personale; il diritto degli imputati ed indagati che non sono cittadini dello Stato membro in cui sono privati della libertà personale di informare le autorità consolari dello Stato di cittadinanza e di comunicare con tali autorità.

Quanto al campo di applicazione, si fa riferimento sia ai procedimenti penali che ai procedimenti di esecuzione del mandato d'arresto europeo.

²⁴² Direttiva 2013/48/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 22 ottobre 2013 - relativa al diritto di avvalersi di un difensore nel procedimento penale e nel procedimento 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. G.U.U.E. L 294, 6.11.2013, p. 1 ss., <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2013:294:0001:0012:IT:PDF>.

Il cuore dello strumento europeo è senza dubbio la garanzia del diritto di difesa inteso, per la prima volta in ambito comunitario, come il diritto di accesso dell'avvocato al procedimento penale.

La disamina del principio citato, impone di soffermarci solo su alcune disposizioni della Direttiva, tralasciando la parte relativa al procedimento per il mandato di arresto europeo, non oggetto di trattazione.

L'art. 3²⁴³, rubricato "*Diritto di avvalersi di un difensore nel procedimento penale*", sancisce i tempi e le modalità di esercizio di tale diritto che devono

²⁴³ Art 3 Direttiva 2013/48/UE- Diritto di avvalersi di un difensore nel procedimento penale: «1. Gli Stati membri assicurano che gli indagati e imputati abbiano diritto di avvalersi di un difensore in tempi e secondo modalità tali da permettere agli interessati di esercitare i propri diritti di difesa in modo concreto ed effettivo. 2. Gli indagati e gli imputati si avvalgono di un difensore senza indebito ritardo. In ogni caso, gli indagati e gli imputati si avvalgono di un difensore a partire dal primo tra i momenti seguenti: a) prima che essi siano interrogati dalla polizia o da un'altra autorità di contrasto o giudiziaria; b) quando le autorità inquirenti o altre autorità competenti procedono ad atti investigativi o altri atti di raccolta delle prove conformemente al paragrafo 3, lettera c); c) senza indebito ritardo dopo la privazione della libertà personale; d) qualora siano stati chiamati a comparire dinanzi a un giudice competente in materia penale, a tempo debito prima che compaiano dinanzi a tale giudice. 3. Il diritto di avvalersi di un difensore comporta quanto segue: a) gli Stati membri garantiscono che gli indagati e imputati abbiano diritto di incontrare in privato e di comunicare con il difensore che li assiste, anche prima dell'interrogatorio da parte della polizia o di un'altra autorità di contrasto o giudiziaria; b) gli Stati membri garantiscono che gli indagati e imputati abbiano diritto alla presenza e alla partecipazione effettiva del loro difensore quando sono interrogati. Tale partecipazione avviene secondo le procedure previste dal diritto nazionale, a condizione che tali procedure non pregiudichino l'effettivo esercizio o l'essenza del diritto in questione. Ove un difensore partecipi all'interrogatorio, il fatto che ci sia stata tale partecipazione è verbalizzato utilizzando la procedura di verbalizzazione conformemente al diritto dello Stato membro interessato; c) gli Stati membri garantiscono che gli indagati e imputati abbiano almeno diritto alla presenza del proprio difensore ai seguenti atti di indagine o di raccolta delle prove, ove tali atti siano previsti dal diritto nazionale e all'indagato o all'imputato sia richiesto o permesso di essere presente all'atto in questione: i) riconoscizioni di persone; ii) confronti; iii) ricostruzioni della scena di un crimine. 4. Gli Stati membri si impegnano a rendere disponibili informazioni generali per aiutare gli indagati e imputati a trovare un difensore. Fatte salve le disposizioni del diritto nazionale relative alla presenza obbligatoria di un difensore, gli Stati membri adottano le disposizioni necessarie per assicurare che gli indagati e imputati che sono privati della libertà personale siano in grado di esercitare in modo effettivo il loro diritto di avvalersi di un difensore, a meno che non abbiano rinunciato a tale diritto ai sensi dell'articolo 9. 5. In circostanze eccezionali e solo nella fase che precede il processo, gli Stati membri possono derogare temporaneamente all'applicazione del paragrafo 2, lettera c), qualora, a causa della lontananza geografica dell'indagato o imputato, sia impossibile garantire il diritto di avvalersi di un difensore senza indebito ritardo dopo la privazione della libertà personale. 6. In circostanze eccezionali e solo nella fase che precede il processo, gli Stati membri possono derogare temporaneamente all'applicazione dei diritti di cui al paragrafo 3 nella misura in cui ciò sia giustificato alla luce delle circostanze particolari del caso, sulla base di uno dei seguenti motivi imperativi: a) ove vi sia la necessità impellente di evitare gravi conseguenze negative per la vita, la libertà o l'integrità fisica di una persona; b) ove vi sia la necessità indispensabile di un intervento immediato delle autorità inquirenti per evitare di compromettere in modo sostanziale un procedimento penale».

essere tali da rendere la difesa “concreta ed effettiva” evitando “ogni indebito ritardo”.

Per rendere più concreta questa previsione e al fine di assicurare anche una certa uniformità tra gli Stati membri, al § 2 sono individuati diversi momenti a partire dai quali deve essere garantito il diritto di accesso a un difensore.

Quanto al contenuto del diritto, le disposizioni dell'art. 3, § 3, in combinato disposto con l'art. 4, rubricato “riservatezza”, sono alquanto stringate²⁴⁴, ma senza dubbio pongono l'attenzione sulla necessaria presenza dell'avvocato nelle fasi iniziali del processo, già dalla custodia della polizia, riconoscendo che sia fondamentale per garantire la correttezza dell'intero procedimento. A sostegno di ciò, agli Stati membri è fatto obbligo di adottare tutte le disposizioni necessarie ad assicurare che il diritto sia esercitato in modo effettivo, con la precisazione che essi “*si impegnano a rendere disponibili informazioni generali per aiutare gli indagati e imputati a trovare un difensore*”.

Ciò che rileva, oltre la struttura dei principi anzidetti, è l'apparato di deroghe che stabilisce le condizioni generali per l'applicazione delle deroghe.

Si tratta di un elenco tassativo, non suscettibile di alcuna integrazione da parte degli Stati membri.

Sulla prima, relativa alle difficoltà generate dalla “*lontananza geografica*”, non pare di doversi soffermare, mentre, ai sensi della seconda, riguardante il diritto al difensore nella sua pienezza di contenuto, è possibile derogare “*in circostanze eccezionali e solo nella fase che precede il processo*” e “*nella misura in cui ciò sia giustificato alla luce delle circostanze particolari del caso*” sulla base di motivi dettati in modo imperativo.

Quanto alle condizioni di cui all'art. 8, ogni deroga deve essere necessaria, proporzionata, rigorosamente limitata nel tempo, non si deve basare esclusivamente sul tipo o sulla gravità del reato contestato, e non deve pregiudicare l'equità complessiva del processo.

²⁴⁴ Vd., F. A. BUBULA, *La Direttiva 2013/48/UE sul diritto al difensore a comunicare con terzi e autorità consolari in caso di privazione della libertà personale*, in *Diritto penale contemporaneo*, 29 novembre 2013

E' richiesto che sia autorizzata da un'autorità giudiziaria, con decisione motivata, adottata caso per caso e verbalizzata.

La tassatività dei motivi e delle modalità di deroga è sintomatica della volontà del legislatore europeo di garantire in modo effettivo il diritto di difesa e di equiparare la tutela che viene a questo garantita nei diversi Stati membri al fin di rafforzare una cooperazione basata su una reciproca fiducia.

Fatto salvo l'obbligo dell'assistenza del legale eventualmente previsto dal diritto nazionale, il diritto di cui all'art. 3 può essere oggetto di rinuncia, che può essere effettuata sia oralmente che per iscritto; indipendentemente dalla modalità, la rinuncia deve essere verbalizzata assieme alle circostanze in cui è avvenuta, purché sia volontaria e inequivocabile.

Agli Stati membri è poi fatto obbligo di predisporre mezzi di ricorso effettivi per il caso di violazione dei diritti garantiti dalla Direttiva (ex art. 12), e di garantire che le esigenze particolari di indagati e imputati vulnerabili siano tenute in considerazione nell'applicazione della Direttiva (ex art. 13).

L' articolo 12, § 1, con rinvio all'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, pone un chiaro obbligo agli Stati membri dell'UE di assicurare un rimedio efficace per la violazione dei diritti protetti dal diritto dell'UE. Tuttavia, il concetto di rimedio è ampio e lascia agli Stati membri una sostanziale discrezionalità nella scelta di tale rimedio.

Il carattere minimo delle disposizioni introdotte dalla Direttiva,, che è imposto dal fondamento giuridico dell'atto, implica la possibilità per gli Stati membri di ampliare i diritti dalla stessa previsti, per assicurare un livello di tutela più elevato; al contrario, le disposizioni nazionali non possono prevedere un livello di tutela inferiore a quello che risulta dalla Carta dei

diritti fondamentali, interpretata in conformità - secondo quanto richiesto dal suo articolo 52²⁴⁵ - ai corrispondenti diritti della CEDU.²⁴⁶

Suddetto articolo, introducendo una clausola di non regressione, sancisce la finalità della Direttiva: incrementare la fiducia reciproca degli Stati membri e contribuire a ridurre gli errori giudiziari ed il numero di procedure di impugnazione²⁴⁷.

II.2.1.1 La differente incidenza negli ordinamenti nazionali del recepimento della Direttiva 2013/48/UE

L'art. 15 della Direttiva 2013/48/UE stabilisce come termine ultimo per il recepimento della stessa all'interno della legislazione nazionale il 27 novembre 2016, nel rispetto dei diritti minimi ivi contenuti.

L'istituzione di norme minime se da un lato comporta il rischio di differenze nelle normative nazionali di procedura penale, dall'altro è necessaria stante

²⁴⁵ Articolo 52 Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo- Portata e interpretazione dei diritti e dei principi: «1. Eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla presente Carta devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà. Nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui. 2. I diritti riconosciuti dalla presente Carta per i quali i trattati prevedono disposizioni si esercitano alle condizioni e nei limiti dagli stessi definiti. 3. Laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione. La presente disposizione non preclude che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa. 4. Laddove la presente Carta riconosca i diritti fondamentali quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, tali diritti sono interpretati in armonia con dette tradizioni. 5. Le disposizioni della presente Carta che contengono dei principi possono essere attuate da atti legislativi e esecutivi adottati da istituzioni, organi e organismi dell'Unione e da atti di Stati membri allorché essi danno attuazione al diritto dell'Unione, nell'esercizio delle loro rispettive competenze. Esse possono essere invocate dinanzi a un giudice solo ai fini dell'interpretazione e del controllo di legalità di detti atti. 6. Si tiene pienamente conto delle legislazioni e prassi nazionali, come specificato nella presente Carta. 7. I giudici dell'Unione e degli Stati membri tengono nel debito conto le spiegazioni elaborate al fine di fornire orientamenti per l'interpretazione della presente Carta».

²⁴⁶ Sul punto, N. LAZZERINI, *La Direttiva 2013/48/UE sul diritto di avvalersi di un difensore, di informare un terzo al momento della privazione della libertà personale e di comunicare con terzi e con le autorità consolari*, in *Osservatorio sulle fonti*.it, 3/2013

²⁴⁷ Sul punto, *Relazione della commissione al Parlamento Europeo e al Consiglio, sull'attuazione della direttiva 2013/48/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 ottobre 2013, relativa al diritto di avvalersi di un difensore nel procedimento penale e nel procedimento 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*, COM/2019/560 final, p.2

che non tutti gli Stati membri hanno raggiunto un elevato livello di riconoscimento della garanzia della difesa nei procedimenti penali.

A prova di ciò si analizzerà la differente incidenza che la direttiva ha avuto nel sistema italiano e in quello spagnolo²⁴⁸.

Nel rispetto del termine fissato dalla stessa direttiva, il Governo italiano ha varato il d.lgs. 15 settembre 2016, n. 184²⁴⁹, di attuazione della direttiva 2013/48/UE, entrato in vigore dal 18 ottobre 2016.

Il decreto si compone di cinque articoli: fermo l'art. 1 che definisce il campo di applicazione del decreto e l'art. 5 che prevede la clausola di invarianza finanziaria, gli artt. 2,3,4 rispettivamente disciplinano modifiche al codice di procedura penale, alle disposizioni di attuazione del c.p.p. e agli articoli 9 e 12 della legge n. 69 del 2005, relativa al mandato di arresto europeo e la procedura di consegna tra Stati.

²⁴⁸ Si procederà ad analizzare l'incidenza della direttiva nel sistema spagnolo in quanto questo è stato oggetto di studio durante il periodo di ricerca svoltosi presso l'Universidad de Granada, Escuela internacional de Posgrado, Facultad de derecho da Marzo a Giugno 2022. Per i testi delle trasposizioni della Direttiva negli ordinamenti degli altri Stati membri, si rinvia al sito www.eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/NIM/?uri=celex:32013L0048. Per un approfondimento, tra i tanti, si veda, A. SOO, *How are the member states progressing on transposition of Directive 2013/48/EU on the right of access to a lawyer?: An inquiry conducted among the member states with the special focus on how Article 12 is transposed*, in *New Journal of European Criminal Law*, 8(1), 64-76. [www.doi.org/10.1177/2032284417699294](https://doi.org/10.1177/2032284417699294).

²⁴⁹ GU n.231 del 03-10-2016, D. Lgs. 15 settembre 2016, n. 184: Attuazione della direttiva 2013/48/UE, relativa al diritto di avvalersi di un difensore nel procedimento penale e nel procedimento 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. (16G00197). In GU, numero 186, del 10 agosto 2023, sono state pubblicate *Disposizioni per il completo adeguamento alla direttiva 2013/48/UE, sul diritto al difensore e a comunicare con terzi e con le autorità consolari in caso di privazione della libertà personale – Procedura di infrazione n. 2021/2075* che ha aggiunto all'articolo 18, comma 1, delle disposizioni sul processo penale a carico di imputati minorenni, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 22 settembre 1988, n. 448, dopo il primo periodo, il seguente: «Quando risulta necessario a salvaguardare il superiore interesse del minorenne, in luogo dell' esercente la responsabilità genitoriale, dell'arresto o del fermo è informata altra persona idonea maggiorenne».

L'articolo 2²⁵⁰ novella l'art. 364 c.p.p.²⁵¹ ed estende le garanzie partecipative del difensore anche nell'ipotesi di individuazione di persone svolta dal PM²⁵² e già previste in caso di interrogatorio, ispezione o confronto, cui deve partecipare la persona sottoposta alle indagini.

La disposizione pone fine a quel vuoto di garanzie che caratterizzava l'istituto disciplinato dall'art. 361 c.p.p., che è stato spinto "ben oltre i confini che gli erano stati assegnati", da atto rigorosamente investigativo verso l'utilizzazione dibattimentale ai fini della decisione sulla responsabilità²⁵³.

L'articolo 3²⁵⁴ modifica l'art. 29 delle disposizioni di attuazione del c.p.p., recante la disciplina degli elenchi e tabelle dei difensori d'ufficio, così da prevedere espressamente la reperibilità, secondo turni curati dai competenti

²⁵⁰ La disposizione dà attuazione all'articolo 3, paragrafo 3, punto c), sub i), della direttiva, il quale prevede che gli Stati membri garantiscono che gli indagati e imputati abbiano almeno diritto alla presenza del proprio difensore agli atti di ricognizione di persone.

²⁵¹ Cfr. Art.364 c.p.p.: «1. Il pubblico ministero, se deve procedere a interrogatorio, ovvero a ispezione, a *individuazione di persone* o confronto cui deve partecipare la persona sottoposta alle indagini, la invita a presentarsi a norma dell'articolo 375. 2. La persona sottoposta alle indagini priva del difensore è altresì avvisata che è assistita da un difensore di ufficio, ma che può nominarne uno di fiducia. 3. Al difensore di ufficio o a quello di fiducia in precedenza nominato è dato avviso almeno ventiquattro ore prima del compimento degli atti indicati nel comma 1 e delle ispezioni a cui non deve partecipare la persona sottoposta alle indagini. 4. Il difensore ha in ogni caso diritto di assistere agli atti indicati nei commi 1 e 3, fermo quanto previsto dall'articolo 245. 5. Nei casi di assoluta urgenza, quando vi è fondato motivo di ritenere che il ritardo possa pregiudicare la ricerca o l'assicurazione delle fonti di prova, il pubblico ministero può procedere a interrogatorio, a ispezione, a *individuazione di persone* o a confronto anche prima del termine fissato dandone avviso al difensore senza ritardo e comunque tempestivamente. L'avviso può essere omesso quando il pubblico ministero procede a ispezione e vi è fondato motivo di ritenere che le tracce o gli altri effetti materiali del reato possano essere alterati. E' fatta salva, in ogni caso, la facoltà del difensore d'intervenire. 6. Quando procede nei modi previsti dal comma 5, il pubblico ministero deve specificamente indicare, a pena di nullità, i motivi della deroga e le modalità dell'avviso. 7. E' vietato a coloro che intervengono agli atti di fare segni di approvazione o disapprovazione. Quando assiste al compimento degli atti, il difensore può presentare al pubblico ministero richieste, osservazioni e riserve delle quali è fatta menzione nel verbale».

²⁵² La misura dell'individuazione di persone e di cose è disciplinata dall'art. 361 c.p.p., che enuncia «1. Quando è necessario per la immediata prosecuzione delle indagini, il pubblico ministero procede alla individuazione di persone, di cose o di quanto altro può essere oggetto di percezione sensoriale 2. Le persone, le cose e gli altri oggetti sono presentati ovvero sottoposti in immagine a chi deve eseguire la individuazione. 3. Se ha fondata ragione di ritenere che la persona chiamata alla individuazione possa subire intimidazione o altra influenza dalla presenza di quella sottoposta a individuazione, il pubblico ministero adotta le cautele previste dall'articolo 214 comma 2».

²⁵³ Sul punto, D. MANZIONE, *L'attività del pubblico ministero*, in M. Chiavario, E. Marzaduri, *Giurisprudenza sistematica di diritto processuale penale. Indagini preliminari e instaurazione del processo*, Torino, 1999, p. 272 ss.

²⁵⁴ Lo schema intende così dare attuazione all'art. 10 della direttiva, tenuto conto del *considerando* n. 46.

consigli dell'ordine degli avvocati, di difensori che tutelino detenuti o arrestati all'estero in esecuzione di un mandato di arresto europeo nell'ambito di procedura attiva di consegna, al fine di agevolare la tempestiva nomina di un difensore che assista quello officiato nello Stato di esecuzione²⁵⁵.

Il successivo articolo 4²⁵⁶ interviene sugli articoli 9 e 12 della legge n. 69 del 2005, relativa al mandato di arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri, e riguarda le ipotesi di esecuzione in Italia di mandato d'arresto emesso dall'autorità giudiziaria straniera.

Nessun intervento specifico è, invece, stato effettuato con riguardo ai mezzi di ricorso che gli Stati devono garantire avverso le violazioni del diritto tutelato, ex art 12 della Direttiva. Ciò in quanto il nostro ordinamento già prevede che in caso di omissione della informazione dovuta all'imputato/indagato e di violazione del diritto di difesa si integra un'ipotesi di nullità di ordine generale, ex artt. 178 e 180 c.p.p, sotto il profilo della mancata assistenza e rappresentanza dell'imputato tra le quali rientra anche il diritto a essere informato sulle modalità di esercizio e sull'ampiezza dei diritti di difesa²⁵⁷.

Si può affermare che l'intervento governativo si sia limitato a un raccordo armonico tra il dettato della direttiva e le previsioni del codice e della l. n. 69/2005, in materia di mandato d'arresto europeo, attraverso una diligente opera di superficie in ottemperanza agli obblighi europei.

La superficialità del decreto legislativo è giustificata dall'elevato standard di tutela riconosciuto nell'ordinamento italiano al diritto di accesso al difensore, tanto che le norme della direttiva si collocano ampiamente al di sotto di tale livello²⁵⁸.

²⁵⁵ Per un approfondimento vd., M.R. MARCHETTI, *Rapporti giurisdizionali con autorità straniere*, in M. Bargis (a cura di), *Compendio di procedura penale*, Padova, 2016, p. 989 ss.

²⁵⁶ Sempre in attuazione di quanto specificamente disposto dall'art. 10 della direttiva e dal *considerando* n. 46

²⁵⁷ Così, Relazione illustrativa dello Schema di D.lgs - attuazione della direttiva 2013/48/UE relativa al diritto di avvalersi di un difensore nel procedimento penale e nel procedimento 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. www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_2_1.page?contentId=SAN1255839

²⁵⁸ Cfr., S. QUATTROCOLO, *Interventi minimi in materia di diritto di accesso al difensore: la recente trasposizione della direttiva 2013/48/UE*, in www.eurojust.it, 15.10.2016

Differentemente, nell'ordinamento spagnolo la Direttiva è stata la base logica e giuridica dalla quale partire per modificare il codice di procedura penale.

L'ordinamento spagnolo ha recepito la direttiva 2013/48/UE con la Legge Organica 13/2015²⁵⁹, che modifica la legge di procedura penale per il rafforzamento delle garanzie procedurali e la regolamentazione delle misure tecnologiche di indagine.

La direttiva europea ha svolto un ruolo fondamentale nell'ordinamento spagnolo, in quanto ha dato una base giuridica dalla quale partire per modificare il codice di procedura penale, ritenuto da dottrina e giurisprudenza oramai obsoleto.

La legge è composta da un solo articolo, suddiviso in sezioni.

La prima sezione si occupa della modifica dell'art. 118 LECrim, introducendo novità di particolare rilievo, di cui si tratterà nel paragrafo successivo.

La seconda sezione introduce due paragrafi all'articolo 282 bis LECrim, disciplinando la figura dell'agente sotto copertura.

La terza e sesta sezione si occupano della detenzione in stato di incomunicado, ex artt. 509 e 527 LECrim: modificano i requisiti per la sua attuazione; vietano l'applicazione di tale stato di detenzione agli imputati minori di sedici anni; individuano espressamente i diritti di cui il detenuto viene privato.

Il quarto paragrafo riprende l'ampio art. 520 LECrim che è oggetto di profondi cambiamenti con riguardo alle garanzie dell'arrestato o detenuto provvisoriamente: maggiore tutela della dignità del detenuto; riconoscimento del suo diritto all'informazione sui materiali del fascicolo; un nuovo regime di assistenza legale.

La quinta sezione introduce l'art. 520 ter LECrim per i detenuti negli "spazi marini".

Le sezioni che seguono realizzano una riorganizzazione formale della LECrim con riguardo alle misure tecnologiche investigative.

²⁵⁹ Boletín Oficial Del Estado, Núm. 239, Martes 6 de octubre de 2015, Sec. I. Pág. 90192: *Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica.*

Infine, il ventunesimo e ultimo paragrafo sostituisce nei vari articoli della LECrim il termine “accusato” ed “imputato” con quello di "indagato", maggiormente appropriato nelle prime fasi del procedimento penale.

La novità di maggiore interesse per la corrente disamina è la modifica dell’art 118 LECrim²⁶⁰ che è stato maggiormente adattato agli artt. 17 e 24 della Costituzione Spagnola.

²⁶⁰ Artículo 118 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: «1. Toda persona a quien se atribuya un hecho punible podrá ejercitar el derecho de defensa, interviniendo en las actuaciones, desde que se le comunique 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: Derecho a ser informado de los hechos que se le atribuyan, así como de cualquier cambio relevante en el objeto de la investigación y de los hechos imputados. Esta información será facilitada con el grado de detalle suficiente para permitir el ejercicio efectivo del derecho de defensa. Derecho a examinar las actuaciones con la debida antelación para salvaguardar el derecho de defensa y en todo caso, con anterioridad a que se le tome declaración. Derecho a actuar en el proceso penal para ejercer su derecho de defensa de acuerdo con lo dispuesto en la ley. Derecho a designar libremente abogado, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 1 a) del artículo 527. Derecho a solicitar asistencia jurídica gratuita, procedimiento para hacerlo y condiciones para obtenerla. Derecho a la traducción e interpretación gratuitas de conformidad con lo dispuesto en los artículos 123 y 127. Derecho a guardar silencio y a no prestar declaración si no desea hacerlo, y a no contestar a alguna o algunas de las preguntas que se le formulen. Derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable. La información a que se refiere este apartado se facilitará en un lenguaje comprensible y que resulte accesible. A estos efectos se adaptará la información a la edad del destinatario, su grado de madurez, discapacidad y cualquier otra circunstancia personal de la que pueda derivar una modificación de la capacidad para entender el alcance de la información que se le facilita. 2. El derecho de defensa se ejercerá sin más limitaciones que las expresamente previstas en la ley desde la atribución del hecho punible investigado hasta la extinción de la pena. El derecho de defensa comprende la asistencia letrada de un abogado de libre designación o, en su defecto, de un abogado de oficio, con el que podrá comunicarse y entrevistarse reservadamente, incluso antes de que se le reciba declaración por la policía, el fiscal o la autoridad judicial, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 527 y que estará presente en todas sus declaraciones así como en las diligencias de reconocimiento, careos y reconstrucción de hechos. 3. Para actuar en el proceso, las personas investigadas deberán ser representadas por procurador y defendidas por abogado, designándoseles de oficio cuando no los hubiesen nombrado por sí mismos y lo solicitaren, y en todo caso, cuando no tuvieran aptitud legal para hacerlo. Si no hubiesen designado procurador o abogado, se les requerirá para que lo hagan o se les nombrará de oficio si, requeridos, no los nombrasen, cuando la causa llegue a estado en que se necesite el consejo de aquéllos o haya de intentar algún recurso que hiciese indispensable su actuación. 4. Todas las comunicaciones entre el investigado o encausado y su abogado tendrán carácter confidencial. Si estas conversaciones o comunicaciones hubieran sido captadas o intervenidas durante la ejecución de alguna de las diligencias reguladas en esta ley, el juez ordenará la eliminación de la grabación o la entrega al destinatario de la correspondencia detenida, dejando constancia de estas circunstancias en las actuaciones. Lo dispuesto en el párrafo primero no será de aplicación cuando se constate la existencia de indicios objetivos de la participación del abogado en el hecho delictivo investigado o de su implicación junto con el investigado o encausado en la comisión de otra infracción penal, sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley General Penitenciaria. 5. La admisión de denuncia o querrela, y cualquier actuación procesal de la que resulte la imputación de un delito contra persona o personas determinadas, serán puestas inmediatamente en conocimiento de los presuntamente responsables». «1. Chiunque al quale viene attribuito un fatto punibile può esercitare il diritto di difesa, intervenendo nel

II.3 Il ruolo del difensore nel sistema dell'Ordine Europeo d'Indagine

Dalla disamina fin ora svolta, si può affermare che l'armonizzazione tra gli Stati membri dei diritti minimi riconosciuti all'imputato/indagato, in particolare il diritto di difesa inteso come assistenza e presenza del difensore in ogni fase del processo, ha guidato e continua a guidare gli interventi legislativi europei.

procedimento, purché gli sia comunicata l'esistenza, sia stato sottoposto ad arresto o ad altra misura cautelare o sia stata concordata la sua persecuzione. il cui effetto sarà quello di informarlo, senza ingiustificato ritardo, dei seguenti diritti: a) Diritto di essere informato sui fatti a lui imputati, nonché su ogni variazione rilevante dell'oggetto dell'indagine e dei fatti imputati. Tale informativa sarà fornita con sufficiente dettaglio per consentire l'effettivo esercizio del diritto di difesa. b) Diritto all'esame del procedimento con il dovuto preavviso per tutelare il diritto di difesa e, comunque, prima che venga resa la memoria. c) Diritto di agire nel processo penale per esercitare il proprio diritto di difesa in conformità alle disposizioni di legge. d) Diritto di nominare liberamente un avvocato, fermo restando quanto disposto dal comma 1, lettera a), dell'articolo 527. e) Diritto di richiedere assistenza legale gratuita, procedura per farlo e condizioni per ottenerla. f) Diritto alla libera traduzione e interpretazione secondo quanto previsto dagli articoli 123 e 127. g) Diritto di non rispondere e di non rendere dichiarazioni se non lo desidera, nonché di non rispondere ad alcune o a tutte le domande poste. h) Diritto di non testimoniare contro se stessi e di non confessare la colpa. Le informazioni di cui alla presente sezione saranno fornite in un linguaggio comprensibile e accessibile. A tali fini, le informazioni saranno adattate all'età del destinatario, al suo grado di maturità, alla disabilità e a qualsiasi altra circostanza personale da cui possa derivare una modifica della capacità di comprendere la portata delle informazioni fornite. 2. Il diritto di difesa sarà esercitato senza limitazioni ulteriori rispetto a quelle espressamente previste dalla legge dall'imputazione del fatto punibile indagato fino all'estinzione della pena. Il diritto alla difesa comprende l'assistenza legale da parte di un avvocato liberamente nominato o, in mancanza, di un avvocato d'ufficio, con il quale è possibile comunicare e intervistare in modo riservato, anche prima che venga ricevuta una dichiarazione della polizia, del pubblico ministero o dell'autorità giudiziaria, fermo restando quanto previsto dall'articolo 527 e che sarà presente in tutte le loro dichiarazioni nonché nei procedimenti di riconoscimento, confronto e ricostruzione dei fatti. 3. Per agire nel processo, le persone indagate devono farsi rappresentare da un procuratore legale e difendere da un avvocato, nominandole d'ufficio quando non siano state da loro stesse nominate e ne facciano richiesta, e comunque quando non abbiano i mezzi o la capacità giuridica per farlo. Se non hanno nominato un procuratore legale o un avvocato, saranno tenuti a farlo o saranno nominati d'ufficio se, su richiesta, non li nominano, quando il caso raggiunge una fase in cui è necessaria la loro consulenza o qualche appello ha reso indispensabile la sua azione. 4. Tutte le comunicazioni tra l'indagato o l'imputato e il suo avvocato saranno riservate. Se tali conversazioni o comunicazioni sono state captate o sono intervenute durante l'esecuzione di una delle procedure disciplinate dalla presente legge, il giudice ordinerà l'eliminazione della registrazione o la consegna al destinatario della corrispondenza trattenuta, lasciando traccia di tali circostanze nel procedimento. Le disposizioni del primo comma non si applicano quando esistono prove oggettive della partecipazione dell'avvocato al fatto criminoso oggetto di indagine o del suo coinvolgimento con l'imputato nella commissione di un altro reato, fatte salve le disposizioni della legge generale sulle carceri. 5. La denuncia, nonché ogni atto procedurale che porti all'imputazione di un reato contro una o più persone determinate, saranno immediatamente portati a conoscenza dei presunti responsabili». (Traduzione non ufficiale)

Ciò che resta però critico è garantire la sussistenza di una effettiva parità tra i soggetti del procedimento, ovvero difensore e pubblico ministero.

Questo *vulnus* è ancora più visibile nello strumento che ha innovato e oggi regola lo svolgimento di indagini transnazionali in ambito europeo: l'OEI²⁶¹. Invero, pur se l'art. 1.3 della Direttiva 2014/41/UE enuncia che «l'emissione di un OEI può essere richiesta da una persona sottoposta ad indagini o da un imputato, ovvero da un avvocato che agisce per conto di questi ultimi», non riconosce al difensore un potere diretto di ricerca e acquisizione della prova, ma semplicemente lo legittima in modo espresso a sollecitare l'autorità giudiziaria competente ad emettere un'OEI.

Inoltre, si noti che l'art.1.3 richiede che tale potere rientri nell'ambito dei poteri difensivi riconosciuti dal diritto e dalla procedura penale nazionale. La portata innovativa della disposizione, che legittima la difesa a chiedere l'emissione di un ordine europeo d'indagine, quindi, “dipende” dalla modalità di recepimento della stessa all'interno dei singoli ordinamenti, causando ciò differenze sostanziali tra le modalità di richieste dell'OEI tra gli Stati membri, con una effettiva lesione dell'auspicata armonizzazione²⁶².

²⁶¹ Per una panoramica sull'OEI si rinvia al capitolo precedente § 1.5.1

²⁶² Si prenda in considerazione il modello di recepimento italiano, che accoglie la prospettiva di realizzare un'auspicabile parità delle armi tra accusa e difesa. L'art 31 del D. Lgs. 108/2017 recepisce l'art. 1 § 3 della Direttiva enunciando che «1. Il difensore della persona sottoposta alle indagini, dell'imputato, della persona per la quale è proposta l'applicazione di una misura di prevenzione, può chiedere al pubblico ministero o al giudice che procede l'emissione di un ordine d'indagine. 2. La richiesta contiene, a pena di inammissibilità, l'indicazione dell'atto di indagine o di prova e i motivi che ne giustificano il compimento o l'assunzione. 3. Se rigetta la richiesta, il pubblico ministero emette decreto motivato. Quando la richiesta ha ad oggetto un provvedimento di sequestro si applica l'articolo 368 del codice di procedura penale. 4. Il giudice provvede con ordinanza, dopo aver sentito le parti».

Il sistema, purtroppo, nella sostanza, finisce per riproporre la logica giurisprudenziale della 'canalizzazione', in quanto il difensore dovrà inoltrare la richiesta dell'OEI dapprima al giudice o al pubblico ministero, indicando i motivi che giustificano l'atto. Tale ultimo onere è stato previsto in un'ottica garantista, in quanto il pubblico ministero dovrà con decreto motivato rendere conto delle ragioni del diniego, mentre il giudice provvederà con ordinanza nel contraddittorio tra le parti. Due sono, però, le criticità da evidenziare: in primo luogo, l'onere di indicare i motivi che giustificano l'atto' comporterà per la difesa la *discovery* della propria strategia difensiva, con un inevitabile pregiudizio per le sue indagini; in secondo luogo la mancata previsione di un mezzo di impugnazione avverso i provvedimenti di diniego del giudice e del PM, risolverà la garanzia in una mera apparenza. Sarebbe stato più opportuno estendere, a tutte le richieste di emissione di OEI derivanti da un difensore, la forma di controllo disciplinata dal *co. 3* dell'articolo in commento, prevista per le richieste che abbiano ad oggetto un sequestro, che rinvia all'art. 368 *c.p.p.*, con la possibilità di trasmettere la richiesta rigettata dal pubblico ministero al giudice per le indagini preliminari, in modo da ottenere un doppio vaglio per la richiesta non accolta. Sul punto si rinvia a G.

Invero, cambia poco rispetto alla normativa dapprima vigente, in quanto l'emissione dell'OEI rimarrà sempre atto di pertinenza del magistrato, che è tenuto al compimento dei controlli previsti dall'art. 6 della Direttiva, ovvero proporzionalità e necessità dell'atto investigativo richiesto e rispetto del principio di reciprocità, riconoscendo al difensore un accesso mediato dall'autorità giudiziaria.

La difesa, inoltre, versa in una condizione di *deficit* informativo, in quanto non conosce gli elementi raccolti dall'autorità inquirente e resta estranea al flusso di conoscenze scambiate tra le autorità in un contesto di investigazioni coordinate a livello sovranazionale. Per di più, è sempre costretta ad anticipare la propria strategia al pubblico ministero, correndo il rischio di bruciare i propri elementi, che potrebbero essere raccolti in anticipo dall'accusa.²⁶³

L'art. 1§3 viene, poi, aspramente criticato in quanto fa riferimento solo al difensore dell'imputato, non menzionando né la persona offesa, né le altre parti private, confliggendo, così, con la Direttiva 2012/29/UE sulla tutela della vittima, la cui posizione viene valorizzata non solo in fase processuale, ma anche nella fase investigativa²⁶⁴.

Se il riconoscimento di legittimità previsto dall'art. 1 ora esaminato, seppur con i limiti funzionali segnalati, costituisce un *plus* rispetto alla precedente impostazione, le istanze difensive vengono mortificate dalle modalità di svolgimento e di esecuzione dell'OEI, così come disciplinate dalla Direttiva. Si riscontra, infatti, la mancata previsione, nell'art. 9²⁶⁵, di un diritto del difensore di essere presente al momento dell'esecuzione dell'OEI,

BARROCU, *La cooperazione investigativa in ambito europeo- Da Eurojust all'ordine d'indagine*, Wolters Kluwer, CEDAM, 2017

²⁶³ Così, F.M. GRIFANTINI, *Ordine europeo di indagine penale e investigazioni difensive*, in *Processo penale e giustizia*, 6/2016

²⁶⁴ Il Considerando n.9 e n.12 della Direttiva 2012/29/UE ritengono il reato come una violazione dei diritti delle vittime, oltre che un fatto socialmente dannoso, che fa però salvi i diritti dell'autore del reato.

²⁶⁵ Art 9 Direttiva 2014/41/UE: «L'autorità di esecuzione riconosce un OEI, trasmesso conformemente alle disposizioni della presente direttiva, senza imporre ulteriori formalità e ne assicura l'esecuzione nello stesso modo e secondo le stesse modalità con cui procederebbe se l'atto d'indagine in questione fosse stato disposto da un'autorità dello Stato di esecuzione, a meno che non decida di addurre uno dei motivi di non riconoscimento o di non esecuzione ovvero uno dei motivi di rinvio previsti dalla presente direttiva. 2. L'autorità di esecuzione si

diversamente da quanto avviene per eventuali altre autorità interessate al compimento dell'atto. L'assenza del difensore potrebbe inficiare il procedimento di esecuzione, pregiudicando l'utilizzabilità della prova nel procedimento di destinazione, quando la partecipazione del difensore alla formazione di un atto sia requisito indispensabile a norma del diritto interno dello Stato di emissione²⁶⁶.

L'autorità di emissione potrebbe, per evitare un tale rischio, chiedere la partecipazione del difensore sotto forma di particolare procedura di esecuzione, ex art.5 lett. e della Direttiva, la quale viene, così, rimessa alla discrezionalità dell'autorità procedente²⁶⁷.

L'esclusione del difensore dall'attività di raccolta della prova andrebbe a ledere anche il diritto ad un ricorso effettivo, ex art 14 della Direttiva e art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, stante che il difensore, non partecipando, perde la possibilità di sindacare le modalità di esecuzione esperite, che si possono far valere solo nello Stato di esecuzione con la conseguenza che si costituiscono prove senza garantire l'esercizio del diritto di difesa²⁶⁸.

attiene alle formalità e alle procedure espressamente indicate dall'autorità di emissione, salvo qualora la presente direttiva disponga altrimenti, sempre che tali formalità e procedure non siano in conflitto con i principi fondamentali del diritto dello Stato di esecuzione. 3. Se riceve un OEI non emesso da un'autorità di emissione come specificato all'articolo 2, lettera c), l'autorità di esecuzione lo restituisce allo Stato di emissione. 4. L'autorità di emissione può chiedere che una o più autorità dello Stato di emissione partecipino all'esecuzione dell'OEI a sostegno delle autorità competenti dello Stato di esecuzione, nella misura in cui le autorità designate dello Stato di emissione possano partecipare all'esecuzione dell'atto o degli atti di indagine di cui all'OEI in un caso interno analogo. L'autorità di esecuzione soddisfa tale richiesta purché tale partecipazione non sia in conflitto con i principi fondamentali del diritto dello Stato di esecuzione o non leda i suoi interessi essenziali riguardanti la sicurezza nazionale. 5. Durante l'esecuzione dell'OEI le autorità dello Stato di emissione presenti nello Stato di esecuzione si attengono al diritto dello Stato di esecuzione. Esse non hanno alcuna competenza a svolgere attività di contrasto nel territorio dello Stato di esecuzione, a meno che l'esecuzione di tale competenza nel territorio dello Stato di esecuzione sia conforme al diritto dello Stato di esecuzione e nella misura concordata tra le autorità di emissione e di esecuzione. 6. L'autorità di emissione e l'autorità di esecuzione possono consultarsi con qualsiasi mezzo appropriato al fine di agevolare l'efficace applicazione del presente articolo».

²⁶⁶ Sul punto, R. BELFIORE, *La prova penale «raccolta» all'estero*, Aracne, 2014, p. 222

²⁶⁷ Cfr. M.R. MARCHETTI, *Dalla convenzione di assistenza giudiziaria in materia penale dell'Unione europea al MAE e all'OEI*, in T. Rafaraci (a cura di), *La cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale nell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, Milano, 2011, p. 163; R. BELFIORE, *Riflessioni a margine della direttiva sull'OEI*, in *Cass. pen.*, 2015, pp. 3293, 3294 s.

²⁶⁸ F. M. GRIFANTINI, *Ordine europeo di indagine penale e investigazioni difensive*, in *Processo penale e giustizia*, 6/2016

La difesa, infine, non ha contezza degli elementi a carico raccolti da chi conduce le indagini e non dispone, quindi, delle conoscenze necessarie per coltivare efficacemente l'eventuale eccezione processuale²⁶⁹

Da questo breve *excursus* si può dedurre che l'imputato si trovi in una posizione immensamente svantaggiata rispetto alle autorità inquirenti.

Bisogna riconoscere che, eccezion fatta per un dato dal valore simbolico, la condizione del difensore non cambia nella sostanza per effetto dell'OEI: in primo luogo, il difensore non assume un autonomo potere di iniziativa; in secondo luogo, non è previsto un suo diritto di partecipare all'esecuzione dell'OEI.

Peraltro, il *deficit* di tutela difensiva non può ritenersi colmato né dal generico richiamo al rispetto dei diritti e dei principi stabiliti dall'art. 6 TUE, né dal mero rinvio del considerando n.15 alle tre Direttive, su menzionate, sulle garanzie processuali dell'indagato e dell'imputato²⁷⁰.

II.4 Il vulnus delle garanzie difensive nell'EPPO

L'istituzione dell'EPPO ha comportato un cambiamento profondo per lo svolgimento delle indagini transfrontaliere nell'area europea, attraverso un canale di assegnazione diretta delle misure da uno Stato all'altro attraverso i Procuratori Europei²⁷¹.

Di fronte ad un'istituzione dotata di un così forte ruolo propulsivo a livello investigativo, si sarebbero dovute prevedere robuste ed effettive garanzie difensive, ma l'unico articolo che fa riferimento ai diritti procedurali è l'art 41 del Regolamento²⁷².

Invero, l'art. 41 al §1 specifica che tra i diritti oggetto di tutela vi sono in particolare quelli del giudice imparziale e quelli della difesa; al §2 rinvia tutte le garanzie previste dal diritto euro-unitario, comprese quelle contenute nelle

²⁶⁹ Michele Caianiello, *op. cit.*, p 8

²⁷⁰ Sul punto, T. ALESCI, "Le garanzie difensive e il ruolo del difensore nello spazio giudiziario europeo alla luce della direttiva sull'OEI", in *L'ordine europeo d'indagine-criticità e prospettive*, T. Bene-L. Luparia- L. Marafioti (a cura di), Giappichelli Editore, 2016, p.109

²⁷¹ Sulle peculiarità dell'EPPO si rinvia al capitolo precedente.

²⁷² La prima proposta dell'EPPO era molto europeizzata, gli Stati hanno preferito mantenere le proprie peculiarità nazionali piuttosto che avallare delle regole procedurali comuni.

direttive sull'armonizzazione dei diritti di imputati e indagati, incluse le relative leggi di attuazione a livello nazionale²⁷³; al §3 sancisce che sono fatte salve tutte le garanzie processuali fissate dal diritto nazionale, in particolare la possibilità di presentare prove a proprio favore, chiedendo anche la nomina o l'audizione di periti e l'escussione di testimoni, ovvero domandando all'EPPO di ottenere tali misure per conto della difesa.

Non è affatto chiaro se queste richieste possano essere indirizzate sia al procuratore delegato nazionale che all'ufficio europeo ma è sicuramente importante che, sia a livello di procuratore delegato che a livello di procuratore europeo, i difensori possano godere di un canale di comunicazione con l'ufficio.

Queste linee di fondo che definiscono il sistema, designano un modello che appare però chiaramente sbilanciato sul piano dell'accusa, proteso alla delineazione di una istituzione requirente altamente efficace, idonea a potenziare le capacità statali di indagine e repressione dei fenomeni criminosi di rilevanza comunitaria e dei reati a questi connessi²⁷⁴.

Difatti, l'art. 41 §3 disciplina una cd. canalizzazione delle richieste del difensore attraverso il Procuratore Europeo, dal momento che la scelta di procedere con la richiesta di misura investigativa transfrontaliera richiesta è pur sempre rimessa alla discrezionalità del Procuratore. Inoltre, ciò comporta una evidente disparità delle armi tra accusa e difesa, dal momento che il difensore si trova costretto ad una *discovery* anticipata della propria strategia. La mancata adozione di specifiche regole comuni per le attività processuali e di assunzione delle prove dell'EPPO nel Regolamento, come sarebbe stato invece richiesto dall'art. 86, par. 3, TFUE, nel prospettare una disciplina uniforme anche delle garanzie difensive adottabili in quel contesto, implica, quale logica conseguenza, che saranno i sistemi nazionali a fissare il livello di protezione concreta delle stesse. Ciò determina disomogeneità nella previsione delle forme di tutela da Stato a Stato, oltre a difficoltà

²⁷³Per un approfondimento sulle direttive si rinvia al §2 del presente capitolo

²⁷⁴A. BARLETTA, *Pubblico Ministero Europeo: il nodo della competenza e le sfide per il diritto di difesa*, in *Giurisprudenza penale Web*, 2020, 12 ; G. DE AMICIS, "Competenza" e funzionamento della procura europea nella cognizione del giudice, in *La legislazione penale*, 31.1.2022

interpretative e di coordinamento tra le diverse autorità, che potranno risultare pregiudizievoli per i diritti della difesa²⁷⁵.

Il risultato è quello di un sistema piuttosto centralizzato di indagine penale da parte dell'accusa, mentre tutte le opzioni difensive rimangono praticamente nazionali e il controllo giurisdizionale fortemente radicato nei sistemi giurisdizionali interni, caratterizzato da un sostanziale vuoto di norme uniformi idonee a garantire uno standard comune ed adeguatamente armonizzato di tutela dei diritti fondamentali.

Tale scenario di mutevolezza evidenzia l'annoso problema dell'impossibilità per il difensore di svolgere autonomamente indagini difensive all'estero, in particolare per la differente normativa tra Stati concernente la valutazione delle prove nel processo penale²⁷⁶.

Altra garanzia importante, ma sottovalutata dal Regolamento, è quella relativa al diritto dell'accusato all'accesso agli atti di indagine del Procuratore europeo, diritto che al più potrà essere precluso per un tempo limitato e previo provvedimento motivato del magistrato nei casi in cui la diffusione degli atti possa pregiudicare le investigazioni²⁷⁷.

L'art. 45 del Regolamento, però, non garantisce un accesso diretto al fascicolo, ma rimette la possibilità alla discrezionalità del Procuratore europeo delegato, conformemente al diritto dello Stato membro del Procuratore, comportando ciò anche una differenza di disciplina da Stato a Stato.

Inoltre, il Regolamento tace sulla possibilità del difensore di accedere al fascicolo che l'EPPO conserva nel *Case management system* che non corrisponde necessariamente a quello del procuratore europeo delegato

²⁷⁵ R. KOSTORIS, *Manuale di procedura penale europea*, Milano, 2019, 282.

²⁷⁶ Sul punto vd. G. GUAGLIARDI, *Procura Europea. Siamo davvero pronti in assenza di un codice di procedura penale europeo? Una nuova sfida per l'avvocatura e la magistratura*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2021,2.

²⁷⁷ G. SPANGHER, *In tema di informazioni ed avvisi al difensore della persona arrestata o fermata*, in *CP*, 1990, 282.

nazionale, e sulla cui valutazione la Camera Permanente prende le decisioni²⁷⁸.

Naturalmente gli atti di indagine dovranno essere messi a disposizione dell'accusato qualora questi si trovi in stato di detenzione o arresto, nel rispetto del diritto di essere informato nel più breve tempo possibile in maniera dettagliata del contenuto dell'accusa in modo da poter disporre del tempo necessario a preparare la difesa²⁷⁹.

Da ciò deriva il diritto alla conoscenza del procedimento di competenza della Procura Europea e più in generale il diritto di essere assistito attivamente.

Tali diritti sono suddivisibili in due categorie: la prima riguarda l'individuazione dei diritti dell'accusato nelle regole minime che caratterizzano l'attività del procuratore europeo, in linea con l'art. 6 CEDU., mentre la seconda riguarda la previsione di una disciplina che garantisca l'assistenza di un avvocato indipendente, adeguatamente preparato che assicuri una difesa effettiva.

²⁷⁸ Sul punto, CAPPELLETTI F., in dibattito dal titolo "*Poteri di indagine della Procura Europea (EPPO) ed effetti dei diritti della difesa*", registrato a Napoli giovedì 28 aprile 2022 alle ore 12:00.

²⁷⁹ S. FURFARO, *Pubblicità in cassazione e regole europee: incongruenze e ripensamenti inopportuni*, in *Arch. Pen.*, 2011, 982 e seg.

Capitolo III

L'evoluzione del diritto del “difendersi provando” nel sistema italiano

III.1 Il diritto di difesa costituzionalmente garantito III.2 Le attività di investigazioni difensive e la disciplina codicistica III.2.1 L'evoluzione della disciplina delle investigazioni difensive III.2.1.1 La legge 397/2000 III.2.2 La norma cardine del nuovo sistema: art. 327 bis c.p.p. III.2.3 Il titolo VI- bis c.p.p: le misure investigative III.2.3.1 Le dichiarazioni e l'assunzione di informazioni da parte del difensore III.2.3.2 Le altre misure investigative III.2.3.3 Potere di segretezza del pubblico ministero III.2.3.4. Attività investigativa preventiva III.2.3.5 L'utilizzazione delle risultanze investigative III.3 La disciplina vigente in Italia per le investigazioni difensive transnazionali nell'area europea III.3.1 Il ruolo del difensore nel recepimento dell'OEI: l'art. 31 del D. Lgs. 108/2017

III.1 Il diritto di difesa costituzionalmente garantito

Il diritto di difesa è esigenza fondamentale per ogni individuo, elevandosi, in un ordinamento democratico fondato sulla Costituzione, a valore preminente.

Il diritto di difesa nel sistema italiano è costituzionalmente garantito come diritto inviolabile dall'art. 24 Cost., che enuncia «1.Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi. 2.La difesa è un diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento. 3.Sono assicurati ai non abbienti, con appositi istituti, i mezzi per agire e difendersi davanti ad ogni giurisdizione. 4.La legge determina le condizioni e i modi per la riparazione degli errori giudiziari».

L'Assemblea Costituente, nel proclamare l'invulnerabilità del diritto di difesa, ha inteso cancellare gli abusi, le incertezze e le deficienze del regime totalitario per modellare il processo secondo i più alti fondamenti etici e morali della civiltà giuridica²⁸⁰.

L'invulnerabilità del diritto di difesa pone le corrispondenti vicende soggettive in cima alla scala dei valori all'interno di un sistema nel quale sono contenute

²⁸⁰Così, D. CURTOTTI NAPPI, voce *La difesa penale*, in *Dig. Disc. pen.*, Tomo I, UTET, 2005, nel sostenere che «la norma si è preoccupata di attribuire all'imputato una tutela giudiziaria a salvaguardia della propria posizione di libertà messa a repentaglio dalle pretese punitive dell'accusa», Secondo l'onorevole Tupini, Presidente della Prima Sottocommissione dell'Assemblea Costituente, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente*, I, Roma, edizione 1971, si volle garantire “con una norma chiara e assoluta” il diritto di difesa “in tutti gli stati di giudizio e davanti qualunque magistratura”.

altre libertà costituzionali, tale per cui l'effettività della sua tutela diventa strumentale rispetto alla tutela di altre libertà²⁸¹.

Si tratta di un enunciato di particolare rilevanza, ma che corre il rischio di apparire “vuoto”²⁸².

In particolare, l'attenzione si pone sul comma 2 dell'articolo che, a fronte della dichiarazione di inviolabilità della difesa, non chiarisce l'essenza del diritto, le garanzie necessarie per la sua attuazione concreta, né individua strumenti idonei a garantire la parità delle parti nel processo²⁸³.

Il comma 2 è stato classificato come articolo portatore di una “libertà a contenuto positivo”²⁸⁴ e, in quanto tale, spetta alle scelte del legislatore assicurarne la tutela²⁸⁵.

E' indiscutibile, però, che il secondo comma abbia fatto assurgere a dignità costituzionale il diritto alla “difesa tecnica”.

La Corte Costituzionale, già nei suoi primi interventi in materia, affermava che l'art. 24 comma 2 Cost. «implica la potestà effettiva dell'assistenza tecnica e professionale nello svolgimento di qualsiasi processo, in modo che venga assicurato il contraddittorio e venga meno ogni ostacolo a far valere le ragioni delle parti»²⁸⁶. Inoltre, riteneva che il disposto costituzionale «tutela principalmente l'interesse dell'imputato ad ottenere il riconoscimento della completa innocenza, che si deve considerare il bene vita costituente l'ultimo e vero oggetto della difesa, rispetto al quale le altre pretese al giusto procedimento assumono funzione strumentale»²⁸⁷.

La Consulta è ritornata parecchie volte sul tema dell'inviolabilità del diritto di difesa ribadendo che «il diritto di difesa nei procedimenti giurisdizionali si esercita, di regola, mediante l'attività o con l'assistenza del difensore, dotato

²⁸¹ Così, C. PANSINI, *Diritto di difesa e struttura del processo*, in *Processo penale e giustizia*, 2/2019.

²⁸² Così lo definisce C. PANSINI, *Diritto di difesa e struttura del processo*, *op. cit.*

²⁸³ In questi termini A. SCCELLA, *Per una storia costituzionale del diritto di difesa: la Corte e le ambiguità del processo «misto»*, in *Il diritto processuale penale nella giurisprudenza costituzionale*, Napoli, Jovene, 2006, p. 198 ss.

²⁸⁴ Sulla classificazione del diritto di difesa come libertà a contenuto positivo, si veda tra i tanti, G.P. VOENA, *voce Difesa III, Difesa penale*, in *Enc. giur.*, X, Roma, Treccani, 1988, p. 3; A. SCALFATI, *Ricerca della prova e immunità difensive*, Padova, Cedam, Ed 2001.

²⁸⁵ Per queste riflessioni A. SCALFATI, *Ricerca della prova e immunità difensive*, *cit.*

²⁸⁶ Corte Cost., 18 marzo 1957, n. 46

²⁸⁷ Corte Cost., 14 luglio 1971, n. 175

di specifica qualificazione professionale, essendo limitata a controversie ritenute di minore importanza ovvero a procedimenti penali per i cosiddetti reati bagatellari, la possibilità che la difesa venga esercitata esclusivamente dalla parte»²⁸⁸.

A rafforzare la garanzia del diritto alla difesa intervengono sia l'art. 25 della Costituzione, che al comma 1 afferma il principio del "giudice naturale precostituito per legge", sia gli artt. 102 e 108 della Costituzione, che, rispettivamente, al comma 1 e al comma 2, da un canto, affidano l'esercizio della funzione giurisdizionale alla magistratura e, dall'altro, affermano l'indipendenza della stessa, quale condizione per garantire l'uguaglianza di fronte alla legge, rafforzata dal principio dell'obbligatorietà dell'azione penale.

La tutela costituzionale del diritto di difesa non si limita all'aspetto statico, ma include anche quello "dinamico" nella più alta affermazione del diritto al contraddittorio, quale corollario del "giusto processo", ex art. 111 Cost.²⁸⁹.

²⁸⁸ Corte Cost., 22 dicembre 1980, n. 188

²⁸⁹ Con la L. Cost. 23 novembre 1999, n. 2, il legislatore costituzionale ha integrato il testo dell'art. 111 Cost. premettendo cinque nuovi commi ai tre già esistenti, costituzionalizzando delle garanzie processuali contenute nell'art. 6 §3 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. L'art. 111 Cost enuncia: «1.La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge.2. Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata.3.Nel processo penale, la legge assicura che la persona accusata di un reato sia, nel più breve tempo possibile, informata riservatamente della natura e dei motivi dell'accusa elevata a suo carico; disponga del tempo e delle condizioni necessari per preparare la sua difesa; abbia la facoltà, davanti al giudice, di interrogare o di far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico, di ottenere la convocazione e l'interrogatorio di persone a sua difesa nelle stesse condizioni dell'accusa e l'acquisizione di ogni altro mezzo di prova a suo favore; sia assistita da un interprete se non comprende o non parla la lingua impiegata nel processo. 4. Il processo penale è regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova. La colpevolezza dell'imputato non può essere provata sulla base di dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all'interrogatorio da parte dell'imputato o del suo difensore. 5.La legge regola i casi in cui la formazione della prova non ha luogo in contraddittorio per consenso dell'imputato o per accertata impossibilità di natura oggettiva o per effetto di provata condotta illecita.6.Tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati. 7. Contro le sentenze e contro i provvedimenti sulla libertà personale, pronunciati dagli organi giurisdizionali ordinari o speciali, è sempre ammesso ricorso in Cassazione per violazione di legge. Si può derogare a tale norma soltanto per le sentenze dei tribunali militari in tempo di guerra. 8.Contro le decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti il ricorso in Cassazione è ammesso per i soli motivi inerenti alla giurisdizione».

La caratteristica principale dell'art. 111 commi 2,3 e 4 Cost. è «di essere riuscito a tradurre il principio astratto (la difesa penale) in un complesso di diritti tutelati in concreto»²⁹⁰.

Invero, non vi potrebbe essere un giusto processo se le parti non fossero in grado di far sentire, nel rispetto del principio del contraddittorio e in condizioni di “parità di armi”, le proprie ragioni davanti a un giudice terzo e imparziale.

La difesa può essere vista sotto due diverse accezioni: come diritto individuale e come garanzia oggettiva²⁹¹

Sotto il primo profilo entra in gioco la tutela della libertà, che segna “un primato dei mezzi sui fini”²⁹² riconoscendo all'imputato/indagato il diritto di interloquire con l'accusa con pari titolo, siccome egli sarà l'unico a subire gli effetti della decisione.

Ed è proprio nell'estrinsecarsi del diritto di difesa come tutela della libertà e, dunque, diritto individuale che esso diviene garanzia oggettiva, utile al più corretto accertamento della verità.

Il diritto di difesa trova, così, la sua più compiuta realizzazione proprio nell'intervento contrapposto delle parti²⁹³.

Nel contraddittorio, come principio guida della giurisdizione penale e come regola essenziale di formazione della prova, il diritto di difesa viene riletto come necessità di “difendersi provando”²⁹⁴ fin dalle prime fasi del procedimento.

²⁹⁰ Sul punto si è espressa D. CURTOTTI NAPPI, *Voce la difesa penale, op. cit.*

²⁹¹ Sulla contrapposizione tra la difesa come diritto individuale dell'imputato e come garanzia oggettiva per lo svolgimento corretto del processo si veda, V. DENTI, *La difesa come diritto e come garanzia*, in V. Grevi, *Il problema dell'autodifesa nel processo penale*, edizione 1977; A. CARLI GARDINO, *Il diritto di difesa nell'istruttoria penale*, edizione 1983; G. UBERTIS, *Giusto processo e contraddittorio in ambito penale*, in *Dir. proc. Pen.*, edizione 2003.

²⁹² P. FERRUA, *voce Difesa (diritto di)*, edizione 1989.

²⁹³ D. CURTOTTI NAPPI, *Voce la Difesa, cit.*; Cfr. ID., *Il difensore, in Codice di procedura penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, a cura di G.Lattanzi, E.Lupo, Giuffrè, 1998, p.551 ; *Id.,L'inadeguatezza delle norme al cospetto della nuova realtà investigativa e le soluzioni giuridiche percorribili*, AA. VV., *Manuale delle investigazioni sulla scena del crimine*, a cura di D.Curtotti, L.Saravo, Giappichelli, 2013, pp. 119-146.

²⁹⁴ Sulla definizione di “difendersi provando”, vedi A. DE CARO, *cit.*

III.2 Le attività di investigazioni difensive e la disciplina codicistica

III.2.1 L'evoluzione della disciplina dell'investigazioni difensive

Le indagini difensive vengono disciplinate, per la prima volta, nel codice di procedura penale del 1989²⁹⁵, con l'inserimento dell'art. 38 disp. att., in vista di un sistema processuale penale ispirato ai principi costituzionali e alle regole delle Convenzioni internazionali ratificate dall'Italia, con una direzione marcatamente accusatoria.

Si sentiva la necessità di riconoscere al difensore pregnanti poteri, inseriti in uno scenario procedimentale sufficientemente utile a dare concretezza alla funzione difensiva, e non più solo "presenza del difensore"²⁹⁶.

Dunque, il difensore da garante dei diritti dell'imputato nell'ambito di attività poste in essere da altri organi, pubblico ministero e giudice, è stato, invece, chiamato a offrire un contributo, in termini di parità con l'accusa, alla formazione della materia del giudizio, proponendo una propria ricostruzione dei fatti, nell'interesse dell'assistito²⁹⁷.

Il processo penale del 1930, infatti, non riconosceva un reale potere investigativo al difensore, il quale in dibattimento poteva svolgere una funzione meramente critica su un materiale raccolto in precedenza dal pubblico ministero e dal giudice istruttore. L'entrata in vigore della Costituzione comportò un'antitesi tra i principi in essa contenuti e il sistema ordinario, che restò immutato per circa cinquant'anni, non avendo inciso la Corte Costituzionale, con i suoi plurimi interventi, in maniera decisiva.

²⁹⁵ D.Lgs. 28 luglio 1989, n. 271 "Norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale".

²⁹⁶ A. DE CARO, *Percorsi legislativi e poteri delle parti nel processo penale: dal codice rocco alla riforma delle investigazioni difensive*, cit., p 3196

²⁹⁷ Cfr. L. KALB, *Il ruolo del difensore nella ricerca della prova*, in *AIDPP Univ. Salerno*, 1995, n. 1-2, 255; PERCHINUNNO, *Il nuovo ruolo del difensore nella ricerca delle fonti di prova*, in *Il nuovo processo penale dalla codificazione all'attuazione, Atti del Convegno (Ostuni, 8-10.9.1989)*, Milano, 1991, 153

Con l'inserimento dell'art. 38 disp. att., fu disciplinata per la prima volta la facoltà del difensore per l'esercizio del diritto alla prova, pur trattandosi di una mera norma programmatica²⁹⁸.

L'art. 38, 1° comma, disp. att. si limitava, infatti, a disporre testualmente che, «al fine di esercitare il diritto alla prova previsto dall'articolo 190 del codice, i difensori, anche a mezzo di sostituti e di consulenti tecnici, hanno facoltà di svolgere investigazioni per ricercare e individuare elementi di prova a favore del proprio assistito e di conferire con le persone che possano dare informazioni», mentre l'art. 38, 2° comma, disp. att. legittimava anche "gli investigatori privati autorizzati" a svolgere tale attività su incarico del difensore.

La formulazione dell'art. 38 disp. att., dunque, lasciava irrisolti alcuni profili essenziali: non dava alcuna indicazione sulle persone contattabili dal difensore, sulle modalità dei colloqui, sulla possibilità di farsi rilasciare dichiarazioni scritte o di "verbalizzare" quelle orali o di eseguire eventualmente delle registrazioni magnetofoniche e, soprattutto, sull'eventuale utilizzazione processuale di tali dichiarazioni e, più in generale, dei risultati delle investigazioni compiute dal difensore o dai suoi ausiliari. In sintesi, non chiariva come potessero essere utilizzati all'interno del procedimento gli elementi di prova raccolti dal difensore²⁹⁹.

Il primo approccio della giurisprudenza di merito, e poi quella di legittimità, nei primi anni di applicazione del nuovo codice, fu di massima chiusura, offrendo una lettura estremamente riduttiva dell'art. 38 disp. att.³⁰⁰

²⁹⁸ Cfr. BISCARDI, *Investigazioni difensive tra attualità e prospettive future*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996

²⁹⁹ Cfr. G. CONSO, V. GREVI, G. NEPPI MODONA, *Il nuovo codice di procedura penale. Dalle leggi delega ai decreti delegati.*, Padova, Cedam, 1990, 136 ss.

³⁰⁰ Cfr., G.I.P. T. Milano, 17.9.1990, Giovanni, in GP, 1991, III, 365, con nota critica di RAMAJOLI, *Acquisizione e impiego, da parte del difensore, di informazioni testimoniali raccolte a mezzo di registrazione magnetofonica*; sulla stessa linea, tesa a non riconoscere alcuna utilizzabilità nel procedimento agli elementi raccolti dal difensore; G.I.P. T. Treviso, ord. 20.2.1992, Oniga, in *Dif. Pen.*, 1992, 36, 105, con nota di RAVAGNAN; Ass. Milano, 31.10.1991, Bruzzini, in CD, 1992, 1-2, 49, con nota di VACAGIO, *Raccolta di prova testimoniale da parte del difensore e deontologia professionale*.

Solo con le sentenze della Corte Costituzionale del 1992³⁰¹ si attuarono radicali modifiche al rito, che non incisero solo sulle facoltà del difensore, ma trasformarono il processo che collegava il versante probatorio interamente al dibattimento a processo nel quale è possibile utilizzare, attraverso meccanismi contestativi, tutta l'attività investigativa³⁰².

Tali interventi hanno determinato una vera e propria "controriforma inquisitoria" e il passaggio a quello che è stato efficacemente definito un "sistema accusatorio non garantito".

Ciò comportò l'utilizzazione in dibattimento degli elementi acquisiti durante le indagini preliminari, non più, dunque, finalizzati esclusivamente all'esercizio dell'azione penale.

Per superare la posizione dei giudici di merito e di legittimità, che mortificava l'indagine della difesa, svilendo il significato dell'art. 38 disp. att., è stato necessario un intervento del legislatore, che riequilibrasse il rapporto tra accusa e difesa nella fase delle indagini preliminari e rafforzasse la terzietà del giudice.

Il primo intervento legislativo fu la L. 332/1995³⁰³, che aggiunse due commi all'art. 38 disp. att., cercando di rispondere all'esigenza di colmare le lacune della formulazione originaria della norma, e, soprattutto, di superare la teoria giurisprudenziale dell'obbligatoria "canalizzazione"³⁰⁴ delle investigazioni difensive per il tramite del pubblico ministero³⁰⁵.

³⁰¹ Corte Cost., 3 giugno 1992, n. 254 e n. 255 del 1992, in tema, rispettivamente, di testimonianza indiretta della polizia giudiziaria e di contestazioni nell'esame degli imputati in procedimento connesso o collegato e dei testimoni.

³⁰² A. DE CARO, *op. cit.*, p. 3201

³⁰³ L. 8.8.1995, n. 332 - recante "Modifiche al codice di procedura penale in tema di semplificazione dei procedimenti, di misure cautelari e di diritto di difesa". A tal proposito V. CHIAVARIO, *Chiaroscuri di una "novella" dagli intenti riequilibratori*, in *Legisl. pen.*, 1995, 565; V. GREVI ED., *Misure cautelari e diritto di difesa nella L. 8 agosto 1995, n. 332*, Giuffrè, 1996.

³⁰⁴ V. Cass Pen..., sez. fer., 18 agosto 1992, *Burrafato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, 1169, con nota di SCELLA, *Questioni controverse in tema di informazioni testimoniali raccolte dalla difesa*

³⁰⁵ L'art. 38, comma 2bis, disp. att. disponeva testualmente: «Il difensore della persona sottoposta alle indagini o della persona offesa può presentare direttamente al giudice elementi che egli reputa rilevanti ai fini della decisione da adottare». L'art. 38, comma 2ter disp. att., enunciava: «La documentazione presentata al giudice è inserita nel fascicolo relativo agli atti

Ciò nonostante, suddetto intervento non colmò le lacune dell'art 38 disp. att. non attribuendo alcun potere al difensore in ordine all'acquisizione degli elementi d'indagine, né chiarendo quale fosse il valore probatorio assunto dagli elementi a discarico una volta portati a conoscenza del giudice.

Il secondo intervento fu la L. 267/1997³⁰⁶, che modificò l'art. 513 c.p.p., vietando l'utilizzazione delle dichiarazioni rese in precedenza al pubblico ministero o alla polizia giudiziaria dall'imputato che si avvalesse della facoltà di non rispondere; ed ampliava, d'altro canto, l'operatività dell'incidente probatorio.

Seguì un periodo di crisi del contraddittorio a cui si cercò di porre rimedio con la L. 479/1999³⁰⁷, che prevede la possibilità di acquisire, su accordo delle parti, al fascicolo del dibattimento, o al momento dell'ammissione della prova, atti contenuti nel fascicolo del pubblico ministero e la documentazione relativa all'attività di investigazione difensiva³⁰⁸.

Nonostante i continui interventi normativi citati, nessuno di questi riuscì a garantire il pieno contraddittorio, essendo in presenza di due indagini parallele e di un'acquisizione di elementi per lo più "preformati" dalle parti. Il contraddittorio, come principio guida della giurisdizione penale e come regola essenziale di formazione della prova, viene recuperato con la riforma dell'art. 111 Cost.³⁰⁹, attraverso un riferimento esplicito al giusto processo e

di indagine in originale o in copia, se la persona sottoposta alle indagini ne richiede la restituzione».

³⁰⁶ L. 7 agosto 1997, n. 267, Modifica delle disposizioni del codice di procedura penale in tema di valutazione delle prove (GU n.186 del 11.08.1997)

³⁰⁷ L. 16 dicembre 1999, n. 479, Modifiche alle disposizioni sul procedimento davanti al tribunale in composizione monocratica e altre modifiche al codice di procedura penale. Modifiche al codice penale e all'ordinamento giudiziario. Disposizioni in materia di contenzioso civile pendente, di indennità spettanti al giudice di pace e di esercizio della professione forense. (GU n. 296 del 18.12.1999) (c.d. "legge Carotti")

³⁰⁸ Innanzitutto, con il nuovo art. 415 bis c.p.p., si è previsto che l'avviso di conclusione delle indagini preliminari deve tra l'altro contenere l'avvertimento che l'indagato ha facoltà, entro il termine di venti giorni, di "presentare memorie, produrre documenti, e depositare documentazione relativa ad investigazioni del difensore", consentendo, di conseguenza, l'inserimento di tale documentazione nel fascicolo del pubblico ministero. In secondo luogo, l'art. 431 c.p.p. è stato riformulato con l'aggiunta, tra l'altro, della previsione che le parti possano "concordare" l'acquisizione di atti contenuti nel fascicolo del pubblico ministero, nonché della documentazione relativa all'attività di investigazione difensiva. Identica previsione si ritrova nell' art. 493, comma 3, c.p.p., in sede di richieste di prova a dibattimento, ed è ripetuta nell' art. 555, comma 4, secondo periodo, c.p.p. in relazione al procedimento davanti al tribunale in composizione monocratica.

³⁰⁹ La revisione dell'art. 111 Cost. è stata attuata con l'art. 1 L. cost. 23.11.1999, n. 2

regole che garantiscono l'istituto e intendono il diritto di difesa come necessità di “difendersi provando”, in particolare il comma 3, che tratta la preparazione della difesa, ed il comma 4, che sancisce il principio del contraddittorio nella formazione della prova.

Dunque, dalle nuove previsioni inserite nell'art. 111 Cost. emerge una chiara legittimazione costituzionale delle investigazioni difensive, ancora più chiara di quella che poteva già trovare fondamento nell'art. 24, comma 2, Cost.

III.2.1.1 La legge 397/2000

Su impulso dei principi del giusto processo contenuti nell' art. 111 Cost., è intervenuta la legge 7 dicembre 2000, n. 397, intitolata “Disposizioni in materia di indagini difensive”, che ha inserito nel libro V del codice di procedura penale, il titolo VI-bis, contenente una disciplina organica delle c.d. indagini difensive, regolandone le modalità di espletamento e gli effetti, per migliorarne l'utilizzazione in sede processuale.

Il sistema ha così mosso un passo importante in direzione della piena attuazione del principio di partecipazione dell'accusa e della difesa su basi di parità in ogni stato e grado del procedimento³¹⁰.

Le nuove norme sono state inserite in uno schema codicistico, fondato su una netta censura tra fase investigativa e fase dibattimentale, che si basava su due presupposti: la presunzione di “completezza” delle indagini preliminari, sancito dall'art. 358 c.p.p. che, nel disporre a carico del pubblico ministero anche l'onere delle investigazioni a favore dell'imputato, sanciva un regime di monopolio in materia di attività investigative³¹¹, e la previsione del “diritto alla prova”, di cui all'art. 190 c.p.p., in una proiezione esclusivamente dibattimentale³¹².

La nuova disciplina, con lo scopo di rendere effettivo il diritto alla prova, ha, innanzitutto, abrogato l'art. 38 disp. att., stabilendo che il difensore possa svolgere attività investigative, oltre che nella fase “tipica” delle indagini

³¹⁰ L. SURACI, *Le indagini difensive*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2014, p.11

³¹¹ Servizi Studi- Dipartimento di Giustizia, “*Investigazioni difensive A.C. 5458*”, progetto di legge n 704, XIV legislatura, 2005

³¹² Servizi Studi- Dipartimento di Giustizia, *op.cit.*

preliminari, anche nella fase pre-procedimentale, nell'eventualità che si instauri un procedimento penale, nonché successivamente al passaggio in giudicato della sentenza, ovvero in fase esecutiva o per promuovere il giudizio di revisione.

La legge ha inoltre introdotto il principio per cui i difensori possono svolgere investigazioni per ricercare e individuare elementi di prova a favore del proprio assistito; ha sancito la possibilità per gli stessi di raccogliere dichiarazioni scritte di persone che possono riferire fatti utili all'inchiesta; infine ha riconosciuto alle informazioni che confluiscono nel fascicolo della difesa pari dignità rispetto a quelle dell'accusa.

III.2.2 La norma cardine del nuovo sistema: art. 327 bis c.p.p.

Norma cardine nel sistema dell'investigazione difensiva, inserita nel codice dall'art. 7 della legge n. 397/2000, è l'art. 327 *bis* rubricato "*Attività investigativa del difensore*"³¹³.

E' significativo che la norma fondamentale, che riconosce al difensore il diritto di svolgere le investigazioni difensive, avvalendosi anche di sostituti e investigatori privati autorizzati ovvero di consulenti tecnici³¹⁴, sia stata inserita nell'ambito delle disposizioni generali che disciplinano le indagini preliminari³¹⁵.

Si sottolinea così la "dimensione triadica" anche della fase preliminare al giudizio.

³¹³ Art. 327 bis c.p.p. enuncia: «1. Fin dal momento dell'incarico professionale, risultante da atto scritto, il difensore ha facoltà di svolgere investigazioni per ricercare ed individuare elementi di prova a favore del proprio assistito, nelle forme e per le finalità stabilite nel titolo VI-bis del presente libro. 2. La facoltà indicata al comma 1 può essere attribuita per l'esercizio del diritto di difesa, in ogni stato e grado del procedimento, nell'esecuzione penale e per promuovere il giudizio di revisione. 3. Le attività previste dal comma 1 possono essere svolte, su incarico del difensore, dal sostituto, da investigatori privati autorizzati e, quando sono necessarie specifiche competenze, da consulenti tecnici».

³¹⁴ Le investigazioni difensive «non possono essere svolte direttamente dalla persona cui la difesa si riferisce, neppure se si tratti di persona abilitata all'esercizio della professione forense, perché nel processo penale non si applica l'art. 86 c.p.c., che riconosce alla parte la facoltà di stare personalmente in giudizio, quando ne abbia la legittimazione professionale». Così, NAPPI, *Guida al codice di procedura penale*, 10 ed., Milano, 2007, 355.

³¹⁵ N. TRIGGIANI, F. GIUNCHEDI, C. SANTORIELLO, *Commento art. 327 bis codice di procedura penale*, su Codice di procedura penale commentato online, Wolter Kluwer, 2023

Scopo dell'attività d'investigazione del difensore è di “ricercare e individuare elementi di prova a favore del proprio assistito”, la cui attività si connota dei caratteri di parzialità e facoltatività. Il difensore è infatti professionalmente obbligato a perseguire l'interesse del proprio assistito e a non porre in essere atti contrari a quell'interesse, garantito dalla libera disponibilità del risultato conseguito.

Con riferimento alle forme e alla finalità, la seconda parte del primo comma rimanda al titolo VI-bis del Libro V, introdotto dalla stessa legge, adottando così un principio di tipicità degli atti di investigazione difensiva.

Ciò non preclude la legittimazione per il difensore di ricorrere a mezzi di indagini atipici, purchè idonei all'accertamento dei fatti e non pregiudizievoli per la libertà morale della persona, secondo i limiti fissati dall'art. 189 c.p.p. Nel secondo comma dell'art. 327-bis si ritrova la principale finalità della legge 397/2000, sintetizzata nell'espressione “*l'esercizio del diritto di difesa in ogni stato e grado del procedimento*”, che estende il principio di completezza delle indagini anche nei riguardi del difensore, prima riconosciuto solo per le attività del pubblico ministero.

L'attività investigativa della difesa, dunque, non incontra alcun limite temporale, essendole assicurata una completa "copertura"³¹⁶. Infatti, l'attività investigativa, pur avendo la sede naturale nelle indagini preliminari, può proseguire nell'asso di tempo intercorrente tra la richiesta di rinvio a giudizio e la celebrazione dell'udienza, nonché dopo l'emissione del decreto che dispone il giudizio. Il difensore è legittimato a svolgere investigazioni difensive non solo nella fase di cognizione, ma anche dopo il formarsi del giudicato³¹⁷.

Tuttavia, non si ritiene possibile acquisire, in grado di appello, i verbali di indagini difensive contenenti dichiarazioni, siccome in contrasto con l' art

³¹⁶ Così, SPANGHER, *Le investigazioni difensive: considerazioni generali*, in *Slur*, 2001, 530

³¹⁷ La Suprema Corte ha affermato che l'avvocato il quale intenda raccogliere prove mediante investigazioni difensive, ai fini della revisione del processo ha l'obbligo di osservare le forme prescritte, a pena di inutilizzabilità, in materia di documentazione dall'art 391bis c.p.p., Cass Pen., Sez. I, 5.11.2003, n. 45612, Drozdik, in *Riv. Pen.*, 2004, 1265

603 c.p.p.³¹⁸ Nel giudizio dinanzi la Corte di Cassazione, invece, non è ammissibile la produzione di nuovi elementi attinenti al merito della contestazione e all'applicazione degli istituti sostanziali, «non potendosi interpretare come una deroga ai principi generali del procedimento e del giudizio avanti la Corte di cassazione la lettera dell'art. 327 bis, 2° co., nella parte in cui attribuisce al difensore la facoltà di svolgere " in ogni stato e grado del processo" investigazioni in favore del proprio assistito "nelle forme e con le finalità stabilite nel titolo VI bis del presente libro»³¹⁹.

È inoltre previsto dall'art. 391 *nonies* un'attività investigativa preventiva, per la quale è necessario un apposito mandato. Infine, l'ultimo comma concede al difensore di delegare determinate attività al sostituto, agli investigatori privati autorizzati e ai consulenti tecnici.

III.2.3 Il titolo VI- bis c.p.p.: le misure investigative

Il titolo VI-bis c.p.p. è interamente dedicato alle «Investigazioni difensive», è composto da 9 articoli che forniscono finalmente una triplice tipizzazione dell'attività del difensore, determinando le attività che questi può compiere, le relative modalità di documentazione e l'utilizzazione processuale degli stessi elementi.

Tale collocazione non è stata casuale: il titolo VI bis è, infatti, collocato dopo i titoli IV, V e VI, dedicati, rispettivamente, all' "Attività a iniziativa della polizia giudiziaria", all' "Attività del pubblico ministero" e all' "Arresto in flagranza e fermo", allo scopo di rimarcare la pari dignità formale e sostanziale delle investigazioni difensive rispetto alle investigazioni condotte dalla polizia giudiziaria e dal pubblico ministero.

³¹⁸ «Per quanto concerne l'attività investigativa del difensore, occorre precisare che il diritto del difensore di svolgere indagini difensive, pur essendo esercitabile in ogni stato e grado del procedimento, deve tuttavia essere coordinato, affinché i risultati di dette indagini possano trovare ingresso nel processo, con i criteri ed i limiti specificamente previsti dal codice per la formazione della prova, nel caso di specie, con riferimento al giudizio d'appello». Cass Pen., Sez. II, 18.2.2016, n. 21596

³¹⁹ Cass Pen., Sez. III, 19.10-3.12.2001, n. 2365, *Bonaffini*, in GI, 2002, con nota di FILIPUCCI, *I documenti nuovi in cassazione tra preclusioni ed esigenze del processo giusto*

III.2.3.1 Le dichiarazioni e l'assunzione di informazioni da parte del difensore

Aprire tale titolo l'art. 391 bis c.p.p.³²⁰ rubricato “*colloquio, ricezione di dichiarazione e assunzione di informazioni da parte del difensore*”, che

³²⁰ Art 391bis c.p.p. reca testualmente: «1. Salve le incompatibilità previste dall'articolo 197, comma 1, lettere c) e d), per acquisire notizie il difensore, il sostituto, gli investigatori privati autorizzati o i consulenti tecnici possono conferire con le persone in grado di riferire circostanze utili ai fini dell'attività investigativa. In questo caso, l'acquisizione delle notizie avviene attraverso un colloquio non documentato. 2. Il difensore o il sostituto possono inoltre chiedere alle persone di cui al comma 1 una dichiarazione scritta ovvero di rendere informazioni da documentare secondo le modalità previste dall'articolo 391-ter. 3. In ogni caso, il difensore, il sostituto, gli investigatori privati autorizzati o i consulenti tecnici avvertono le persone indicate nel comma 1: a) della propria qualità e dello scopo del colloquio; b) se intendono semplicemente conferire ovvero ricevere dichiarazioni o assumere informazioni indicando, in tal caso, le modalità e la forma di documentazione; c) dell'obbligo di dichiarare se sono sottoposte ad indagini o imputate nello stesso procedimento, in un procedimento connesso o per un reato collegato; d) della facoltà di non rispondere o di non rendere la dichiarazione; e) del divieto di rivelare le domande eventualmente formulate dalla polizia giudiziaria o dal pubblico ministero e le risposte date; f) delle responsabilità penali conseguenti alla falsa dichiarazione. 4. Alle persone già sentite dalla polizia giudiziaria o dal pubblico ministero non possono essere richieste notizie sulle domande formulate o sulle risposte date. 5. Per conferire, ricevere dichiarazioni o assumere informazioni da una persona sottoposta ad indagini o imputata nello stesso procedimento, in un procedimento connesso o per un reato collegato, è dato avviso, almeno ventiquattro ore prima, al suo difensore la cui presenza è necessaria. Se la persona è priva di difensore, il giudice, su richiesta del difensore che procede alle investigazioni, dispone la nomina di un difensore di ufficio ai sensi dell'articolo 97. 5-bis. Nei procedimenti per i delitti di cui all'articolo 351, comma 1-ter, il difensore, quando assume informazioni da persone minori, si avvale dell'ausilio di un esperto in psicologia o in psichiatria infantile [3]. 6. Le dichiarazioni ricevute e le informazioni assunte in violazione di una delle disposizioni di cui ai commi precedenti non possono essere utilizzate. La violazione di tali disposizioni costituisce illecito disciplinare ed è comunicata dal giudice che procede all'organo titolare del potere disciplinare. 7. Per conferire, ricevere dichiarazioni o assumere informazioni da persona detenuta, il difensore deve munirsi di specifica autorizzazione del giudice che procede nei confronti della stessa, sentiti il suo difensore ed il pubblico ministero. Prima dell'esercizio dell'azione penale l'autorizzazione è data dal giudice per le indagini preliminari. Durante l'esecuzione della pena provvede il magistrato di sorveglianza. 8. All'assunzione di informazioni non possono assistere la persona sottoposta alle indagini, la persona offesa e le altre parti private. 9. Il difensore o il sostituto interrompono l'assunzione di informazioni da parte della persona non imputata ovvero della persona non sottoposta ad indagini, qualora essa renda dichiarazioni dalle quali emergano indizi di reità a suo carico. Le precedenti dichiarazioni non possono essere utilizzate contro la persona che le ha rese. 10. Quando la persona in grado di riferire circostanze utili ai fini dell'attività investigativa abbia esercitato la facoltà di cui alla lettera d) del comma 3, il pubblico ministero, su richiesta del difensore, ne dispone l'audizione che fissa entro sette giorni dalla richiesta medesima. Tale disposizione non si applica nei confronti delle persone sottoposte ad indagini o imputate nello stesso procedimento e nei confronti delle persone sottoposte ad indagini o imputate in un diverso procedimento nelle ipotesi previste dall'articolo 210. L'audizione si svolge alla presenza del difensore che per primo formula le domande. Anche con riferimento alle informazioni richieste dal difensore si applicano le disposizioni dell'articolo 362. 11. Il difensore, in alternativa all'audizione di cui al comma 10, può chiedere che si proceda con incidente probatorio all'assunzione della testimonianza o all'esame della persona che abbia esercitato la facoltà di cui alla lettera d) del comma 3, anche al di fuori delle ipotesi previste dall'articolo 392, comma 1.»

riconosce al difensore la facoltà di sollecitare e ricevere informazioni dalle persone in grado di riferire circostanze utili ai fini dell'attività investigativa stessa.

Si pone un distinguo tra il mero colloquio non documentato, la raccolta di informazioni e le dichiarazioni, che si basa sulle modalità di assunzione e sui soggetti legittimati ad assumerle.

Quanto alle prime, solo le dichiarazioni e le informazioni vengono cristallizzate in un atto formale, il cd. verbale disciplinato dall'art. 391ter c.p.p.

Quanto ai soggetti legittimati: le notizie non documentate possono essere acquisite dal difensore, dal sostituto, dagli investigatori privati e dai consulenti tecnici; differentemente, la dichiarazione scritta o la documentazione secondo le modalità disciplinate dall'art 391 ter c.p.p., possono essere richieste solo dal difensore e dal suo sostituto.

Il colloquio non documentato assume il fine di sondare l'efficacia delle dichiarazioni nell'ottica di una valutazione prognostica della utilizzabilità processuale delle medesime. Tali notizie fungono anche da impulso per il compimento di ulteriori indagini difensive³²¹.

La diversa modalità in cui avvenga il colloquio non preclude che l'escussione della fonte dichiarativa sia preceduta da adempimenti preliminari individuabili negli inviti, non disciplinati dalla legge ma dalle Regole di comportamento del penalista³²², e negli adempimenti analiticamente previsti dall'art. 391 bis, comma 3, c.p.p.³²³

In proposito l'orientamento giurisprudenziale non richiedeva che le suddette avvertenze venissero racchiuse in forme particolari, non essendo imposta una attestazione formale, né che i verbali compilati dai difensori contenessero l'analitica enunciazione dei singoli avvertimenti³²⁴.

³²¹ Sul punto si veda, V. COMI, F. GIUNCHEDI, C. SANTORIELLO, commento all'art.391bis c.p.p., in codice di procedura penale commentato online, Wolters Kluwer, 2023

³²² “*Regole di comportamento del penalista nelle indagini difensive*” sono state approvate con delibera della Giunta dell'Unione delle Camere penali italiane in data 19 aprile 2001.

³²³ G. LOCATELLI, G.SARNO, *Gli atti di investigazione difensiva nel procedimento penale*, Padova, 2006, p.4

³²⁴ Cass Pen., Sez II, 14.11.2002, n 43473, in CED Cassazione, 2002, RV223509

Attualmente, l'indirizzo maggioritario ritiene che i suddetti avvertimenti debbano, invece, essere verbalizzati, dettagliatamente e compiutamente, a pena di inutilizzabilità delle dichiarazioni rilasciate dal soggetto e ciò per parificare l'attività svolta dal difensore alla corrispondente attività effettuata dal Pubblico ministero o dal giudice³²⁵.

I commi successivi disciplinano diverse tipologie di divieti.

Il comma 4 sancisce il divieto di richiedere notizie sulle domande formulate e le risposte date alla polizia giudiziario o al pubblico ministero, che è speculare a quello introdotto dall'art. 362 c.p.p. in capo al pubblico ministero e alla polizia giudiziaria. Si tratta di una forma di tutela della segretezza degli elementi di prova dichiarativa raccolti dagli organi inquirenti simmetrica rispetto a quella contenuta nell' art. 362, secondo periodo, c.p.p. che si esplica nei modi e per la durata previsti dall' art. 329 c.p.p.

Il comma 5 pone il divieto di procedere all'assunzione delle informazioni e alla ricezione di dichiarazione da una persona indagata o imputata nello stesso procedimento, in un procedimento connesso o per un reato collegato, se non è presente il suo difensore, al quale deve essere stato dato avviso nelle 24 ore precedenti. L'avviso al difensore costituisce una garanzia di portata generale, coerente con le modalità di assunzione della dichiarazione del testimone assistito ex art 197 bis, comma 3, c.p.p.

Nel 2012 è stato inserito il comma 5-bis riguardante le informazioni assunte da persone minori per i delitti di cui all'art. 351, comma 1-ter³²⁶.

Il mancato rispetto di tali disposizioni comporta l'inutilizzabilità delle dichiarazioni e informazioni, ed è sanzionabile come illecito disciplinare, così come stabilito dal sesto comma.

³²⁵ Cass. Pen., Sez. feriale, 25.7.2003, Jovanovic, in *Mass. Uff.*, 228394; C., Sez. III, 15.7.2003, n. 2017, rv. 227390 secondo cui appunto in sede di investigazioni difensive gli avvertimenti che il difensore deve rivolgere al soggetto dichiarante, ai sensi dell'art. 391 bis, 3° co., a pena di inutilizzabilità delle dichiarazioni, debbono essere specificamente verbalizzati.

³²⁶ L'argomento non sarà trattato in questa sede, stante la sua vastità e peculiarità.

L'articolo in esame disciplina, poi, particolari modalità con cui deve avvenire il conferimento, la ricezione e l'assunzione di informazioni con persone detenute.

Infatti il comma 7 sancisce l'obbligo per *“il difensore di munirsi di specifica autorizzazione del giudice che procede nei confronti del detenuto, sentito il suo difensore e il pubblico ministero”*, o, se l'azione penale non è ancora iniziata, l'autorizzazione deve essere rilasciata dal giudice per le indagini preliminari. Il giudice, nell'autorizzare il colloquio difensivo con persona detenuta, gode di un potere di valutazione costituito dall'indicazione dell'addebito per il quale si procede e dal legame della persona da sentire con il tema di indagine³²⁷.

Tale meccanismo ha per scopo sia tutelare la persona detenuta, sul presupposto che tale condizione costituisca un elemento di debolezza, sia quello di tutelare gli interessi del diverso procedimento a seguito del quale la persona si trova in stato di detenzione, e solo in questo senso va letto e interpretato l'intervento del pubblico ministero³²⁸.

Per garantire, poi, la spontaneità delle dichiarazioni e la regolarità delle modalità in cui avviene l'assunzione di informazioni, il comma 8 vieta, al soggetto nei confronti del quale si svolge l'attività di investigazione difensiva, di partecipare ai singoli atti.

In caso di dichiarazioni indizianti, dalle quali emergono indizi di reità a carico di chi le espone, il difensore, così come indicato dal comma 9, deve interrompere l'assunzione di informazioni, e le stesse dichiarazioni non potranno essere utilizzate contro la persona che le ha rese.

I commi 10 e 11 disciplinano, infine, il caso in cui la persona, in grado di rendere dichiarazioni utili, si sia avvalsa della facoltà di non rispondere o di

³²⁷ Cass. Pen., Sez. I, 7-27.6.2019, n. 28216

³²⁸ A. GARELLO, S. SCUTO, *Le indagini difensive, commentatio articolo per articolo della legge 7 dicembre 2000 n397. Profili pratici e questioni controverse*, Il Sole 24 ORE, 2001, p.78

non rendere la dichiarazione. Si riconosce al difensore la possibilità di chiedere l'audizione al pubblico ministero³²⁹.

Suddette disposizioni riequilibrano, almeno in parte, la posizione di vantaggio dell'accusa rispetto alla difesa, che non può contare sull'efficacia persuasiva del deterrente rappresentato dalla immediata procedibilità nei confronti di chi rifiuti di fornire informazioni al pubblico ministero.

Il pubblico ministero deve fissare l'audizione entro sette giorni dalla richiesta, o in alternativa chiedere che si proceda con incidente probatorio all'assunzione della testimonianza o all'esame della persona. Il difensore deve indicare al pubblico ministero le circostanze in relazione alle quali vuole che la persona sia sentita e le ragioni per le quali ritiene che esse siano utili ai fini delle indagini. In difetto di tali indicazioni non sorge in capo al PM alcun dovere di provvedere ad ascoltare la persona richiesta³³⁰. Allorquando il difensore abbia richiesto l'intervento del PM, tale assunzione diviene, a tutti gli effetti, attività propria del PM e comporta, dunque, esclusivamente l'osservanza degli obblighi e dei limiti stabiliti per tale atto dall'art. 362 c.p.p. Tuttavia è concesso l'audizione alla presenza del difensore, al quale è consentito di formulare per primo le domande, salvo il potere del PM di porne altre, sempre nel rispetto delle prescrizioni di cui all'art. 362 c.p.p. L'atto raccolto, con le modalità ora enunciate costituisce, atto del PM, sicché non confluirà nel fascicolo del difensore, ai sensi dell'art. 391octies, comma 3, c.p.p., ma direttamente in quello del PM e, poi, nel fascicolo per il dibattimento³³¹.

E' bene ricordare che, nel caso in cui la persona intervistata decide di rispondere e di non avvalersi della facoltà di non rispondere, egli assume l'obbligo penalmente sanzionato di dire la verità.

Per l'attività di audizione "formale" disciplinata dal secondo comma dell'art. 391bis c.p.p., l'art. 391ter c.p.p. rubricato "*Documentazioni delle*

³²⁹ Si veda M. MENNA, *Art. 11 l. 397/2000*, in *La difesa penale. Commento alle leggi 7 dicembre 2000 n. 397, 6 marzo 2001 n. 60, 29 marzo 2001 n. 134 e alle successive modifiche*, diretto da Chiavario-Marzaduri, Torino, 2003, 123

³³⁰ Così, Cass. pen., Sez. II, 6-12-2006 n. 40232 in *Riv. Pen.*, 10, 2007.

³³¹ Così, Cass. pen., Sez. III, 29-05-2007 n. 21092 in *Guida Diritto 2007*

dichiarazioni e delle informazioni”³³², disciplina le forme e le modalità di documentazione, in vista della loro futura utilizzazione nel procedimento.

La disciplina è stata da ultimo modificata dal D. Lgs. 10.10.2022, n. 150³³³ (cd. Riforma Cartabia), con riguardo alla documentazione delle dichiarazioni; alle dichiarazioni dei soggetti vulnerabili; alla trascrizione delle registrazioni. Dunque, si aggiunge la riproduzione fonografica delle informazioni ottenute come forma di documentazione obbligatoria, salvo indisponibilità dei mezzi³³⁴. In particolare quando si procede ad assumere le dichiarazioni di minori, infermi di mente e persone “particolarmente vulnerabili”, vi è un obbligo di riproduzione audiovisiva, ancorché in alternativa a quella della registrazione audiofonica.

Al fine di evitare inutili aggravii, al comma 3quater, si è stabilito che si provveda alla trascrizione solo nei casi di assoluta indispensabilità.

L'articolata regolamentazione relativa alla documentazione disciplinata nella presente norma è finalizzata a rafforzare il giudizio di attendibilità sui risultati

³³² L'art 391ter c.p.p. enuncia: «1. La dichiarazione di cui al comma 2 dell'articolo 391-bis, sottoscritta dal dichiarante, è autenticata dal difensore o da un suo sostituto, che redige una relazione nella quale sono riportati: a) la data in cui ha ricevuto la dichiarazione; b) le proprie generalità e quelle della persona che ha rilasciato la dichiarazione; c) l'attestazione di avere rivolto gli avvertimenti previsti dal comma 3 dell'articolo 391-bis; d) i fatti sui quali verte la dichiarazione. 2. La dichiarazione è allegata alla relazione. 3. Le informazioni di cui al comma 2 dell'articolo 391-bis sono documentate dal difensore o da un suo sostituto che possono avvalersi per la materiale redazione del verbale di persone di loro fiducia. Si osservano le disposizioni contenute nel titolo III del libro secondo, in quanto applicabili. 3-bis. Le informazioni di cui al comma 3 sono documentate anche mediante riproduzione fonografica, salva la contingente indisponibilità di strumenti di riproduzione o di personale tecnico 3-ter. Le dichiarazioni della persona minorenni, inferma di mente o in condizioni di particolare vulnerabilità sono documentate integralmente, a pena di inutilizzabilità, con mezzi di riproduzione audiovisiva o fonografica, salvo che si verifichi una contingente indisponibilità di strumenti di riproduzione o di personale tecnico e sussistano particolari ragioni di urgenza che non consentano di rinviare l'atto. 3-quater. La trascrizione della riproduzione audiovisiva o fonografica di cui ai commi 3-bis e 3-ter è disposta solo se assolutamente indispensabile».

³³³ I Comma 3bis, 3ter e 3 quater sono stati aggiunti dall'art. 20, comma 1, lett. a), D. Lgs. 10 ottobre 2022, n. 150, a decorrere dal 30 dicembre 2022, ai sensi di quanto disposto dall'art. 99-bis, comma 1, del medesimo D.Lgs. n. 150/2022, aggiunto dall'art. 6, comma 1, D.L. 31 ottobre 2022, n. 162, convertito, con modificazioni, dalla L. 30 dicembre 2022, n. 199.

³³⁴ Sul punto, in senso critico vedi, M. GIALUZ, *Per un processo penale più efficiente e giusto. Guida alla lettura della riforma Cartabia (profili processuali)*, in *Sist. pen. (web)*, 2.11.2022; T. POLITI, *La documentazione audiovisiva delle sommarie informazioni: una prima lettura della Riforma Cartabia*, in *Giur. pen.*, 2022, 11, 4.

delle indagini difensive³³⁵, assicurando al contempo la tutela dei soggetti più vulnerabili coinvolti nel processo.

Viene introdotto, così, nel nostro ordinamento il potere di "auto documentazione" del difensore nella raccolta di elementi di prova dalle persone informate sui fatti.

Stante la peculiarità della dichiarazione, l'autentica del difensore assume il valore di garanzia solo in ordine alla sussistenza del fatto storico rappresentato dal rilascio della dichiarazione stessa e non in ordine alla corrispondenza al vero dei suoi contenuti³³⁶.

III.2.3.2 Le altre misure investigative

Il difensore può prendere visione o acquisire copia di documenti in possesso di qualunque pubblica amministrazione, ex art. 391quater c.p.p. rubricato "*Richiesta di documentazione alla pubblica amministrazione*"³³⁷.

La facoltà è riconosciuta solo al difensore, il quale dovrà documentare il proprio status allegando copia del mandato difensivo.

Egli è poi onerato di motivare la richiesta con l'allegazione di circostanze circa la rilevanza del documento rispetto ai fatti della causa penale. Soggetto destinatario della richiesta è una qualunque pubblica amministrazione, sia ente che abbia formato il documento, sia ente che lo detiene stabilmente.

Siccome la L. 241/1990 già riconosce ai privati la possibilità di ottenere documenti dalla P.A., tale norma deve essere interpretata nel senso che il difensore ha il diritto di ottenere documenti diversi da quelli cui l'interessato avrebbe comunque diritto, purché siano di natura amministrativa³³⁸.

³³⁵ Vedi, V. COMI, F. GIUNCHEDI, C. SANTORIELLO, I. PICCOLI, *Commento ex art 391 ter c.p.p., su codice di procedura penale commentato online*, Wolters Kluwer, 2023. In tal senso anche, RUGGIERO, *Compendio delle investigazioni difensive*, Milano, 2003; ID., *Indagini difensive e verbalizzazione delle sole informazioni favorevoli*, in *CP*, 2003, 57, 6.

³³⁶ La Corte di Cassazione a Sezioni Unite con sentenza del 28 giugno 2006, n. 32009, ha sancito che il difensore nell'atto di verbalizzare una intervista difensiva è un pubblico ufficiale, posto che il documento da lui redatto ha tutte le caratteristiche di atto pubblico.

³³⁷ L' art. 391quater c.p.p. riporta testualmente: «1. Ai fini delle indagini difensive, il difensore può chiedere i documenti in possesso della pubblica amministrazione e di estrarne copia a sue spese. 2. L' istanza deve essere rivolta all'amministrazione che ha formato il documento o lo detiene stabilmente. 3. In caso di rifiuto da parte della pubblica amministrazione si applicano le disposizioni degli articoli 367 e 368».

³³⁸ Vedi Cass. Pen., Sez. II, 12.10.2005, n. 42588, in *Arch. Nuova Proc. Pen.*, 2006, 2, 178

L'amministrazione può rifiutare la consegna del documento, il cui rifiuto può essere espresso o tacito, qualora siano trascorsi inutilmente trenta giorni dalla richiesta, e può fondarsi su ragioni formali o di merito. Il difensore può ovviare a tale rifiuto, come enuncia il comma 3 di tale articolo, applicando gli artt. 367 e 368 c.p.p., che rispettivamente disciplinano la possibilità di presentare richieste al pubblico ministero e di trasmettere la richiesta del sequestro al giudice per le indagini preliminari, laddove il pubblico ministero lo abbia negato³³⁹.

Tra le attività espletabili nel corso delle investigazioni difensive, il legislatore ha previsto l'"accesso ai luoghi e documentazione", ex art. 391sexies c.p.p.³⁴⁰, che istituisce una 'specularità sostanzialmente perfetta' tra indagini del pubblico ministero e indagini difensive.

Il difensore può accedere «in qualunque luogo pubblico o privato che sia che offra concrete possibilità di reperire elementi probatori a discarico»³⁴¹, non solo alla scena del crimine.

Sono specificamente indicate le facoltà rientranti nel diritto di accesso: visione/descrizione dello stato dei luoghi e delle cose; effettuazioni di rilievi tecnici, grafici, planimetrici, fotografici o audiovisivi.

L'importanza della documentazione e delle sue formalità è fondamentale ai fini dell'utilizzabilità delle investigazioni difensive³⁴².

In caso di accertamenti tecnici non ripetibili, l'art. 391decies 3comma, sancisce l'obbligo per il difensore di darne avviso al pubblico ministero che

³³⁹ Così come affermano A. GARELLO, S. SCUTO, *op. cit.*, p. 116: «ci troviamo nuovamente di fronte ad una vera e propria norma-manifesto, che si limita a proclamare un diritto, peraltro di notevole rilevanza concreta, e poi ad abbandonarlo all'interprete».

³⁴⁰ L'art. 391sexies c.p.p. enuncia: «1. Quando effettuano un accesso per prendere visione dello stato dei luoghi e delle cose ovvero per procedere alla loro descrizione o per eseguire rilievi tecnici, grafici, planimetrici, fotografici o audiovisivi, il difensore, il sostituto e gli ausiliari indicati nell'articolo 391-bis possono redigere un verbale nel quale sono riportati: a) la data ed il luogo dell'accesso; b) le proprie generalità e quelle delle persone intervenute; c) la descrizione dello stato dei luoghi e delle cose; d) l'indicazione degli eventuali rilievi tecnici, grafici, planimetrici, fotografici o audiovisivi eseguiti, che fanno parte integrante dell'atto e sono allegati al medesimo. Il verbale è sottoscritto dalle persone intervenute».

³⁴¹ DEAN, *La richiesta di documentazione alla pubblica amministrazione e l'accesso ai luoghi*, in DALIA, FERRAIOLI (a cura di), *Il nuovo ruolo del difensore nel processo penale: commento alla Legge 7 dicembre 2000, n. 397, alla Legge 6 marzo 2001, n. 60 e alla Legge 29 marzo 2001, n. 134*, Milano, 2002, 209

³⁴² Cass. Pen., Sez. III, 15.7.2003, n. 2017, in *Arch. Nuova Proc. Pen.*, 2004, 195

deve obbligatoriamente presenziare. Differentemente, se gli atti sono compiuti in occasione dell'accesso ai luoghi, è prevista solo una facoltà del pubblico ministero di assistervi.

Inoltre, è prevista la possibilità per il difensore di compiere in occasione di accesso ai luoghi interventi più incisivi, non solo di osservazione ma anche di accertamento³⁴³.

L'accesso ai luoghi pubblici si connota come diritto incondizionato, diversamente dal diritto di accedere a luoghi privati o chiusi al pubblico, ex art 391 septies c.p.p.³⁴⁴, che si struttura come facoltà subordinata al consenso del soggetto titolare del diritto di godimento esclusivo della res, o, in mancanza, dall'autorizzazione del giudice. Questi può autorizzare dopo ad una valutazione della rilevanza positiva degli elementi ricercati e della ragionevole possibilità di rinvenirli in quel luogo, ovvero valutata la necessità dell'atto investigativo.

Il diritto alla privacy del privato è tutelato attraverso l'intervento del giudice che bilancia gli interessi contrapposti.

L'eventuale rigetto della richiesta del difensore da parte del giudice è inoppugnabile, costituendo ciò una discrepanza rispetto al diritto alla prova genericamente riconosciuto dall'art. 111 Cost. Per l'accesso a 'i luoghi di abitazione e le loro pertinenze', qualora non vi sia consenso del soggetto che ne ha la disponibilità, si ha una disciplina ancora più restrittiva³⁴⁵.

Si vuole, così, restringere la facoltà del giudice di fornire l'autorizzazione solo nel caso in cui "*sia necessario accertare le tracce e gli altri effetti materiali del reato*", nel rispetto del principio di 'inviolabilità del domicilio', ex artt. 14 della Costituzione e 8 della CEDU.

³⁴³ BERNARDI, *Maggiori poteri agli avvocati nella legge in materia di indagini difensive – Le attività di indagini*, in *Dir. pen. e proc.*, 2001 p 221

³⁴⁴ L'art 391septies c.p.p. enuncia: «1. Se è necessario accedere a luoghi privati o non aperti al pubblico e non vi è il consenso di chi ne ha la disponibilità, l'accesso, su richiesta del difensore, è autorizzato dal giudice, con decreto motivato che ne specifica le concrete modalità. 2. Nel caso di cui al comma 1, la persona presente è avvertita della facoltà di farsi assistere da persona di fiducia, purché questa sia prontamente reperibile e idonea a norma dell'articolo 120. 3. Non è consentito l'accesso ai luoghi di abitazione e loro pertinenze, salvo che sia necessario accertare le tracce e gli altri effetti materiali del reato».

³⁴⁵ Sul punto si veda, CAMPANELLA, *L'attività difensiva di ricerca e di individuazione degli elementi probatori: l'accesso ai luoghi*, in FILIPPI, *Processo penale: il nuovo ruolo del difensore*, Padova, 2001, 273

Qualora il difensore sopravvenga su un luogo pertinente a delitto prima dell'intervento degli organi inquirenti, potrà accedere ad esso solo con il consenso dell'avente diritto, non essendo ammessa l'autorizzazione di un organo giudiziario per compiere atti nella fase delle investigazioni di tipo preventivo.

III.2.3.3 Potere di segretezza del pubblico ministero

Il legislatore ha voluto porre l'attenzione sul potere di segretezza del pubblico ministero, ampliando l'oggetto dello stesso con l'art. 391quinquies³⁴⁶ che si riferisce, non alla dichiarazione versata nell'atto d'indagine, ma al patrimonio conoscitivo, in sé considerato, posseduto dalla fonte dichiarativa.

L'articolo, "*Potere di segretezza del pubblico ministero*", indica come requisito essenziale del segreto il 'decreto motivato', che non può avere una durata superiore a due mesi, i cui destinatari sono indicati in via generica come 'le persone sentite', tra le quali è ricompreso anche lo stesso indagato nel procedimento in cui è disposta la segretezza.

Il difensore deve comunque essere posto in condizione di verificare autonomamente l'esistenza e il termine della segretezza, e ciò può avvenire notificando alla persona interessata copia del decreto³⁴⁷. Alla comunicazione del decreto devono essere allegate 'le avvertenze di responsabilità penale conseguenti all'indebita rivelazione della notizia', così come disciplinate dall'art. 379 bis c.p.p.

L'articolo in esame, pur supportando un'esigenza di prevenzione del rischio di inquinamento di prove per tutelare la genuinità e l'acquisizione di futuri elementi probatori, risulta essere, per la sua genericità e per gli eccessivi margini di libertà lasciati al PM, fonte di gratuite compressioni del diritto di

³⁴⁶ L'art. 391quinquies enuncia: «1. Se sussistono specifiche esigenze attinenti all'attività di indagine, il pubblico ministero può, con decreto motivato, vietare alle persone sentite di comunicare i fatti e le circostanze oggetto dell'indagine di cui hanno conoscenza. Il divieto non può avere una durata superiore a due mesi. 2. Il pubblico ministero, nel comunicare il divieto di cui al comma 1 alle persone che hanno rilasciato le dichiarazioni, le avverte delle responsabilità penali conseguenti all'indebita rivelazione delle notizie».

³⁴⁷ A. GARELLO, S. SCUTO, *op.cit.*, p 116

difesa, se male utilizzata e se applicata in momenti strategici decisivi per la difesa stessa.

III.2.3.4 Attività investigativa preventiva

Norma di completa innovazione è rappresentata, inoltre, dall'art. 391 nonies c.p.p.³⁴⁸, che configura un diritto di difesa pre-procedimentale, innovando il dettato costituzionale che riconosce il diritto di difesa in senso tecnico solo in collegamento temporale con l'instaurazione del procedimento giudiziario incidente sui diritti della persona³⁴⁹.

Si legittima il difensore alla raccolta di materiale probatorio, utilizzabile a favore del proprio assistito, nella fase anteriore alla legale conoscenza della pendenza del procedimento perché, o non risulta ancora indagato o, pur essendolo, non ne ha cognizione in quanto non ha ricevuto una formale comunicazione, la cd. informazione di garanzia.

Condizione per lo svolgimento di tale attività difensiva preventiva è un mandato scritto rilasciato al difensore, contenente "*l'indicazione dei fatti ai quali si riferisce*", che, in primo luogo, permette il collegamento dell'indagine preventiva ad uno specifico procedimento penale che dovesse successivamente instaurarsi a carico dell'interessato; in secondo luogo, consente l'identificazione dell'oggetto della difesa.

Siccome l'indagine si compie in un momento in cui un'autorità giudiziaria non è ancora individuabile, sono esclusi dagli atti ammissibili quelli per i quali è richiesta l'autorizzazione o l'intervento dell'autorità giudiziaria. Sono legittimati il colloquio con persone informate dei fatti, l'accesso ai luoghi aperti al pubblico e la richiesta di documenti della pubblica amministrazione.

³⁴⁸ L' art 391 nonies c.p.p. riporta testualmente: «1. L'attività investigativa prevista dall'articolo 327-bis, con esclusione degli atti che richiedono l'autorizzazione o l'intervento dell'autorità giudiziaria, può essere svolta anche dal difensore che ha ricevuto apposito mandato per l'eventualità che si instauri un procedimento penale. 2. Il mandato è rilasciato con sottoscrizione autenticata e contiene la nomina del difensore e l'indicazione dei fatti ai quali si riferisce».

³⁴⁹ Sui profili temporali dell'attività del difensore, tra i tanti: v. P. GUALTIERI, *Le investigazioni del difensore*, Padova, 2002, p101 ss.; P. GATTO, *Le investigazioni preventive del difensore*, Milano, 2003; L. G. VELANI, *Le investigazioni preventive. Procedura e formule*, Milano, 2012.

Tali atti hanno lo stesso valore probatorio dell'indagine compiuta nel corso del procedimento, infatti l'art. 391 octies ritiene rientranti nel fascicolo del difensore "elementi di prova a favore del proprio assistito", senza far riferimento al momento temporale in cui tali atti sono stati compiuti.

Tale norma assicura la parità con gli organi dell'accusa, i quali possono prendere notizia dei reati di propria iniziativa e svolgere indagini prima ancora dell'instaurazione di un procedimento penale³⁵⁰.

III.2.3.5 L'utilizzazione delle risultanze investigative

Una delle norme più significative introdotte dalla L. 397/2000, è l'art. 391octies c.p.p.³⁵¹ che si caratterizza per la rigida simmetria rispetto alla figura del pubblico ministero, «equiparando gli elementi di prova raccolti dal difensore, ai sensi dell'art. 391-bis c.p.p., per l'utilizzabilità e la forza probatoria, a quelli raccolti dal pubblico ministero»³⁵².

Sono disciplinate due modalità di introduzione degli atti di investigazione difensiva nel procedimento. La prima modalità la ritroviamo nel comma 1 e comma 2, che riconoscono al difensore la facoltà di presentare direttamente al giudice per l'indagine preliminare e dell'udienza preliminare gli atti di investigazione difensiva compiuti, creando un canale diretto di comunicazione tra i due soggetti.

I due commi si distinguono per le condizioni sancite per l'introduzione; infatti, nel primo comma essa è legittimata «qualora il giudice deve adottare

³⁵⁰ P. VENTURA, *Le indagini difensive*, Giuffrè Editore, 2005, p 52

³⁵¹ L'art. 391octies c.p.p. enuncia: «1. Nel corso delle indagini preliminari e nell'udienza preliminare, quando il giudice deve adottare una decisione con l'intervento della parte privata, il difensore può presentargli direttamente gli elementi di prova a favore del proprio assistito. 2. Nel corso delle indagini preliminari il difensore che abbia conoscenza di un procedimento penale può presentare gli elementi difensivi di cui al comma 1 direttamente al giudice, perché ne tenga conto anche nel caso in cui debba adottare una decisione per la quale non è previsto l'intervento della parte assistita. 3. La documentazione di cui ai commi 1 e 2 è inserita nella parte del fascicolo informatico riservata al difensore. I documenti redatti e depositati in forma di documento analogico sono conservati in originale o, se il difensore ne chiede la restituzione, in copia, presso l'ufficio del giudice per le indagini preliminari. Della documentazione il pubblico ministero può prendere visione ed estrarre copia prima che venga adottata una decisione su richiesta delle altre parti o con il loro intervento. Dopo la chiusura delle indagini preliminari il fascicolo del difensore è inserito nel fascicolo di cui all'articolo 433. 4. Il difensore può, in ogni caso, presentare al pubblico ministero gli elementi di prova a favore del proprio assistito».

³⁵² Cass. Pen., Sez. II, 9 aprile 2002, n. 13552, in *Giur. It.*, 2003, 2152

una decisione con l'intervento della parte privata», mentre il secondo comma fa riferimento ad una difesa preventiva dettata dalla sola conoscenza legale di un procedimento penale a carico del proprio assistito.

La seconda modalità di introduzione è disciplinata dal comma 4 che enuncia la possibilità del difensore «di presentare direttamente al pubblico ministero gli elementi di prova a favore del proprio assistito», come via residuale e secondaria, richiamando l'obbligo, già vigente per il difensore, di canalizzare sul pubblico ministero gli elementi di prova raccolti.

Tuttavia, la posizione processuale complessiva è del tutto sfalsata in favore del difensore dell'imputato, in capo al quale non sussiste un obbligo di deposito ma una mera facoltà, ed inoltre gli atti da lui depositati sono conoscibili al pubblico ministero solo nell'ipotesi in cui il giudice per le indagini preliminari debba adottare una decisione su 'richiesta delle altre parti' oppure con 'il loro intervento'. Differentemente il pubblico ministero è obbligato alla *discovery* completa dei propri atti di indagini prima della chiusura delle indagini preliminari e della formulazione della richiesta di rinvio a giudizio³⁵³.

Il D. Lgs. 10.10.2022, n. 150 ha modificando le modalità di formazione e di custodia del fascicolo del difensore nel rispetto della modifica generale di deposito e formazione degli atti in modo telematico. La disposizione introdotta dalla Riforma Cartabia facilita la gestione e l'accesso alla documentazione difensiva, promuovendo una maggiore efficienza e trasparenza nel processo penale.

V'è da segnalare che ci si è a una modifica formale e a un'aggiunta normativa piuttosto oscura.

Il fascicolo del difensore dopo la chiusura delle indagini preliminari viene inserito nel fascicolo del dibattimento, previsto dall'art. 433 c.p.p., il cui riferimento deve essere letto, non come scansione temporale, ma come volontà del legislatore di chiarire che i fascicoli difensivi vengono inseriti in quello dell'accusa³⁵⁴.

³⁵³ Cfr., G.LOCATELLI, G.SARNO, *op.cit.*, p 275

³⁵⁴ PIZIALI G., *Maggiori poteri agli avvocati nella legge in materia di indagini difensive. Utilizzo dei risultati delle indagini*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p 280

Fin dalle prime pronunce della Corte di legittimità si è riconosciuto che gli elementi di prova raccolti dal difensore ai sensi dell'art. 391bis sono equiparabili, quanto ad utilizzabilità e forza probatoria, a quelli raccolti dal p.m. e, pertanto, il giudice al quale essi siano stati direttamente presentati ai sensi dell'art. 391octies stesso codice non può limitarsi ad acquisirli, ma deve valutarli unitamente a tutte le altre risultanze del procedimento, spiegando, laddove ritenga di disattenderli, le relative ragioni con adeguato apparato argomentativo.

Il titolo VI-bis c.p.p. si conclude con l'art. 391 decies c.p.p.³⁵⁵ che sancisce l'equivalenza probatoria degli atti di investigazione difensiva a contenuto dichiarativo rispetto agli atti di indagine del pubblico ministero e della polizia giudiziaria di analogo contenuto.

In sostanza le investigazioni difensive sono idonee a fondare il convincimento del giudice allo stesso modo di come lo sono gli atti di indagine della pubblica accusa³⁵⁶.

La norma stabilisce, nel primo comma, che gli atti di investigazione difensiva a contenuto dichiarativo, contenuti nel fascicolo del difensore, possono essere utilizzati in dibattimento a norma degli artt. 500, 513 e 512 c.p.p. È quindi ammessa, rispettivamente, l'utilizzazione in dibattimento delle dichiarazioni raccolte solo per fini di contestazione, salva l'ipotesi di inquinamento del testimone o di un suo rifiuto di rispondere, eccezione prevista anche per le dichiarazioni dell'imputato o coimputato in caso di inquinamento. E', poi, consentita la lettura in dibattimento di: atti assunti nel corso dell'udienza

³⁵⁵ Art. 391decies c.p.p. riporta testualmente: «1. Delle dichiarazioni inserite nel fascicolo del difensore le parti possono servirsi a norma degli articoli 500, 512 e 513. 2. Fuori del caso in cui è applicabile l'articolo 234, la documentazione di atti non ripetibili compiuti in occasione dell'accesso ai luoghi, presentata nel corso delle indagini preliminari o nell'udienza preliminare, è inserita nel fascicolo previsto dall'articolo 431. 3. Quando si tratta di accertamenti tecnici non ripetibili, il difensore deve darne avviso, senza ritardo, al pubblico ministero per l'esercizio delle facoltà previste, in quanto compatibili, dall'articolo 360. Negli altri casi di atti non ripetibili di cui al comma 2, il pubblico ministero, personalmente o mediante delega alla polizia giudiziaria, ha facoltà di assistervi. 4. Il verbale degli accertamenti compiuti ai sensi del comma 3 e, quando il pubblico ministero ha esercitato la facoltà di assistervi, la documentazione degli atti compiuti ai sensi del comma 2 sono inseriti nel fascicolo del difensore e nel fascicolo del pubblico ministero. Si applica la disposizione di cui all'articolo 431, comma 1, lettera c)».

³⁵⁶ Corte Cost., ord., 20.6.2002, n. 264, in www.giurcost.org

preliminare quando ne sia divenuta impossibile la ripetizione; verbali, redatti dal difensore, degli accertamenti tecnici non ripetibili.

Tali atti per essere utilizzati in dibattimento devono essere *fidefacienti*, ovvero dotati di pieno valore probatorio sino a querela di falso, attraverso una responsabilizzazione del difensore³⁵⁷.

III.3 La disciplina vigente in Italia per le investigazioni difensive transnazionali nell'area europea

Fermo restando la peculiarità ed innovatività della, su esposta, legge 397/2000, nell'ordinamento italiano si riscontrano ancora zone d'ombra nelle quali riecheggia l'originaria disparità delle parti in ordine alla possibilità del difensore di effettuare investigazioni difensive transnazionali.

Pur se la legge non contempla per il difensore uno spazio investigativo internazionale, è altrettanto vero che nessuna disposizione del codice lo esclude.

Il legislatore si è limitato a recepire la Direttive 2014/41/UE riguardante la disciplina dell'OEI, in modo "minimale" rispetto al ruolo del difensore, seguendo l'impostazione europea.

III.3.1 Il ruolo del difensore nel recepimento dell'OEI: l'art. 31 del D. Lgs. 108/2017

L'Italia, nel recepire la Direttiva 2014/41/UE, accoglie la prospettiva di realizzare un'auspicabile parità delle armi tra accusa e difesa, pur se il recepimento dell'art.1 § 3 della Direttiva nell'art. 31 del D. Lgs. 108/2017³⁵⁸ avviene con un approccio "minimale".

Il sistema ripropone la logica giurisprudenziale della "canalizzazione", in quanto il difensore potrà richiedere l'emissione dell'OEI attraverso il

³⁵⁷ Per tale riflessione si rimanda a A.GARELLO, S. SCUTO, *Le indagini difensive, Il sole 24 ore*, 2001

³⁵⁸ Decreto Legislativo 21 giugno 2017, n. 108, Norma di attuazione della direttiva 2014/41/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 3 aprile 2014, relativa all'ordine europeo di indagine penale. (17G00120) Pubblicata in GU n 162 del 13.7.2017, vigente al 28.7.2017

pubblico ministero o il giudice che procede, indicando i motivi che giustificano l'atto a pena di inammissibilità.

Tale ultimo onere è stato previsto in un'ottica garantista, in quanto laddove la richiesta sia inoltrata al pubblico ministero, questi dovrà rendere conto delle ragioni del diniego con decreto motivato; mentre, se la richiesta è presentata al giudice, egli dovrà provvedere al diniego con ordinanza nel contraddittorio tra le parti.

Due sono, però, le criticità da evidenziare: in primo luogo, l'onere di 'indicare i motivi che giustificano l'atto comporterà per la difesa la *discovery* della propria strategia difensiva, con un inevitabile pregiudizio per le sue indagini; in secondo luogo, la mancata previsione di un mezzo di impugnazione avverso i provvedimenti di diniego del giudice e del PM, risolverà la garanzia in una mera apparenza.

Sarebbe stato più opportuno estendere, a tutte le richieste di emissione di OEI derivanti da un difensore, la forma di controllo disciplinata dal comma 3 dell'articolo in commento, prevista per le richieste che abbiano ad oggetto un sequestro, che rinvia all'art. 368 c.p.p., con la possibilità di trasmettere la richiesta rigettata dal pubblico ministero al giudice per le indagini preliminari, in modo da ottenere un doppio vaglio per la richiesta non accolta³⁵⁹.

Un'ulteriore notazione negativa riguarda la scelta di non regolamentare le attività difensive, oggetto di specifica disciplina nel codice di rito, giustificata dalla Relazione illustrativa³⁶⁰ con riguardo alla possibilità riconosciuta ai difensori, agli investigatori e ai consulenti tecnici di recarsi all'estero per conferire con persone residenti o dimoranti in altro Stato e riferire circostanze utili ai fini dell'attività investigativa, per ivi svolgere con le stesse colloqui non documentati, ex art. 391bis, comma 1, c.p.p., senza dovere chiedere l'emissione dell'OEI.

Non si tiene conto, però, che il diritto all'indagine difensiva all'estero non solo è limitato agli atti che non richiedono l'autorizzazione del giudice, ma è

³⁵⁹ G. BARROCU, op.cit., p 287

³⁶⁰ Dlgs-Norme di attuazione della direttiva 2014/41/UE relativa all'ordine europeo di indagine penale-XVII leg- Relazione illustrativa, rinvenibile su www.giustizia.it

oggetto, poi, di molteplici questioni collegate all'utilizzazione processuale dei relativi risultati.

Infine, anche il d.lgs. 108/2017, nel pieno rispetto della Direttiva di riferimento, non ha previsto la partecipazione del difensore all'esecuzione dell'OEI. Si deve, però, segnalare anche un'apertura nei confronti delle prerogative della difesa, che emerge dall'art. 33 comma 1 del D. Lgs., laddove enuncia che l'autorità di emissione italiana concordi con l'autorità di esecuzione estera le modalità di compimento dell'atto «specificatamente indicando i diritti e le facoltà riconosciuti dalla legge alle parti e ai loro difensori», al di là di scelte discrezionali.

Capitolo IV

Le indagini difensive negli ordinamenti di alcuni Stati membri

IV.1 La normativa sulle investigazioni difensive in Germania IV.1.1. Il diritto di difesa nella *Deutsches Grundgesetz* IV.1.2. Cenni alla struttura del processo penale tedesco IV.1.3. L'assistenza del difensore nel procedimento penale tedesco IV.1.4. Il ruolo del difensore nella fase di *pre trial* IV.2. Le indagini difensive in Spagna IV.2.1. La tutela costituzionale del diritto di difesa IV.2.2. Il diritto di difesa nel sistema giuridico spagnolo IV.2.3. Caratteristiche principali del processo penale spagnolo IV.2.4. I limiti dell'attività difensiva nella fase delle indagini IV.3 Diritti e poteri della difesa in Francia IV.3.1 Il ruolo dell'“*article préliminaire*” nell'interpretazione garantista del codice di procedura penale IV.3.2. Il sistema processuale francese: le fasi e i poli istruttori IV.3.3. Il ruolo del difensore nelle fasi dell'“*enquête* e dell'“*instruction*”

IV.1 La normativa sulle investigazioni difensive in Germania

IV.1.1 Il diritto di difesa nella *Deutsches Grundgesetz*

La *Deutsches Grundgesetz*³⁶¹ non contiene un espresso riferimento al diritto di difesa³⁶², ragione per cui la sua tutela deve rinvenirsi nell'interpretazione estensiva e teleologica degli altri articoli della GG.

Un primo riferimento può essere rinvenuto nell'art. 1 della GG³⁶³ che tutela la dignità umana quale diritto intangibile, che deve essere rispettata e protetta

³⁶¹ Con il termine *Deutsches Grundgesetz*, cd. GG, si fa riferimento alla Legge Fondamentale tedesca. La GG è stata approvata dal GG l'8 maggio 1949 ed è entrata in vigore il 23 maggio 1949 dopo la ratifica da parte di tutti i parlamenti dei Länder, a parte quello della Baviera. La costituzione entrò in vigore solo nella Germania Ovest; venne considerata provvisoria in attesa della riunificazione tedesca. È questa la ragione per cui non venne chiamata *Verfassung*, ovvero Costituzione, ma venne scelto il nome attuale. Al momento della riunificazione della Germania, si decise di mantenere la costituzione occidentale e di estendere la lista dei *Länder* previsti nel testo costituzionale, aggiungendovi i cinque della Germania orientale e abolendo l'articolo 23, il quale lasciava in sospenso la validità della Legge Fondamentale per un futuro in cui le due Germanie si sarebbero unite.

³⁶² Nella bozza del GG, il diritto fondamentale all'assistenza di un avvocato difensore era esplicitamente menzionato, ma non è stato attuato a favore di una formulazione più concreta e semplice.

³⁶³ Art.1 GG *Dignità dell'uomo – Diritti dell'uomo – Vincolatività giuridica dei diritti fondamentali*: «1. La dignità dell'uomo è intangibile. È dovere di ogni potere statale rispettarla e proteggerla. 2. Il popolo tedesco riconosce quindi gli inviolabili e inalienabili diritti dell'uomo come fondamento di qualsiasi comunità umana, della pace e della giustizia nel mondo. 3. I seguenti diritti fondamentali vincolano la legislazione, il potere esecutivo e la giurisdizione come diritti immediatamente applicabili». Traduzione ripresa da

dallo Stato. Invero, il diritto di difesa viene inteso come corollario della tutela della dignità³⁶⁴: esso è “*uno degli attributi fondamentali della dignità umana e uno dei principi fondamentali dello Stato di diritto*”³⁶⁵.

Di tal che una restrizione che incide sul diritto alla difesa “*nel suo contenuto essenziale non può essere accettata come una violazione della norma fondamentale dell'articolo 1 (1) della Legge fondamentale per motivi costituzionali*”³⁶⁶.

Un'ulteriore base costituzionale può essere rinvenuta nell'art. 103 GG (1)³⁶⁷ che tutela il diritto al “giusto processo” e, in particolare, il diritto ad essere ascoltati. Il diritto di essere ascoltati, art. 103 (1) GG, contempla il diritto all'assistenza dell'avvocato difensore, poiché un soggetto con alcuna formazione giuridica non può esercitare efficacemente tale diritto e quindi l'audizione legale è indirettamente negata³⁶⁸.

Il diritto di difesa rappresenta una concretizzazione del diritto a un giusto processo³⁶⁹ che a sua volta deriva dall'articolo 2 (1)³⁷⁰ della Legge

www.pul.it/cattedra/upload_files/310/Legge%20fond.Repubblica%20Federale%20di%20Germania.pdf

³⁶⁴ Sul punto CARLO SCHMID sostiene che l'art. 1 GG è una "clausola generale per l'intero catalogo dei diritti fondamentali".

³⁶⁵ Corte di Giustizia Federale (BGH) 5.6.2007 – 5 StR 383/06, in *Neue Juristische Wochenschrift* 2007, 3010 (3012)

³⁶⁶ Corte di Giustizia Federale (BGH) 9.12.1988 – 2 StR 279/88, in *Neue Juristische Wochenschrift* 1989, 1228 (1229)

³⁶⁷ Art 103 GG *Diritti fondamentali nei giudizi*: «1. Dinanzi al tribunale ognuno ha il diritto di essere ascoltato nei modi stabiliti dalla legge. 2. Un'azione è punibile solo qualora la punibilità sia stata stabilita per legge prima che l'azione fosse commessa. 3. Nessuno può essere punito più di una volta per la medesima azione in base alle leggi penali di carattere generale».

Traduzione ripresa da www.pul.it/cattedra/upload_files/310/Legge%20fond.Repubblica%20Federale%20di%20Germania.pdf

³⁶⁸ GUSY, *Grundrechtsschutz der Strafverteidigung*, in *AnwBl* 1984, 225. Vedi anche, Corte Costituzionale Tedesca (BVerfGE) 38,105 in www.servat.unibe.ch/dfr/bv038105.html

³⁶⁹ Sul punto vedi, StPo §137 *Recht des Beschuldigten auf Hinzuziehung eines Verteidigers*, in *Munchener Kommentar* Rn. 3,4zur StPO, 2023.

³⁷⁰ Art 2 GG *Diritti concernenti la libertà personale*: «1. Ognuno ha diritto al libero sviluppo della propria personalità, in quanto non violi i diritti degli altri e non trasgredisca l'ordinamento costituzionale o la legge morale. 2. Ognuno ha diritto alla vita e all'integrità fisica. La libertà della persona è inviolabile. A questi diritti possono essere recate limitazioni soltanto in base ad una legge». Traduzione ripresa da www.pul.it/cattedra/upload_files/310/Legge%20fond.Repubblica%20Federale%20di%20Germania.pdf

Fondamentale in combinazione con il principio dello stato di diritto³⁷¹ ed è in definitiva radicato nella dignità umana³⁷².

IV.1.2 Cenni alla struttura del processo penale tedesco

Appare opportuno, per definire la posizione ed il ruolo del difensore nel processo penale, illustrare in modo sintetico, ma funzionale, la struttura del processo penale tedesco³⁷³.

Il processo penale di cognizione, cd. *Erkenntnisverfahren*, si articola, nel suo svolgimento ordinario e completo, in tre fasi: le indagini preliminari, cd. *Vorverfahren o Ermittlungsverfahren*, avviate a seguito di notizia di reato, condotte dal pubblico ministero, con l'ausilio della polizia, e finalizzate ad accertare se vi sia fondamento per procedere con l'azione penale e con il processo; il procedimento intermedio, cd. *Zwischenverfahren*, rivolto al controllo giurisdizionale sull'azione penale; il giudizio, cd. *Hauptverfahren*, destinato all'accertamento dei fatti oggetto dell'accusa e alla decisione del merito.

Il transito dalle indagini preliminari alla fase intermedia è determinato dall'esercizio dell'azione penale, cd. *Erhebung der Anklage*, da parte del pubblico ministero, a chiusura delle indagini. Il transito dalla fase intermedia a quella del giudizio, invece, è determinato dal provvedimento con cui il giudice, al termine dello *Zwischenverfahren*, dispone il giudizio, cd. *Eröffnungsbeschluss*. Questa decisione presuppone, a sua volta, che il giudice non abbia ritenuto di rigettare la domanda di giudizio avanzata dal pubblico ministero con l'atto di esercizio dell'azione, né di disporre l'archiviazione del procedimento.

La fase rilevante ai fini della trattazione è la prima fase di indagine, dominata dal magistrato del pubblico ministero e dalla polizia giudiziaria e finalizzata

³⁷¹ Corte Costituzionale tedesca (BVerfGE) 39, 156 (163); 66, 313 (318 s.); 68, 237 (255), in www.dejure.org

³⁷² Corte Costituzionale tedesca (BVerfGE) 57, 250 (275), in www.bundesverfassungsgericht.de

³⁷³ Per un ampio quadro si rinvia a JUY- BURMAN R., *Il processo penale in Germania*, in *Procedure penali d'Europa*, M. Chiavario ed, Padova, 2001, p 162; MAIWALD, *Il processo penale vigente in Germania*, in *Quaderni di procedura penale e diritto processuale comparato* a cura di E. Palmieri, Messina, 1992; RUGGERI, *Introduzione al sistema processuale penale tedesco*, in Galatini e Ruggeri, *Scritti inediti di procedura penale*, Trento, 1998, 87 ss

alla ricerca degli elementi di prova, alla qualificazione giuridica del fatto ed alla eventuale incriminazione dell'indagato, laddove sussista un «motivo sufficiente per promuovere l'accusa»³⁷⁴. Durante tale fase il giudice interviene solo su richiesta, avendo una funzione di garanzia per la conservazione della prova o per i diritti fondamentali della persona in caso di adozione di misure coercitive o limitative di diritti fondamentali.

IV.1.3 L'assistenza del difensore nel procedimento penale tedesco

Il Codice di procedura penale tedesco (cd. StPO) non contiene una definizione della posizione giuridica del difensore nel procedimento penale.

La disposizione centrale del § 137 StPO³⁷⁵ stabilisce solo in termini generali che l'imputato può essere assistito dal difensore in ogni stato e grado del procedimento³⁷⁶, in misura analoga a quanto previsto dall'art. 6 comma 3 lett. c) della CEDU.

La difesa tecnica non è indispensabile, come si evince dal primo comma del §137 che utilizza il termine "*kann*" con riferimento all'assistenza del difensore. Ciò significa che l'imputato "può" ma non deve servirsi di un difensore, potendo egli decidere liberamente di procedere con un'autodifesa.

³⁷⁴ Cfr. § 170, comma primo, StPO

³⁷⁵ § 137 StPO *Recht des Beschuldigten auf Hinzuziehung eines Verteidigers: «(1) Der Beschuldigte kann sich in jeder Lage des Verfahrens des Beistandes eines Verteidigers bedienen. 2 Die Zahl der gewählten Verteidiger darf drei nicht übersteigen. (2) Hat der Beschuldigte einen gesetzlichen Vertreter, so kann auch dieser selbständig einen Verteidiger wählen. 2 Absatz 1 Satz 2 gilt entsprechend».* (enfasi aggiunta sul termine kann). ((1) 1 L'imputato può farsi assistere da un difensore in ogni fase del procedimento. 2 Il numero dei difensori scelti non può essere superiore a tre. (2) 1 Se l'imputato ha un rappresentante legale, può anche scegliere autonomamente un difensore. 2 Il capoverso 1 periodo 2 si applica per analogia- traduzione non ufficiale).

³⁷⁶ Vedi M BOHLANDER, *Verteidigernotdienst im strafprozessualen Ermittlungsverfahren*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 1992

Suddetta scelta è però limitata dal § 140 StPO³⁷⁷ che individua i casi in cui l'assistenza del difensore è obbligatoria³⁷⁸.

Il secondo comma, invece, pone una clausola generale di nomina del difensore da parte della Corte «quando a causa della gravità del fatto o della difficoltà dal punto di vista fattuale o giuridico appaia necessaria la collaborazione di un difensore, oppure quando appaia evidente che l'imputato non sia in grado di difendersi da solo».

La "gravità del fatto" va determinata essenzialmente in base all'entità della pena o della misura di sicurezza irrogabili.

La "particolare difficoltà della causa dal punto di vista fattuale o giuridico" dovrà essere presunta soprattutto nel caso di processi indiziari, nonché quando soltanto ad un difensore sarebbe possibile il reperimento di un determinato materiale a discarico³⁷⁹.

³⁷⁷ § 140 StPO Difesa necessaria: «(1) Esistono vari casi di difesa necessaria se 1.È prevedibile che l'udienza principale si svolgerà in primo grado davanti al tribunale regionale superiore, al tribunale regionale o al tribunale della giuria; 2.l'imputato è accusato di un crimine; 3.la procedura può portare all'interdizione professionale; 4.l' imputato deve essere portato davanti al tribunale per decidere sulla detenzione o sull'internamento ai sensi degli articoli 115 , 115a , 128 capoverso 1 o 129 ; 5.l'imputato si trova in un istituto sulla base di un ordine del tribunale o con l'approvazione del tribunale; 6.per redigere un rapporto sullo stato psicologico dell'imputato, viene messa in discussione la sua collocazione ai sensi del § 81 ; 7.è prevedibile che venga effettuata una procedura di sicurezza; 8.il precedente difensore è escluso dalla partecipazione al procedimento con provvedimento; 9.Alla persona lesa è stato assegnato un difensore ai sensi degli articoli 397a e 406h capoversi 3 e 4; 10.Nel caso di interrogatorio giudiziale, l'intervento del difensore appare necessario data l'importanza dell'interrogatorio ai fini della tutela dei diritti dell'imputato; 11.un imputato con difficoltà visive, uditive o di parola si candida all'appuntamento. (2) Esiste un caso di difesa necessaria anche se l'intervento di un avvocato difensore appare necessario a causa della gravità del reato, della gravità delle conseguenze giuridiche previste o a causa della difficoltà della situazione di fatto o di diritto o se è chiaro che l'imputato non è responsabile puoi difendersi». (traduzione non ufficiale)

³⁷⁸ La difesa è obbligatoria, tra i tanti casi, nei processi in primo grado davanti all'*Oberlandesgericht* o al *Landgericht*, o in quelli per i delitti più gravi. Nei casi di difesa necessaria, all'imputato che ne sia privo è nominato un difensore d'ufficio, cd. *Pflichtverteidiger*.

³⁷⁹ A. ESER, *La posizione giuridica dell'imputato nel processo penale tedesco Originalbeitrag erschienen in: Il giusto processo : quaderni trimestrali di cultura giudiziaria* 11/12 (1991), S. [274]-297

IV.1.4 Il ruolo del difensore nella fase di *pre trial*

Secondo la più recente dottrina³⁸⁰, tra le funzioni che il difensore svolge vi è senza dubbio quella investigativa. Essa trova fondamento costituzionale nella presunzione di innocenza e nel principio del giusto processo.

Il difensore, al pari del pubblico ministero, ha diritto di assistere all'interrogatorio dell'imputato condotto dal giudice o dal pubblico ministero³⁸¹. Non ha invece diritto di assistere all'interrogatorio condotto dalla polizia; nella prassi, tuttavia, il difensore viene per lo più ammesso, al fine di evitare che l'imputato si avvalga del diritto di non rispondere³⁸².

L' StPO, però, non regola le attività che il difensore può compiere nella fase delle indagini preliminari parallelamente a quelle svolte dal pubblico ministero³⁸³, cd. *Herrin des Ermittlungsverfahrens*, minacciando l'equilibrio tra i poteri dell'accusa e della difesa³⁸⁴.

Nella maggior parte dei casi, la difesa adotta in questa fase un ruolo passivo: assiste e controlla le attività del pubblico ministero e del giudice³⁸⁵, senza alcuna autorità di intervento³⁸⁶. Egli ha piuttosto una funzione di impulso dell'attività istruttoria del giudice attraverso la cd. *Der Beweisantrag*, ovvero una istanza probatoria che può essere sottoposta al giudice in ogni fase del procedimento.

³⁸⁰ Vedi Commento §137 StPO, *Beck'sches Formularbuch für den Strafverteidiger* 6, beck-online Die Datenbank, 2018

³⁸¹ Durante le indagini, al più tardi prima della loro chiusura, l'imputato deve essere interrogato almeno una volta. In ogni caso, prima dell'inizio del primo interrogatorio, deve essergli contestato il fatto per il quale si indaga nei suoi confronti, con le relative disposizioni di legge. Deve poi essere avvertito della facoltà di non rispondere e della facoltà, in ogni tempo e già prima dell'interrogatorio, di consultarsi con un difensore di sua fiducia, nonché della facoltà di presentare richiesta di prove a discarico. Se del caso deve essere anche avvertito della possibilità di presentare dichiarazioni scritte e di richiedere un confronto con la persona offesa. L'imputato deve essere comunque messo in condizione di contestare pienamente tutti gli elementi a suo carico.

³⁸² Cfr. JARVERS, *Profili generali del diritto processuale penale tedesco*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, 930 ss

³⁸³ Il potere investigativo generale del pubblico ministero è disciplinato dal § 161 StPO.

³⁸⁴ C. HAHN, B. MUGDAN, *Die gesamten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen*, in *Abteilung*, 2, 1983, p. 67 ss. e 151 ss.

³⁸⁵ Vedi, M. BOHLANDER, *Principles of German criminal procedure*, in *Studies in International and Comparative Criminal Law*, II ed., London, Bloomsbury Publishing, p. 69 ss.

³⁸⁶ Sul punto vedi, W. BEULKE-S. SWOBODA, *Strafprozessrecht*, XVI ed, Muller C.F., 2022, p. 100 ss.

Il più importante strumento di controllo è disciplinato dal §147 StPO³⁸⁷ che consente al difensore di visionare il fascicolo del pubblico ministero, a disposizione del tribunale, e di ispezionare le prove. Fa parte del fascicolo tutto ciò che viene presentato in caso di rinvio a giudizio.

Questa attività è consentita in ogni stato processuale e quindi anche durante le indagini preliminari, salvo che attraverso la visione potrebbero essere messi in pericolo i risultati delle indagini, come, a titolo esemplificativo, l'esecuzione di un atto a "sorpresa".

L'ispezione dei fascicoli è il processo più importante per la formazione di una difesa efficace. Quanto prima il difensore viene a conoscenza del fascicolo, tanto più può influenzare il prosieguo delle indagini attraverso mozioni o suggerimenti. In questo modo è possibile riconoscere e correggere errori investigativi fatali della polizia o del pubblico ministero. Senza accesso ai

³⁸⁷ §147 StPO Diritto di consultazione dei fascicoli, diritto di consultazione: «Il diritto all'informazione dell'imputato: (1) L'avvocato difensore è autorizzato a consultare i fascicoli a disposizione del tribunale o che dovrebbero essergli presentati in caso di accusa, nonché a verificare le prove ufficialmente archiviate. (2) 1 Se la conclusione dell'indagine non è ancora stata messa agli atti, al difensore può essere negato l'accesso agli atti o a singole parti degli atti nonché la consultazione delle prove ufficialmente archiviate nella misura in cui ciò possa mettere a repentaglio lo scopo dell'indagine. 2 Se sussistono i presupposti della prima sentenza e l'imputato si trova in custodia cautelare o se ciò è stato richiesto in caso di arresto provvisorio, le informazioni essenziali per valutare la liceità della privazione della libertà devono essere messe a disposizione del difensore in modo appropriato; Di norma a questo riguardo deve essere concesso l'accesso ai fascicoli. (3) La consultazione dei verbali degli interrogatori dell'imputato e delle indagini giudiziarie alle quali l'avvocato difensore è stato o avrebbe dovuto essere presente, nonché le relazioni degli esperti, non può essere negata all'avvocato difensore presso qualsiasi punto del procedimento. (4) 1 L'imputato che non dispone di un difensore è autorizzato, secondo i paragrafi da 1 a 3, a consultare gli atti e a controllare, sotto controllo, le prove ufficialmente conservate, a condizione che lo scopo dell'indagine non possa essere messo in pericolo altro procedimento penale e sia prevalentemente meritevole di tutela non siano in conflitto con gli interessi di terzi. 2 Se gli incartamenti non sono conservati elettronicamente, invece di consultarli gli possono essere messe a disposizione copie degli incartamenti. (5) 1 Sulla concessione dell'accesso agli atti decide la procura, altrimenti il presidente del tribunale competente, nella fase preparatoria e dopo la conclusione giuridica del procedimento. 2 Se il pubblico ministero rifiuta di consultare gli atti dopo avervi annotato la conclusione dell'indagine, se rifiuta di consultare gli atti secondo il capoverso 3 o se l'imputato non è in libertà, può essere adottata una decisione del tribunale richiesto dal tribunale competente ai sensi dell'articolo 162_3 Gli articoli da 297 a 300, 302, da 306 a 309, 311a e 473a si applicano per analogia. 4 Queste decisioni non sono motivate se la loro divulgazione potrebbe compromettere lo scopo dell'inchiesta. (6) 1 Se il motivo del rifiuto di accesso agli atti non è ancora scomparso, il pubblico ministero revoca l'ordinanza al più tardi alla conclusione delle indagini. 2 Il difensore o l'imputato che non dispone di un difensore deve essere informato non appena il diritto di consultazione degli atti è tornato illimitato». (Traduzione non ufficiale). Per un commento sull'articolo, vedi, KAMPFER/TREVIS, StPO §147, in *Munchener Kommentar zur StPO*, II ed., C.H.Beck-online, 2023

fascicoli, il difensore non può avere una visione d'insieme dell'andamento delle indagini.

E' da notare che durante la fase delle indagini preliminari, la decisione sulla consultazione dei fascicoli spetta al pubblico ministero, avverso la cui decisione di rifiuto, in alcuni casi, può essere proposto appello.

Ciò va ancor di più a delineare lo squilibrio tra le parti nella fase di *pre-trial*, con la possibilità dell'accusa, non solo, di compiere tutti le indagini necessarie, ma soprattutto di decidere discrezionalmente se sottoporre il fascicolo alla visione del difensore prima del processo.

In ogni caso il difensore può accedere ai verbali degli interrogatori dell'imputato e degli atti di indagine a cui il difensore era o avrebbe dovuto essere presente, nonché ai pareri degli esperti.

Il difensore può informare l'assistito oralmente del contenuto del fascicolo. Egli ha la possibilità di estrarre fotocopie degli atti, salvo laddove ciò consentirebbe all'imputato di concordare le proprie dichiarazioni con quelle di altri imputati o di pervenire ad un inquinamento delle prove³⁸⁸.

L'articolo tende di farsi carico dei limiti a cui va incontro il difensore per compiere proprie indagini, nella fase di *pre trial*.

Invero, il difensore può svolgere proprie indagini³⁸⁹ solo attraverso una cooperazione volontaria di altri soggetti, senza possibilità di esercitare un potere o chiedere al giudice di intervenire coattivamente. Inoltre, non può compiere indagini che vadano a porre in pericolo l'attività investigativa dell'accusa.

In linea di principio, non c'è alcun dubbio che il difensore debba procedere ad attività investigativa parallelamente all'accusa, ma non è presente alcuna regolamentazione chiara in merito.

Sul punto, stante la lacuna del StPO, è intervenuta la giurisprudenza, supportata dalla dottrina che hanno individuato diverse misure investigative³⁹⁰.

³⁸⁸ Sul punto vedi, in generale, A. ESER, *op. cit.*

³⁸⁹ Sulle indagini difensive si veda: IGNOR, PETER, in *Beck'sches Formularbuch für den Strafverteidiger*, StPO §137, VI Ed., 2018.

³⁹⁰ P. RACKOW, *Diritti e poteri della difesa nella fase delle indagini preliminari secondo il codice di procedura penale tedesco*, in L. Filippi, P Gualtieri, P. Moscarini, A. Scalfati, (a

Il difensore ha il diritto di interrogare i testimoni prima dell'udienza principale, purché non si avvalga di mezzi illeciti per farlo³⁹¹. Per l'utilizzazione di questi atti in dibattimento è preferibile che il difensore presenti per iscritto al testimone tutte le informazioni della causa e che certifichi per iscritto il consenso del teste a rendere dichiarazioni. Resta, comunque, il limite di utilizzabilità in dibattimento se il testimone si rifiuta di rendere testimonianza.

Il difensore può, poi, procedere alla verifica dello stato dei luoghi o all'ottenimento di prove attraverso: foto, prelievi ematici, verifica dello stato mentale, verifica dei danni.

Durante lo svolgimento di questi esami è suggerito al difensore di richiedere la presenza del pubblico ministero o del giudice, affinché in dibattimento i risultati possono essere ritenuti credibili³⁹².

Al fine di garantire una completezza delle indagini, il difensore può nominare propri esperti.

Rispetto al potere investigativo del pubblico ministero, il difensore ha un potere limitato di ottenere informazioni dalle autorità o da terzi, mentre, ha gli stessi diritti a porre domande, a rilasciare chiarimenti, a formulare richieste probatorie spettanti all'imputato.

La difesa tecnica assume un ruolo attivo solo dopo l'eventuale esercizio dell'azione penale. Maggiori poteri difensivi sono infatti esercitabili nella successiva fase intermedia, in cui l'accusato può infatti richiedere l'acquisizione di prove a discarico. È comunque solo nel giudizio dibattimentale che si instaura concretamente il confronto dialettico con l'accusa e sono quindi esercitabili da parte dell'imputato tutti i diritti derivanti dal principio del contraddittorio nella formazione della prova.

cura di), *La circolazione investigativa nello spazio giuridico europeo: strumenti, soggetti, risultati*, Padova, Cedam, 2010, p. 282. Cfr. JUNGFER, *Eigene Ermittlungstätigkeit des Strafverteidigers – Strafprozessuale und standesrechtliche Möglichkeiten und Grenzen*, StV 1981, 100.; König, *Wege und Grenzen eigener Ermittlungstätigkeit des Strafverteidigers*, StraFo 1996, 98 ss.

³⁹¹ Meyer-Goßner/Schmitt, *Vor § 137 in StPO Kommentar*, C.H. Beck, 2024

³⁹² Vedi, *Richtlinien für das Strafverfahren und das Bußgeldverfahren* (Linee guida per per il procedimento penale e il procedimento sanzionatorio) in www.verwaltungsvorschriften-im-internet.de/bsvwbund_28032023_BMJRB3313104000060001.htm

Una parte della dottrina tedesca ritiene che questa “passività” del difensore nella fase delle indagini preliminari è giustificata sia dal fatto che i risultati investigativi a sostegno dell'accusa, cd. *Anklageschrift o Strafbefehlsantrag*, sono sottoposti al giudizio del giudice così come l'intero dossier e sono controllati rigorosamente prima di essere ammessi nel processo; sia dalla possibilità per la difesa di proporre commenti avversi su tali risultanze³⁹³.

Si tiene in considerazione anche il punto di vista pragmatico ed economico, che porta alcuni avvocati a restare passivi per minimizzare i costi per i clienti. In senso opposto, altra parte della dottrina sostiene che, nella fase *di pre trial*, la posizione di per sé debole del difensore diviene sempre più problematica e deve essere contrastata con il rafforzamento dei diritti del difensore³⁹⁴, attraverso una "riforma della procedura investigativa"³⁹⁵.

IV.2 Le indagini difensive in Spagna

IV.2.1 La tutela costituzionale del diritto di difesa

Il diritto di difesa è riconosciuto dalla Costituzione Spagnola³⁹⁶ sia come un diritto soggettivo, che assicura la libertà dell'individuo contro l'ingerenza dei poteri pubblici, sia come baluardo fondamentale dell'ordine costituzionale³⁹⁷. Si caratterizza per avere una doppia sfaccettatura: da un lato, ha un impatto sul diritto alla libertà personale sancito dall'articolo 17.3 CE³⁹⁸ e, d'altra parte,

³⁹³ M. BOHLANDER, *Principles of german criminal procedure*, cit., pp 69 ss.

³⁹⁴ W. HASSEMER, *Gesamtreform des Procedura Penale*, ed. Schreiber/Wassermann 1987, pp. 143 ss.

³⁹⁵ E. MÜLLER, *Bemerkungen zu den Grundlagen der Reform des Ermittlungsverfahrens*, AnwBl 86 (1986),50 s.

³⁹⁶ La Costituzione Spagnola (CE) è la fonte suprema del diritto nell'ordinamento giuridico spagnolo, approvata il 6 dicembre 1978, promulgata il 27 dicembre ed entrata in vigore il 29 dicembre dello stesso anno, giorno della pubblicazione nel *Boletín Oficial del Estado*. Essa è stata la conseguenza di un processo storico denominato “Transizione spagnola” che convertì il regime franchista in una monarchia parlamentare.

³⁹⁷ Sul punto, M LOURDES NOYA FERREIRO, *Derecho de defensa e intervención de las comunicaciones de los Abogado*, Tirant lo blanch, Valencia, 2018, p. 22

³⁹⁸ Art. 17.3 CE: «1. Ogni persona ha diritto alla libertà e alla sicurezza. Nessuno può essere privato della sua libertà se non con l'osservanza di quanto stabilito in questo articolo e nei casi e nella forma previsti dalla legge. 2. La detenzione preventiva non potrà durare più del tempo strettamente necessario per la realizzazione degli accertamenti tendenti al chiarimento dei fatti, e in ogni caso il detenuto dovrà essere messo in libertà o a disposizione dell'autorità giudiziaria nel termine massimo di 72 ore. 3. Ogni persona detenuta deve essere informata immediatamente e in modo comprensibile dei propri diritti e delle ragioni della sua detenzione, non potendo essere obbligata a fare ammissioni. E' garantita al detenuto

incide sul diritto a una protezione giudiziaria effettiva e a un giusto processo, principio sancito nell'articolo 24 CE³⁹⁹. Proprio su quest'ultimo punto preme in questa sede soffermarsi.

Il diritto di difesa si manifesta in diversi modi: il diritto all'autodifesa, cd. Difesa materiale, e il diritto alla difesa formale o tecnica.

La cd. difesa materiale si concretizza in una serie di diritti che l'imputato può esercitare in base alle sue volontà, come il diritto a non fare dichiarazioni contro se stessi e il diritto al silenzio; la difesa formale si esplica, invece, nell'assistenza legale dell'avvocato. Si tratta di due manifestazioni dello stesso diritto, tra loro legate ed inseparabili⁴⁰⁰.

L'art. 24 CE costituisce la pietra angolare del sistema costituzionale dei diritti e delle libertà in ambito giudiziario e rappresenta lo strumento che garantisce la protezione della libertà della persona⁴⁰¹.

In esso si ritrova il riconoscimento di quel fascio di garanzie processuali affermate dall'art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e dall'art. 14 del Patto internazionale sui diritti civili e politici.

E' singolare che la costituzione spagnola nel sancire il diritto di difesa usi una formula negativa "proibizione dell'indifesa"⁴⁰², con la quale si fa

l'assistenza di un avvocato negli adempimenti di polizia e giudiziari, nei termini stabiliti dalla legge. 4. La legge disciplinerà un procedimento di Habeas Corpus per ottenere l'immediata messa a disposizione del giudice di qualsiasi persona detenuta illegalmente. Similmente, a mezzo di legge sarà determinato il termine massimo di carcerazione provvisoria». Traduzione ufficiale ripresa da www.boe.es/buscar/pdf/1978/BOE-A-1978-40003-consolidado.pdf

³⁹⁹ Art. 24 CE: «1. Tutte le persone hanno il diritto di ottenere tutela effettiva dai giudici e dai tribunali nell'esercizio dei loro diritti e interessi legittimi senza che, in nessun caso, possa verificarsi la mancanza di difesa. 2. Similmente tutti hanno diritto al giudice naturale predeterminato dalla legge, al patrocinio legale, a essere informati dell'accusa formulata contro di loro, a un processo pubblico senza indebite dilazioni e con tutte le garanzie, a utilizzare i mezzi di prova pertinenti alla loro difesa, a non fare ammissioni contro se medesimi, a non confessare la propria colpevolezza e alla presunzione di innocenza. La legge regolerà casi in cui a causa di parentela o di segreto professionale non sussisterà obbligo a rendere dichiarazioni circa presunti reati». Traduzione ufficiale ripresa da www.boe.es/buscar/pdf/1978/BOE-A-1978-40003-consolidado.pdf

⁴⁰⁰ Così, J. M. ASENSIO GALLEGO, *El derecho al silencio como manifestacion del derecho de defensa*, Tirant lo blanch, Valencia, 2017, p. 140.

⁴⁰¹ Per un commento di tale disposizione si veda Díez-Picazo, Gímenez, *Artículo 24: Garantías procesales*, in O. Alzaga Villamil, *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Madrid, Edersa, 1996, III, 19 ss.

⁴⁰² V., STS, 5 dicembre 2012, N. 974/2012

riferimento ad una tutela effettiva⁴⁰³ che ricomprende: il diritto a conoscere dell'accusa; il diritto al silenzio e a non autoincriminarsi; il diritto all'assistenza del difensore; il diritto ad utilizzare tutte le misure utili per l'esercizio effettivo del diritto di difesa.

Il secondo comma dell'art.24 disciplina una manifestazione del più generale diritto di difesa, un'articolazione di tale diritto nel procedimento penale⁴⁰⁴: l'“*asistencia de letrado*”.

Per la dottrina, «la ragione del diritto all'*asistencia letrada* e la ragione che essa sia obbligatoria bisogna cercarla nella complessità del processo, nella specialità del diritto e nell'esigenza di garantire la parità delle armi tra le parti»⁴⁰⁵.

Questo principio è incluso nel quadro generale del principio accusatorio e della tutela giudiziale effettiva, tale da dover essere garantito in tutte le fasi del processo⁴⁰⁶. Spetta allo Stato, come titolare dello *ius puniendi*, e in concreto ai Tribunali, garantirne l'effettività, tale che non può iniziare un processo senza la presenza dell'avvocato dell'imputato⁴⁰⁷.

IV.2.2 Il diritto di difesa nel sistema giuridico spagnolo

La regolazione del diritto di difesa si è rinforzata notevolmente per effetto della LO 13/2015 che ha comportato la modifica dell'art. 118 LECrim.

Fino al 1978, l'art. 118 segnalava “*l'auto de procesamiento*” come il momento a partire dal quale dovevano essere riconosciute le garanzie all'imputato, compresa la designazione dell'avvocato e del procuratore. Di

⁴⁰³ Come dice M LOURDES NOYA FERREIRO, *Derecho de defensa e intervención*, cit. , p. 26, “*No hay en la Constitución una referencia expresa al principio de contradicción, pero su reconocimiento se entiende implícito en el art. 24, nel declarar el derecho a la tutela judicial efectiva prohíbe la indefensión*” (“*La Costituzione non contiene alcun riferimento esplicito al principio del contraddittorio, ma il suo riconoscimento è implicito nell'art. 24, che afferma che il diritto a una tutela giurisdizionale effettiva vieta l'assenza di difesa*”).

⁴⁰⁴ Vedi, MORENO CATENA, *Algunos problemas del derecho de defesna*, en “*Justicia*”, num. 3. 1990, pag. 562.

⁴⁰⁵ Così, A. SOLDADO GUTIERREZ, *El derecho del detenido a la asistencia letrada*, in *Justicia: Revista de Derecho Procesal*, n.3, Bosch, 1989, pp. 613

⁴⁰⁶ M. R. GONZALEZ, B. INAKI RIANO, *Derecho y defensas del investigado en el proceso penal*, Thomson Reuters Aranzadi, 2022, p. 26

⁴⁰⁷ J.M. ONA NAVARRO, *El Derecho de defensa en la fase de instrucción del proceso penal edn la doctrina del Tribunal Constitucional*, en *Constitución y Garantía Penales, Cuadernos de Derecho Judicial*, XV, Madrid, p. 175

conseguenza, prima di adottare questa risoluzione, il giudice dell'istruzione poteva interrogare un soggetto senza dirgli di cosa e perché era sospettato e senza provvedere all'assistenza del difensore⁴⁰⁸.

Con la Legge 53/1978 si modificò l'art. 118 LECrim, garantendo la difesa da quando si comunicava l'esistenza di un'indagine, o si era sottoposti a detenzioni o destinatari di misure cautelare.

Con la LO 13/2015 l'articolo in esame è stato maggiormente adattato agli artt. 17 e 24 CE. Il nuovo testo presenta le seguenti novità: enunciazione dei diritti strumentali al diritto di difesa; regolamentazione più dettagliata del diritto alla conoscenza dell'accusa; riconoscimento espresso del diritto all'assistenza legale durante tutte le fasi del processo; indicazione del regime riservato alle comunicazioni tra l'indagato o imputato e il suo avvocato.

Il diritto di difesa sorge con l'attribuzione dell'atto punibile, sia che avvenga attraverso la denuncia o l'accusa, l'arresto, l'adozione di una misura cautelare, l'azione penale o la citazione in giudizio come imputato o accusato, e dura fino alla scadenza della pena.

Il primo paragrafo dell'articolo riconosce il diritto di difesa con un contenuto minimo essenziale, individuato nel diritto del soggetto passivo di intervenire nel procedimento.

Suddetto contenuto essenziale si articola, poi, attraverso una serie di diritti strumentali, sui quali il soggetto passivo deve essere informato il più presto possibile, al fine di consentire l'effettivo esercizio della difesa.

In primis, si richiede che il soggetto sia a conoscenza dell'accusa: è previsto il diritto di essere informato dei fatti che gli sono stati attribuiti, e di qualsiasi cambiamento nell'oggetto dell'indagine e dei presunti fatti.

Viene, poi, espressamente riconosciuto il diritto di esaminare il procedimento con il dovuto preavviso e, comunque, prima di fare alcuna dichiarazione. Questa disposizione (art. 118.1 lett. (b) costituisce la più grande novità apportata dalla direttiva 2013/48/UE ed è la concretizzazione di quel "diritto ad intervenire nel procedimento". Tale facoltà è, però, limitata in quelle

⁴⁰⁸ Sul punto, J. MUERZA ESPARZA, *Las reformas procesales penales de 2015. Nuevas medidas de agilización, de investigación y de fortalecimiento de garantías en la justicia penal*, Editorial Aranzandi, 2016, p. 148

situazioni, indicate dall'art. 302 LECrim, in cui si deve osservare il segreto sommario per evitare un rischio grave per la vita, la libertà o l'integrità fisica di un'altra persona, o per assicurare che il processo non subisca una minaccia grave che potrebbe mettere in pericolo lo svolgimento del procedimento.

Indeterminato appare, invece, il cd. diritto di agire nel procedimento, ex art. 118.1 (c), che ha la finalità di garantire una parità di armi tra le parti.

E' sancito, poi, il diritto all'assistenza legale⁴⁰⁹, con la nomina di un avvocato, salvo quando è designato d'ufficio, che sarà presente in tutte le dichiarazioni dell'indagato/imputato nonché nelle procedure di riconoscimento, confronto e ricostruzione dei fatti, con un ruolo attivo e non di mera presenza.

Diversamente, il procuratore svolge una funzione di rappresentanza del cittadino sottoposto a giudizio.

L'effettività del diritto all'assistenza legale richiede il rispetto della riservatezza delle comunicazioni che avvengono tra avvocato e imputato, alle condizioni indicate dal quarto paragrafo dell'articolo in esame.

La lista delle garanzie spettanti all'indagato/imputato si completa con il diritto al silenzio, inteso sia nel senso di non rilasciare dichiarazioni se non lo si desidera e di non rispondere a una o più delle domande che vengono poste; sia come il diritto a non testimoniare contro se stessi e a non confessare.

Si ribadisce, infine, che l'indagato/imputato deve essere informato di tutte le sue garanzie in un linguaggio a lui comprensibile e che ha accesso libero all'interpretazione e traduzione in tutte le fasi del procedimento e di tutti i documenti.

Questo insieme di garanzie e diritti sono strettamente collegati al principio del contraddittorio che vige nel procedimento penale e che richiede un giusto equilibrio tra le parti ed il rispetto di un'eguaglianza delle armi⁴¹⁰. Sorge, dunque, la necessità che le parti abbiano gli stessi mezzi di attacco e di difesa e identiche possibilità e carichi di allegazioni, prove e impugnazioni, al fine di evitare squilibri nelle rispettive posizioni.

⁴⁰⁹ Sul punto, la STS (Sala de lo Penal Tribunal Supremo), 9 febbraio 2012, 79/2012

⁴¹⁰ V., M. L. NOYA FERREIRO, *Derecho de defensa e intervencìon de las comunicaciones de los Abogado*, Tirant lo blanch, Valencia, 2018, p.24

IV.2.3 Caratteristiche principali del processo penale spagnolo

Il sistema processuale spagnolo si caratterizza per la varietà di forme processuali. Esso si fonda essenzialmente su due giudizi ordinari e vari procedimenti speciali concernenti i delitti ed un procedimento specifico per le *faltas*⁴¹¹.

In particolare, per i delitti più gravi, puniti con pena detentiva uguale o superiore a nove anni, è previsto che si proceda con giudizio ordinario, mentre per quelli puniti con pena detentiva non superiore a nove anni o con qualsiasi altra pena di differente natura, unica, congiunta o alternativa, qualunque ne sia la quantità o durata, è previsto che si proceda con il giudizio *abreviado*⁴¹². Le *faltas* sono invece sottoposte ad uno specifico procedimento, ex artt. 962 e ss. LECrim⁴¹³.

Quanto ai procedimenti speciali tra questi vanno annoverati: il procedimento per l'istruzione rapida di determinati delitti; il procedimento avanti al *Tribunal del Jurado*; il procedimento minorile; il procedimento di *habeas corpus*.

Altra caratteristica dell'ordinamento spagnolo è la pluralità delle parti accusatrici. Invero, l'azione penale, sebbene obbligatoria, non è monopolio del pubblico ministero, cd. *ministerio fiscal*⁴¹⁴, esistendo accanto a questo altre tre parti legittimate ad esercitarla: l'*acusador popular*, l'*acusador particular* e l'*acusador privado*.⁴¹⁵

⁴¹¹ Per un approfondimento si veda, G. QUINTERO OLIVARES, *La justicia penal en Espana*, Aranzadi, Pamplona, 1998, p. 152 ss.

⁴¹² Cfr. Art. 757 LECrim

⁴¹³ Tale procedimento, di competenza dei giudici istruttori o dei giudici di pace o, dopo il 2004, del Juez de Violencia sobre la Mujer, secondo i criteri fissati dall'art. 14 comma 1 n. 1 della Ley de Enjuiciamiento Criminal, si caratterizza per la massima semplificazione, ottenuta attraverso la contrazione della fase istruttoria e l'obbligo di procedere immediatamente alla celebrazione del giudizio orale, già avanti il Juez de Guardia oppure al massimo entro sette giorni, art. 964 della Ley de Enjuiciamiento Criminal.

⁴¹⁴ Egli trova la sua disciplina in un'apposita fonte regolatrice, la Ley 30 dicembre 1981, n. 50, cd. Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, che lo configura come un organo pubblico «colaborador de la jurisdicción», che esercita le sue funzioni secondo i principi di «unidad de actuación» e di «dependencia jerárquica».

⁴¹⁵ E' bene notare che le parti accusatrici, con la sola esclusione del Ministerio Fiscal, che decidano di partecipare al processo devono farlo attraverso un avvocato, se il processo ha ad oggetto un delitto, mentre la difesa tecnica non è necessaria nel caso si proceda per una falta. Sulla molteplicità dei soggetti accusatori si veda, tra i tanti, R.M. GERACI, Le parti accusatrici nel processo penale spagnolo, in Proc. Pen. Giust., 3, 2019.

L'obbligatorietà cade in capo al *Ministerio Fiscal* per i reati pubblici⁴¹⁶ e per quelli semipubblici; mentre l'*acusador popular*⁴¹⁷ e *particular*⁴¹⁸ hanno solo una mera facoltà di esercitare l'azione penale rispettivamente per i reati pubblici e per reati pubblici e semipubblici. Per i reati privati, invece, l'unico legittimato ad esercitare l'azione penale è l'*acusador privado* che è anche l'unico a sostenerlo durante l'intero arco del processo.

Il processo ordinario è costituito da tre fasi distinte: istruzione, fase intermedia e giudizio orale⁴¹⁹.

L'istruzione preliminare prende il nome di *sumario* nel processo comune per delitti gravi⁴²⁰, con la finalità di accertare se vi siano elementi di responsabilità sufficienti per la celebrazione del giudizio attraverso l'attività di indagine del giudice istruttore, del *Ministerio Fiscal* e della polizia giudiziaria.

Il giudice istruttore coordina le indagini attraverso l'operato della polizia giudiziaria per raccogliere le prove pertinenti e per identificare gli autori del reato. Il *Ministerio Fiscal* deve essere tenuto informato per tutta la durata dell'indagine penale e può chiedere al giudice istruttore di eseguire tutti gli atti investigativi che ritiene opportuni.

La fase intermedia è deputata al controllo giurisdizionale sulla scelta di esercitare l'azione penale che può culminare con la pronuncia di rinvio a giudizio e, dunque, l'apertura della fase dibattimentale o con l'archiviazione.

⁴¹⁶ I "reati pubblici" corrispondono ai reati perseguibili d'ufficio nell'ordinamento italiano. Nel sistema spagnolo ove il codice penale non ne specifica, il reato si considera pubblico. Si tratta quindi di una categoria "residuale" dal punto di vista concettuale, ma largamente maggioritaria sotto il profilo quantitativo.

⁴¹⁷ E' il cittadino spagnolo che, pur non essendo offeso, decide di esercitare l'azione penale.

⁴¹⁸ E' il soggetto, anche cittadino straniero, titolare ad esercitare l'azione penale per reati pubblici e semipubblici in quanto rivestito, in relazione ad essi, il ruolo di persona offesa. Cfr. art. 270 comma 2 della Ley de Enjuiciamiento Criminal.

⁴¹⁹ Per un approfondimento sul procedimento penale spagnolo si veda, ASENICO MELLADO, *Derecho procesal penal*, Valencia, 2004; DE LA OLIVA SANTOS, AA.VV., *Derecho procesal penal*, Madrid, 2007; GIMENO SENDRA, *Derecho procesal penal*, Madrid, 2004; J.E. ZAVALA BAQUERIZO, *Tratado de derecho procesal penal*, 2004; COBO DEL ROSAL, QUINTANAR DIEZ E ZABALA LOPEZ- GOMEZ, *Derecho procesal penal espanol*, Madrid, 2006.

⁴²⁰ Non si tratterà del giudizio abbreviato in tale sede, ma appare opportuno sottolineare che in esso la prima fase viene denominata *diligencias previas* o *diligencias urgentes*. Nel procedimento per delitti lievi, non esiste una vera propria fase di istruzione.

IV.2.4 I limiti dell'attività difensiva nella fase delle indagini

L'art. 24.2 CE sancisce che a tutti deve essere garantito il diritto di difesa ma non indica il momento a partire dal quale questo diritto è riconosciuto nel processo. Questo dato è da ricercare nell'art. 118.1 LECrim: «desde que se le comunique existencia de un hecho punible, haya sido objeto de detención o de cualquier otra medida cautelar o se haya acordado su procesamiento, a cuyo efecto se le instruirá». Dunque, «la nascita e la fine del diritto di difesa coincide con la nascita e la fine della condizione passiva del soggetto nel procedimento penale, perché è in questi momenti che nasce e finisce lo ius puniendi dello Stato»⁴²¹.

Il momento più critico per l'effettività della garanzia del diritto di difesa è la fase istruttoria, in cui si svolgono le azioni volte alla preparazione del processo e le procedure investigative necessarie per accertare e registrare la commissione dei reati con tutte le circostanze che possono influenzare la loro qualificazione e la colpevolezza degli indagati⁴²², ex art. 299 LECrim.

Indubbiamente, l'assistenza legale in fase istruttoria costituisce una garanzia per l'indagato, poiché secondo le parole della CEDU «il soggetto si trova spesso in una situazione di particolare vulnerabilità in questa fase del procedimento, effetto amplificato dal fatto che il diritto processuale penale tende a diventare sempre più complesso, soprattutto per quanto riguarda le regole che disciplinano la raccolta e l'uso delle prove»⁴²³.

⁴²¹ PABLO GARCIA MOLINA, *La defensa letrada de las personas físicas en la fase de instruccion*, Aranzadi, 2020, p. 81

⁴²² Il soggetto di un'indagine penale condotta dal giudice istruttore è chiamato *investigado*. L' *encasado* è la persona nei confronti della quale il giudice istruttore ha emesso un'ordinanza che conclude l'accertamento dei fatti e prosegue il procedimento per la preparazione del processo orale. L' *acusado* è la persona contro la quale sono state formulate le accuse da parte dell'accusa e approvate dal tribunale con la relativa ordinanza di apertura del processo orale.

⁴²³ Corte Edu, 24 ottobre 2013, Affaire navone et autre c. Monaco. V. anche, Corte Edu. 16 luglio 2009, Potapov c. Russia; Corte Edu, 10 agosto 2006, Padalov c. Bulgaria; Corte Edu, 15 febbraio 2005, Steel e Morris c. Regno Unito; Corte Edu, 13 febbraio 2003, Bertuzzi c. Francia.

Ciò nonostante, prima delle varie riforme della LECrim, l'avvocato poteva limitarsi «a consigliare, a richiedere determinate procedure, a chiedere l'iscrizione a verbale di qualche incidente e poco altro»⁴²⁴

Oggi la partecipazione dell'avvocato a questa fase del processo penale è, fortunatamente, molto più ampia. L'avvocato deve essere informato in ogni caso della pratica di ogni diligenza affinché possa comparirvi, ma il suo intervento è obbligatorio⁴²⁵ solo in tutti quegli atti investigativi che non possono essere ripetuti nel dibattimento orale, al fine di rispettare il principio del contraddittorio.

Ciò è sancito dall'art. 302 LECrim che riconosce alle parti che sono venute a conoscenza del procedimento di intervenire in tutti gli atti.

In virtù di ciò, in questa fase viene riconosciuto anche il diritto di essere ascoltati, quale diritto giuridico naturale del processo.

L'indagato ha diritto di conoscere il procedimento; sollecitare la "*practica de diligencias*" e partecipare a questi in contraddittorio, salvo se gli atti di dichiarano segreti; a presentare osservazioni a sua difesa; esporre i fatti del caso, nonché richiedere l'adozione di misure investigative a sostegno della sua posizione.

Garantire il diritto di difesa in ogni fase del procedimento, comporta apprestare mezzi idonei per assicurare il rispetto del principio di parità delle armi anche nella fase istruttoria.

In questo senso la LECrim presenta una lacuna⁴²⁶ che non può essere ignorata, ovvero non disciplina i poteri investigativi del difensore, né gli atti e né le modalità con cui il difensore può svolgere indagini parallelamente all'accusa, né l'utilizzabilità nel processo delle eventuali risultanze investigative.

⁴²⁴ A. MONTES REYES, *Problemática del derecho de defensa en el proceso penal español*, in AA. VV., *La Reforma del Proceso Penal: Il congreso de Derecho Procesal de Castilla y León*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1989, p. 824

⁴²⁵ Il Tribunale Costituzionale ha più volte ribadito che la loro presenza non è necessaria in ogni singolo atto. *Vid.* La STC 229/199, de 13 de diciembre (RTC 1999,22).

⁴²⁶ P. GARCIA MOLINA, *La defensa letrada de las personas físicas en la fase de instruccion*, *cit.*, dice che: «algunos partidos políticos reconocen expresamente en sus programas electorales la igualdad de armas entre el abogado y el Ministerio Fiscal» («alcuni partiti politici riconoscono espressamente nei loro manifesti elettorali la parità di armi tra avvocato e pubblico ministero»).

Invero, la LECrim fa riferimento solo alla possibilità per il difensore di proporre ulteriori iniziative al giudice a sostegno della posizione del suo assistito, in modo che la sua azione possa influenzare il contenuto della decisione giudiziaria, riconoscendogli un ruolo attivo ma di certo non autonomo⁴²⁷.

IV.3 Diritti e poteri della difesa in Francia

L'espressione "diritti della difesa" non appare espressamente nella Costituzione Francese, che è stata sottoposta ad un'intensa integrazione giurisprudenziale sul punto. "I diritti della difesa" sono stati riconosciuti come principio fondamentale dal Consiglio Costituzionale francese⁴²⁸; come diritto fondamentale collegato all'articolo 16 della Dichiarazione dei diritti dell'Uomo⁴²⁹; come principio generale del diritto dal Consiglio di Stato⁴³⁰; un "diritto naturale" dalla Corte di Cassazione⁴³¹. Nessuna di queste giurisdizioni ha però tentato una definizione.

IV.3.1 Il ruolo dell' "article préliminaire" nell'interpretazione garantista del codice di procedura penale

L'ordinamento processuale penale francese è stato oggetto di una profonda innovazione grazie a due importanti fenomeni: la "costituzionalizzazione del diritto penale", intesa come la fissazione dei principi fondamentali a garanzia dei diritti e delle libertà individuali, attraverso l'attività interpretativa che il

⁴²⁷ M. P. MOLLAR PIQUER, , *El derecho de defensa en la fase de instruccion del proceso penal: la defensa técnica*, in *La instruccion del crimen: algunos problemas procesales*, Sepin, 2020

⁴²⁸ Decisione N 76-70, 2 dicembre, 1970, Cons. 2

⁴²⁹ Decisioni n. 2006-535 DC, 30 marzo 2006, cons. 24, *RTDCiv*, 2006, obs. J. MESTRE, B. FAGES, *Recueil Dalloz*, 2007, cron. L. GAY, V. BERNAUD, et al. La natura costituzionale dei diritti della difesa è stata riconosciuta anche dalla Corte di cassazione (Ass. plen., 30 giugno 1995).

⁴³⁰ *Conseil d'État* (Consiglio di Stato), *Dame veuve Trompier-Gravier*, 5 maggio 1944

⁴³¹ Corte Cost. Francese. 7 maggio 1828: «*la défense étant un droit naturel, personne ne doit être condamné sans avoir été interpellé et mis en demeure de se défendre*» («*Poiché la difesa è un diritto naturale, nessuno deve essere condannato senza essere stato interrogato e senza aver avuto la possibilità di difendersi*» -traduzione non ufficiale). Sulla differenza tra diritto naturale e principi generali del diritto, cfr. H. MOTYLSKY, *Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle : le respect des droits de la défense en procédure civile*, in *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, Tome II, Dalloz & Sirey, 1961, pp. 176-179.

Conseil constitutionnel sviluppa avvalendosi del *bloc de constitutionnalité*⁴³²; l' "internazionalizzazione del diritto penale", ovvero l'apertura dell'ordinamento francese ai principi fissati nelle carte dei diritti, in particolare dalla CEDU, le cui norme rivestono un'efficacia superiore a quella delle leggi ordinarie⁴³³.

Risultato e sintesi di questa duplice opera è l'*article préliminaire*⁴³⁴ che enuncia i principi che connotano il *procès équitable*, al fine di accrescere le garanzie processuali a tutela della presunzione di innocenza⁴³⁵. Si ritrova un espresso riferimento al rispetto dell'equilibrio dei diritti delle parti nel processo e al diritto dell'imputato di essere informato degli elementi raccolti

⁴³² La valutazione preventiva di conformità alla Costituzione che il *Conseil* può essere chiamato a svolgere sulle leggi promulgate (art. 61 della Costituzione) avviene sia sulla base dei principi espressamente consacrati nella Costituzione del 1958, ma anche in relazione ad altri valori cui lo stesso *Conseil* ha più volte riconosciuto rilievo costituzionale, quali i principi sanciti nella Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789, quelli affermati nel Preambolo della Costituzione del 1946, i "principi fondamentali riconosciuti dalle leggi della Repubblica", "gli obiettivi a valore costituzionale"; sulla costituzionalizzazione del diritto penale v., da ult., SEUVIC J.F., *Forces et faiblesses de la constitutionnalisation substantielle et formelle du droit pénal*, in *La procédure pénale en quête de cohérence* (Autori vari), Paris, 2007, 111 ss.

⁴³³ Cfr. Art 55 della *Constitution française du 4 octobre 1958*

⁴³⁴ Tale articolo enuncia: «I. La procedura penale deve essere equa e contraddittoria e preservare l'equilibrio dei diritti delle parti. Essa deve garantire la separazione delle autorità incaricate dell'azione penale e delle autorità incaricate al giudizio. Le persone che si trovano in condizioni simili devono essere trattate in modo simile, secondo le stesse regole. II. L'autorità giudiziaria si assicura che le vittime siano informate e che siano rispettati i loro diritti nel corso di tutta la procedura penale. III. Ogni persona sospettata o indagata è presunta innocente fino a che la sua colpevolezza non è stata provata. Gli attacchi alla sua presunzione di innocenza sono prevenuti, riparati e puniti nelle condizioni previste dalla legge. La persona sospettata o indagata ha il diritto di essere informata delle accuse rivolte contro di lei e di essere assistita da un difensore. Le misure coercitive di cui questa persona può essere oggetto sono adottate su decisione o sotto il controllo effettivo dell'autorità giudiziaria. Esse devono essere strettamente necessarie, proporzionate alla gravità del reato contestato e non pregiudicare la dignità della persona. La decisione finale sull'accusa promossa deve essere adottata in un termine ragionevole. Ogni persona condannata ha diritto di far esaminare la sua condanna da un secondo grado di giurisdizione.» (traduzione non ufficiale). Per un raffronto tra l'*article préliminaire* ed il nostro nuovo art. 111 cost., cfr. AMODIO, *Giusto processo, cit.*, 144 ss.; M. PISANI, *Il nuovo article préliminaire del codice di procedura penale francese*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, 991 ss.

⁴³⁵ L'articolo è stato inserito nel codice di procedura penale dalla l. 15 giugno 2000, n. 516, che ha modificato numerosi istituti processuali. Circa le profonde modifiche apportate dalla l. n. 516 del 2000 cfr. gli scritti di vari autori raggruppati sotto il titolo *Une nouvelle procédure pénale?*, in *Rev. sc. crim.*, 2001, 3 ss., e sotto il titolo *Où va notre procédure pénale?*, in *Rev. pénit. dr. pén.*, 2001, 8 ss.

contro di lui e di essere assistito da un difensore, pur rimanendo delle zone di ombra⁴³⁶.

L'*article* costituisce una sorta di “prologo” al codice e, non solo cerca di colmare le lacune riguardo i diritti fondamentali degli individui sottoposti a processo, ma risponde ad un intento ermeneutico, costituendo uno strumento idoneo a facilitare l’interpretazione e l’applicazione del codice di procedura penale.

Invero, la giurisprudenza della Corte di Cassazione ha progressivamente ampliato il ruolo giocato dall'*article* nell’interpretazione delle norme codicistiche, cassando certe decisioni solo sulla base dello stesso, anche laddove la parte ricorrente non vi avesse fatto esplicito riferimento.

L'*article* diviene, dunque, norma di carattere pubblico, che garantisce l’ordine pubblico processuale in quanto ivi sono contenuti i principi su cui si fonda tutta la procedura penale. Quale «chiave di lettura autentica del processo penale» e «strumento perfettamente autonomo e normativo suscettibile di garantire i diritti dell’uomo»⁴³⁷ nel corso dello svolgimento del processo, esso assurge il ruolo di rimodellare gli istituti processuali per adeguarli ai principi direttivi fissati in capo al codice.

Al fine di «*renforcer l’équilibre de la procédure pénale*», come richiesto dall'*article*, il legislatore è intervenuto negli anni successivi, con la l. 5 marzo 2007, n. 291⁴³⁸. Anzitutto ha posto fine alla solitudine del giudice istruttore

⁴³⁶ Sottolinea, in proposito, AMODIO (*op. ult. cit.*, 145 s.) come risulti «macroscopica» l’assenza di principi in materia probatoria: «per questa parte la Convenzione europea [sui diritti dell’uomo] è stata del tutto ignorata. [...] riconoscere il diritto al controesame e alla acquisizione delle prove a discarico, con la correlativa regola di esclusione delle dichiarazioni assunte senza contraddittorio, avrebbe significato per il legislatore francese colpire al cuore la struttura del rito inquisitorio rinnegando due secoli di tradizione processuale». Si veda anche HENRION, *L’article préliminaire du code de procédure pénale: vers une «theorie legislative» du procès pénal?*, in *Arch. pol. Crim.*, 2001, 50.

⁴³⁷ Cfr., ROYER, *L’article préliminaire du code de procédure pénale, quand vient l’âge de la maturité*, in *Rec. Dalloz*, 2006, Jur., 3045 ss

⁴³⁸ Tale intervento legislativo è originato da un clamoroso errore giudiziario, comunemente definito una vera e propria «*catastrophe judiciaire*», il cosiddetto *affaire d’Outreau* -dal nome della cittadina in cui avvennero i fatti. Un gruppo di persone fu accusato di appartenere ad una rete internazionale di sfruttamento della prostituzione minorile, tale da essere sottoposti a un lungo processo e a ingiustificati periodi di *détention provisoire*. Il processo si concluse, per la quasi totalità degli imputati, con una assoluzione, per taluni in primo grado, per altri in appello, seguita da pubbliche scuse del procuratore generale, del Ministro della giustizia, del Capo dello Stato. Stante l’enormità dell’errore giudiziario, l’*Assemblée nationale* nominò una commissione d’inchiesta parlamentare, che sfociò in un progetto di legge del Ministro della

mediante la creazione di poli istruttori quali prodromi per l'istituzione di un vero e proprio organo collegiale dell'istruzione; inoltre, ha assicurato il carattere eccezionale della *détention provisoire*, ha migliorato il contraddittorio nel corso dell'inchiesta e dell'istruzione ed ha consolidato la protezione dei minori vittime del reato.

IV.3.2 Il sistema processuale francese: le fasi e i poli istruttori

Il sistema processuale francese si caratterizza per la tripartizione dei reati in *crimes, délits e contraventions*⁴³⁹, che fonda la competenza dei vari organi giurisdizionali e determina una diversa scansione dell'iter processuale, più complesso per i reati più gravi, più semplificato mano a mano che decresce la gravità delle infrazioni.

Il procedimento è invece strutturato su più fasi: la *enquête*, la *information o instruction*, pressoché corrispondenti alla fase delle indagini preliminari in Italia, la *Renvoi*, ed infine il giudizio dibattimentale⁴⁴⁰.

La *enquête, de flagrance o préliminaire*⁴⁴¹, è la fase caratterizzata da assoluta segretezza, il cui dominus è il pubblico ministero, che coordina le indagini da compiere con la polizia giudiziaria. Il fine è di raccogliere tutti gli

giustizia, divenuta la l. n. 291 del 2007, al fine di introdurre nel codice quelle modifiche significative per intervenire sulle cause più evidenti di disfunzione della giustizia. Contemporaneamente, sempre al fine di migliorare il funzionamento dell'istituzione giudiziaria, si persegui l'obiettivo di perfezionare la formazione professionale dei magistrati: a ciò intende far fronte la l. organica 5 marzo 2007, n. 287, relativa *au recrutement, à la formation et à la responsabilité des magistrats*. Su quanto ora esposto si veda, tra i tanti, ampiamente, PRADEL, *Les suites législatives de l'affaire dite d'Outreau. A propos de la loi no 2007-291 du 5 mars 2007*, in *JCP*, 2007 (n. 14), Doctr., 13 ss.

⁴³⁹ I *Crimes* sono i reati più gravi, punibili con la *réclusion criminelle* o la *détention criminelle*; *délits* sono quei reati che la legge punisce con l'*emprisonnement* o con un'ammenda superiore o uguale a tremilasettecentocinquanta euro (art. 381 c.p.p. fr.); *contraventions* sono le infrazioni che la legge punisce solo con l'ammenda non eccedente i tremila euro (art. 131-13 c.p. fr.).

⁴⁴⁰ In generale, sul processo francese, v. N. GALANTINI, *Profili della giustizia penale francese*, Torino, Giappichelli, 1988; *La procédure pénale en quête de cohérence* (Autori vari), Paris, 2007; PRADEL, *La procédure pénale française à l'aube du troisième millénaire*, in *Rec. Dalloz*, 2000, Chr., 1 ss.; ID., *La procédure pénale française au début du XXIe siècle*, in *Rev. pénit. dr. pén.*, 2003, 341 ss.; Consultazione dei seguenti siti Internet: www.legifrance.gouv.fr; www.senat.fr; www.justice.gouv.fr; www.conseil-constitutionnel.fr.

⁴⁴¹ La prima origina dalla sussistenza della flagranza di reato; la seconda prende invece l'avvio da una *denonciation*, notizia di reato presentata da un terzo, funzionario o qualsivoglia persona, ovvero da una *plainte*, notizia di reato presentata dalla vittima.

elementi utili per consentire al pubblico ministero di effettuare la sua valutazione e le sue opzioni in merito all'azione penale, nel rispetto del principio di *opportunité*, ovvero discrezionalità.

La fase d' *instruction*⁴⁴² è obbligatoria in caso di *crimes*, mentre è facoltativa e eccezionale, rispettivamente per i *délits*⁴⁴³ e le *contraventions*⁴⁴⁴.

Il pubblico ministero⁴⁴⁵, rappresentante dell'accusa e dell'interesse dello Stato, interviene in tutte le indagini penali, anche per i casi meno gravi. Diversamente, il giudice istruttore⁴⁴⁶ interviene solo per i reati più complessi, ovvero i *crimes*, con il compito di condurre le indagini in modo imparziale nell'interesse della giustizia. Invero, il compito precipuo del giudice istruttore è quello di compiere «tutti gli atti d'istruzione che ritenga utili all'accertamento della verità», specificandosi il dovere di istruire « *à charge et à dé charge*»; una volta assunte le prove, egli espleta poi un'attività decisoria, adottando i provvedimenti conclusivi della fase.

Nella fase del *Renvoi*, il giudice istruttore analizza le prove raccolte e se vi sono prove sufficienti per rinviare l'indagato a giudizio o se archiviare il caso.

⁴⁴² V. l'art. 52-1 c.p.p. fr. quale inserito dall'art. 6 l. n. 291, *cit.* Sui “poli istruttori” e sul loro funzionamento cfr. PRADEL, *Les suites législatives de l'affaire dite d'Outreau, cit.*, 16 s.; v., altresì, KARSENTY, D., *Réflexions sur la mise en oeuvre des pôles de l'instruction au regard de droits fondamentaux*, in *La Semaine Juridique*, 9, 2008, pp. 17-21.

⁴⁴³ L'istruzione per i delitti è invece obbligatoria nel caso in cui l'autore del reato sia ignoto, quando si tratti di minore di anni diciotto e per specifici reati indicati espressamente dal legislatore, che prefigura ipotesi di particolare complessità delle indagini relativamente a determinate infrazioni.

⁴⁴⁴ Nel caso poi in cui l'azione sia messa in movimento dalla vittima, l'unica via percorribile per le contravvenzioni è la *citation directe*, che investe direttamente il giudice dibattimentale del procedimento.

⁴⁴⁵ Sulle origini e sullo sviluppo dell'ufficio della pubblica accusa v. MOLINARI, *Pubblico ministero e accusa penale nell'ordinamento francese*, in *Pubblico ministero e accusa penale. Problemi e prospettive di riforma* a cura di G. CONSO, Bologna, 1979, 195 ss. Più ampiamente v. J.-M. CARBASSE, *Histoire du parquet*, Paris, 2000; nonché CH. BRUSCHI, *Parquet et politique pénale depuis le XIX siècle*, Paris, 2002. I magistrati del pubblico ministero vengono definiti *parquet* in quanto nell'*ancien régime*, essi non erano collocati nell'aula di udienza sullo stesso piano dei giudici, bensì sul *parquet*, come gli imputati ed i loro avvocati. Altro termine talora utilizzato per definire gli appartenenti all'ufficio del pubblico ministero è *magistrats debout*, dovuto al fatto che in udienza si alzano al momento di presentare le conclusioni. I pubblici ministeri dipendono dal potere esecutivo, ovvero dal Ministero della giustizia, e da decenni la C.e.d.u. sottolinea la loro mancanza di indipendenza tale per cui non possono esercitare gli stessi poteri decisori del giudice, vd. Corte Edu, *Medvedyev c. Francia*, ric. n. 3394/03, 29 marzo 2010, www.hudco.echr.coe.int/fre?i=001-97979

⁴⁴⁶ Cfr. art. 79 c.p.p. fr. Ss.

Nel primo caso, si procede alla fase dibattimentale dinanzi al giudice del dibattimento, diverso dal giudice istruttore.

IV.3.3 Il ruolo del difensore nelle fasi dell'*enquête* e dell'*instruction*

Parlare di “ruolo” del difensore nelle fasi di indagine del procedimento francese risulta quasi pleonastico. Invero, è solo nella fase dibattimentale che si realizza la pienezza del diritto di difesa dell'imputato nel rispetto del diritto al contraddittorio, così come sancito dall'*article préliminaire*, seppur tardivamente e benché inficiato da una prova raccolta secondo canoni inquisitori dal giudicante. Durante la *enquête préliminaire* non è prevista alcuna forma di partecipazione difensiva, salvo l'ipotesi di *garde à vue*⁴⁴⁷, pur essendo garantito all'indagato il diritto al silenzio nel caso di interrogatorio⁴⁴⁸. Stante la segretezza che caratterizza questa fase, il difensore non ha potere, poiché non ha diritto ad essere informato delle indagini in corso, né di visionare gli atti processuali o di partecipare all'interrogatorio dell'assistito, se intervenga libero. Laddove, invece, l'indagato è sottoposto a fermo, egli può richiedere di consultarsi con un avvocato⁴⁴⁹ per un massimo di trenta minuti, a seguito dei quali il difensore deve presentare le proprie conclusioni scritte sulla vicenda processuale, che vengono allegate al fascicolo del procedimento.

⁴⁴⁷ Nel 2010 il *Conseil constitutionnel* ha dichiarato l'illegittimità costituzionale delle norme relative alla *garde à vue* in ragione dell'assenza di previsioni idonee ad una adeguata difesa. Tale lacuna è stata colmata con il recepimento della Direttiva 103/48/UE, attraverso la LOI n. 2014-535 del 27 maggio 2014 «*relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales*», vedi www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000028989964. Da ultimo è stata pubblicata la *loi n° 2024-364 du 22 avril 2024 portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne en matière d'économie, de finances, de transition écologique, de droit pénal, de droit social et en matière agricole*, il cui Titolo VI ha adeguato la legge di recepimento della Direttiva 2013/48/UE alle indicazioni dettate dalla Commissione Europea, in particolare al diritto di accesso a un difensore nell'ambito del procedimento penale.

⁴⁴⁸ R. MERLE, A. VITU, *Traité de droit criminel, Procédure pénale*, 13 ed., 1979, p. 486; ID., *Le rôle de la défense en procédure pénale comparée*, in *Revue de science crim. et de droit pénal comparé*, 1970, p. 1 ss.

⁴⁴⁹ Cfr. art 63 c.p.p. fr. Ss.

Vi è una palese lesione dei diritti minimi riconosciuti all'indagato, laddove viene meno l'assistenza del difensore o, meglio, viene sottoposta ad una scelta dell'indagato stesso.

Inoltre, in questa fase il difensore non è abilitato a richiedere lo svolgimento di ulteriori indagini, come è da escludersi lo svolgimento in proprio di attività difensiva.

Una prima forma di intervento difensivo si manifesta nella fase dell'*instruction*, in cui l'assistenza del difensore diventa perentoria.

Nel corso degli anni il legislatore francese ha cercato di rendere l'assistenza del difensore sempre più "attiva", superando una presenza puramente formale.

Si è, così, garantito alle parti private una maggior informazione, attraverso la possibilità di conoscere il dossier processuale che ora, dopo il primo interrogatorio dell'imputato o la prima audizione della parte civile, deve essere messo a disposizione degli avvocati, salve le esigenze di buon funzionamento del *cabinet d'instruction*⁴⁵⁰. Inoltre, è stata disciplinata la possibilità delle parti private di sollecitare il compimento di atti istruttori al giudice istruttore, con un diritto di risposta da parte degli organi giurisdizionali, secondo un meccanismo che vede impegnato, in caso di inadempienza o ritardo nella risposta del giudice precedente, il presidente della *chambre de l'instruction*⁴⁵¹.

Il difensore resta sempre ancorato alle scelte del giudice istruttore, al quale può solo presentare richieste, scritte e motivate, di compiere ulteriori attività di indagini, tra cui l'audizione di un teste o il confronto, l'accesso sul luogo o la produzione di un documento utile all'istruzione, senza procedervi in modo autonomo.

Si tratta di un mero stimolo dell'attività probatoria rimessa integralmente al giudice istruttore, che ha il compito di ricercare ed assumere le prove, sia

⁴⁵⁰ Cfr. art 114 c.p.p. fr.

⁴⁵¹ Cfr. art 81 c.p.p. fr. Ss.

quelle a carico che a discarico dell'imputato. Questa è la *ratio* dell'assenza di una specifica normativa in tema di indagini difensive⁴⁵².

E' da rilevare che nel sistema processuale francese vige il principio della libertà delle prove⁴⁵³ che consente di provare il reato con ogni mezzo di prova, da esaminarsi poi nel contraddittorio tra le parti e salvo comunque il rispetto delle regole probatorie dettate dal sistema. Suddetto principio si applica a qualsiasi prova da chiunque venga prodotta, non facendo esplicito riferimento a quelle del pubblico ministero, tale per cui viene implicitamente riconosciuta al difensore la presentazione di proprie prove e, dunque la libertà di ricercarle⁴⁵⁴.

⁴⁵² Cfr. 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, Giuffrè Editore, 2018, 143 ss.

⁴⁵³ Cfr. Art 427 c.p.p. fr.

⁴⁵⁴ v. A. CAPPELLO, *Il ruolo dell'avvocato della difesa nel processo penale in Francia*, in Aa.Vv., *La circolazione investigativa nello spazio giuridico europeo: strumenti, soggetti, risultati*, CEDAM, 2010, p. 306.

Capitolo V

Proposte e prospettive europee della difesa

V.1 Riserve e Lacunosità V.2. *European Criminal Law Ombudsman* V.2.1. Caratteristiche V.2.2 La mancata effettività della proposta V.3 Secondo modello proposto: L'*Eurodefense* V.3.1 La struttura ed il suo funzionamento V.3.2. Le critiche al modello V.4 Le Reti Europee come network dei difensori V.4.1 Il progetto pilota *Penal-Net* V.4.2 Associazioni Europee dei difensori V.4.2.1 European Lawyers' Union V.4.2.2 Council of Bars and Law Society V.4.2.3. European Criminal Bar Association

V.1 Riserve e lacunosità

Nonostante un modello sempre più antropocentrico del processo penale⁴⁵⁵, nel panorama europeo contestualmente all'introduzione di strumenti tesi a contrastare una criminalità sempre più transnazionale, non si è provveduto a bilanciarne l'indubbio rafforzamento con calibrati interventi nel settore del diritto di difesa, creando, così, uno squilibrio in senso contrario all'equità del processo⁴⁵⁶.

Gli interventi legislativi, pur concentrandosi sull'armonizzazione dei diritti minimi riconosciuti all'imputato/indagato ed al diritto di difesa inteso come assistenza e presenza del difensore in ogni fase del processo, non sono riusciti a garantire un'effettiva parità tra i soggetti del procedimento, ovvero difensore e pubblico ministero.

Come sostenuto da un autorevole autore, «si è reso circolabile un prodotto senza averne prima individuato la necessaria composizione legale. Si è cercato di condurre un mezzo senza rifornirlo, previamente, del necessario propellente; o forse, si è avuta la presunzione di ritenere che l'utilizzo di un'energia alternativa, ancora non adeguatamente sperimentata, fosse idonea a spingere il mezzo senza rettificarne il motore»⁴⁵⁷.

Fin dall'istituzione di Eurojust, passando per il riconoscimento di poteri investigativi all'Europol, arrivando alla regolamentazione dell'OEI, non si è

⁴⁵⁵ Così O. MAZZA, *Europa e giustizia penale. La procedura penale*, in *Gli Speciali di Dir. pen. proc.*, 2011, 33.

⁴⁵⁶ Cfr. T. RAFARACI, *Il diritto di difesa nelle procedure di cooperazione giudiziaria nel contesto dell'Unione europea*, in Id. (a cura di), *La cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale nell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, Milano, 2011, 131.

⁴⁵⁷ Si riprendono le espressioni di F. SIRACUSANO, *Una lenta progressione verso la costruzione di uno «statuto europeo» delle garanzie difensive*, in AA.VV., *Processo penale, lingua, e Unione Europea*, CEDAM, 2013, 81-82

riconosciuto alla difesa una reale capacità d'intervento, proponendo un'attività difensiva cd. canalizzata⁴⁵⁸, senza alcuna regolamentazione di concreti mezzi e strumenti che la difesa può opporre o utilizzare nelle indagini transfrontaliere.

Neanche con l'istituzione dell'EPPO è conseguita, come sarebbe stato normale ed auspicabile, l'emissione di misure atte ad assicurare al cittadino sottoposto ad indagini transnazionali l'assistenza

di un difensore «competente», in grado di assistere alle attività di indagine degli organi inquirenti ed effettuare su di esse un controllo di legittimità, con possibilità di compiere egli stesso un'attività di ricerca della prova o assunzione di informazioni utilizzabili nel procedimento.

Nonostante la consapevolezza che «il diritto a un processo equo è essenziale affinché i cittadini abbiano fiducia nel sistema giudiziario»⁴⁵⁹, resiste il vincolo al tradizionale approccio timido e graduale, caratterizzato da una selezione ancora insufficiente delle garanzie necessarie a realizzare un reale implemento dei poteri difensive negli strumenti di cooperazione giudiziaria penale.

Sembra mancare, nell'ambito delle stesse previsioni normative dell'UE, una reale volontà di riconoscere al difensore un ruolo effettivo nell'esercizio delle garanzie spettanti all'imputato.

In un tale contesto, diviene innegabile la necessità di procedimenti penali transnazionali efficaci in cui sia compresa la concreta possibilità di svolgere indagini difensive all'estero per raccogliere prove e di utilizzarle davanti ai tribunali nazionali.

La discussione in ordine all'esigenza di una figura che funga da contraltare agli strumenti europei di cooperazione giudiziaria ha interessato la dottrina e gli operatori del diritto che, di fronte al silenzio degli organi istituzionali sia

⁴⁵⁸ Per un approfondimento sulla cd. canalizzazione negli strumenti europei si rinvia al Capitolo II del presente lavoro

⁴⁵⁹ Così ha sostenuto l'allora commissario europeo per la giustizia, Viviane Reding, l'8 giugno del 2011, al momento della presentazione della proposta della Commissione per una direttiva circa il diritto di tutti gli indagati di essere assistiti da un avvocato sin dal momento in cui vengono arrestati e fino alla conclusione del processo (la proposta di direttiva COM(2011) 326 def., dell'8 giugno 2011).

a livello europeo sia a livello nazionale, hanno prospettato dei modelli che non sono mai diventati operativi.

V.2 European Criminal Law Ombudsman

L' *European Criminal Law Ombudsman*, cd. ECLLO, è il primo modello proposto dal *Council of Bars and Law Societies of Europe*⁴⁶⁰ durante un gruppo di lavoro nel 2004 e ulteriormente discusso in una conferenza del 2006, per rispondere alla necessità di bilanciare il potere sovranazionale crescente delle autorità di accusa, garantendo una maggiore protezione dei diritti della difesa.

Con l'attuazione del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni in materia penale⁴⁶¹, il CCBE prende consapevolezza della marginalità degli interventi sui diritti fondamentali e sulla giustizia⁴⁶², a fronte di numerosi interventi in materia di ordine pubblico e sicurezza.

Invero, la Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento Europeo del 26 luglio 2000 sul reciproco riconoscimento delle decisioni definitive in materia penale⁴⁶³ aveva affermato che

«[...] It must therefore be ensured that the treatment of suspects and the rights of the defence, would not only not suffer from the implementation of the principle, but that the safeguards would even be improved through the

⁴⁶⁰ *Council of Bars and Law Societies of Europe*, cd. CCBE, è stato fondato nel 1960 da alcuni partecipanti dell'*Union Internationale des Avocats* (UIA) a Basilea, in Svizzera, sentita la necessità di un organo rappresentativo che agisse nell'interesse degli avvocati di fronte alla Comunità economica europea (CEE). Per un approfondimento sulla storia della CCBE si rinvia a www.ccbe.eu/fileadmin/speciality_distribution/public/documents/EN_history_ccbe.pdf; e al sito ufficiale www.ccbe.eu/.

⁴⁶¹ *Programma di misure per l'attuazione del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni in materia penale*, GU C 012 del 15/01/2001 pag. 0010 – 0022, rinvenibile al seguente sito eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A32001Y0115%2802%29

⁴⁶² Su queste riflessioni si veda, *Proposal by the CCBE for the establishment a European criminal law Ombudsman*, Dicembre 2004, www.ccbe.eu/fileadmin/speciality_distribution/public/documents/CRIMINAL_LAW/CRM_Proposition_papers/EN_CRM_20041208_Proposal-by-the-CCBE-for-the-establishment-of-a-European-Criminal-Law-Ombudsman.pdf

⁴⁶³ *Communication from the Commission to the Council and the European Parliament, Mutual Recognition of Final Decisions in Criminal Matters*, 26.7.2000 COM(2000) 495 final, Brussels

process»⁴⁶⁴. Ciò nonostante, gli interventi di salvaguardia dei diritti degli indagati nei procedimenti penali in tutta l'Unione europea erano risultati inadeguati.

Tra le varie riserve operative sollevate dal CCBE, ritroviamo: la complessità delle comunicazioni tra avvocati di diversi Stati membri coinvolti, stante sistemi giuridici e procedure sostanzialmente diversi e lingue diverse, da cui risulta l'impossibilità per il cittadino di avere accesso nel suo Paese d'origine ad una consulenza legale completa ed effettiva; la difficoltà dell'avvocato difensore del paese d'origine ad ottenere accesso al fascicolo ed organizzare una "doppia difesa"; l'inesistenza di un'istituzione che si occupi della violazione dei diritti all'inizio o nel corso del procedimento, stante la conoscenza della giurisprudenza di Strasburgo limitata al procedimento ormai concluso; l'impossibilità del difensore di rivolgersi al tribunale nazionale quando si verifica una violazione dei diritti nell'altro Paese in un caso transfrontaliero.

Al fine di colmare tali lacune il CCBE propose la creazione di un organismo indipendente per salvaguardare i diritti della difesa.

V.2.1 Caratteristiche

Sulla base del meccanismo della fiducia reciproca tra Stati, viene proposto un avvocato penalista che, nell'esercitare la professione in modo indipendente, funge da mediatore europeo per il diritto penale, cd. ECLO⁴⁶⁵.

Egli agirà in qualità di presidente di un collegio di difensori penali indipendenti, uno per ogni Stato membro, con sede a Bruxelles. Ogni

⁴⁶⁴ *Communication from the Commission to the Council and the European Parliament, Mutual Recognition of Final Decisions in Criminal Matters, cit*, p 16. «Si deve quindi garantire che il trattamento degli indagati e i diritti della difesa non solo non risentano dell'attuazione del principio, ma che le garanzie vengano addirittura migliorate attraverso il processo» (Traduzione non ufficiale).

⁴⁶⁵ Sulle caratteristiche dell'ECLO si veda, tra i tanti, F. SALDITT, *The European criminal law ombudsman project. ERA Forum* 7, 2006, 277–280. www.doi.org/10.1007/s12027-006-0010-3; M. MUÑOZ DE MORALES ROMERO, *La Propuesta de un Defensor del Pueblo Europeo en Materia Penal (ECLO)*, in *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, Vol. 60, N. 2014, pp. 2192-2201, 2006.

difensore del collegio sarà nominato alternativamente come presidente dal CCBE.

L'obiettivo principale dell'ECLO sarebbe quello di proteggere e salvaguardare i diritti degli indagati, imputati, sospettati e altre persone coinvolte in procedimenti penali transfrontalieri. Avvocati e cittadini degli Stati membri potrebbero rivolgersi all'ECLO con richieste relative a tali procedimenti. Tuttavia, l'*Ombudsman* non si occuperebbe direttamente di singoli casi, piuttosto di coordinare misure individuali di sostegno, come fornire informazioni rilevanti, raccogliere dati, esaminarli e collaborare con Europol ed Eurojust.

L'ECLO agirebbe anche come intermediario per organizzare una difesa penale transfrontaliera, assistendo tempestivamente nella ricerca di assistenza legale o di eventuali finanziamenti per la difesa.

Infine, l'istituzione avrebbe anche compiti indipendenti dai procedimenti giudiziari. L'ECLO dovrebbe segnalare al Parlamento Europeo, alla Commissione e al Consiglio dell'UE le irregolarità nei procedimenti transfrontalieri, in particolare se non sono rispettati gli standard minimi.

Inoltre, sarebbe prevista un'attività preventiva dell'istituzione, che consisterebbe nel monitorare il lavoro degli organi dell'UE nell'ambito del diritto penale, garantendo il rispetto dei diritti degli imputati e segnalando con attenzione gli interessi della difesa.

V.2.2 La mancata effettività della proposta

L' ECLO, quale ente completamente indipendente dalle autorità e dalle istituzioni dell'UE, stante la tutela dell'indipendenza degli avvocati e della libertà della professione legale, potrebbe mancare di una struttura organizzativa sufficientemente robusta per garantire una effettiva difesa transnazionale penale. Essa si limiterebbe a monitorare i processi senza poter interagire sul piano pratico ed effettivamente tutelare i diritti degli imputati⁴⁶⁶.

⁴⁶⁶ Si veda, J. VOGEL, *Die Zukunft der europäischen Integration auf dem Gebiet der Strafrechtspflege*, in Schönemann, Bernd (Hrsg.), *Ein Gesamtkonzept für die europäische Strafrechtspflege - A Programme for European Criminal Justice*, Berlino 2006, p. 122 ss.

Invero, la proposta è rimasta una semplice enunciazione di principi e idee mai trasposte sul pratico per diverse questioni irrisolte e riserve da parte degli Stati membri.

In primis, una mancata spiegazione delle modalità di attività dell'ECLO, in secondo luogo la necessità di notevoli risorse finanziarie ed organizzative, hanno portato gli Stati a non accogliere una figura sovranazionale con competenze, non chiare, interferenti nei propri sistemi giudiziari⁴⁶⁷.

V.3 Secondo modello proposto: L'Euodefense

Insieme con le proposte di istituire una Procura Europea, poi divenuta effettiva, furono avanzate diverse proposte per rafforzare anche la difesa penale transnazionale.

Un disegno che ha ottenuto diverse approvazioni, ma mai concretizzatosi, è quello proposto dallo studioso Bernd Schünemann insieme altri accademici, che prevede l'introduzione di un centro europeo di difesa penale chiamato *Euodefense*⁴⁶⁸.

Si individua con detta figura un vero e proprio organismo europeo supportato dagli ordini forensi nazionali, ma finanziato dall'UE e composto da avvocati penalisti, debitamente selezionati, provenienti da tutti gli Stati membri che operano come pubblici ufficiali europei, pur agendo in totale indipendenza e nell'esclusivo interesse del proprio assistito⁴⁶⁹.

L'idea di base è di bilanciare le possibilità di azione nelle indagini transnazionali che sono caratterizzate da un aumento del potere da parte dell'autorità accusatorie che operano oltre i confini degli Stati membri.

⁴⁶⁷B. SCHUNEMMAN, *A Programme for European Criminal Justice*, Monaco, 2006

⁴⁶⁸ Cfr. *Proposal for the Regulation of Transnational Criminal Proceedings in the European Union*, presentata da un gruppo di accademici ad una Conferenza tenutasi a Dresda nel 2004. Una versione più dettagliata e un ulteriore sviluppo del concetto sono stati presentati nel "Progetto di regolamentazione dei procedimenti penali transnazionali nell'Unione Europea" (EUStrV-E) del 2006.

⁴⁶⁹ Si rinvia a B. SCHUNEMANN, *cit.*, p. 257 ss.; Id., *Solution Models and Principles Governing the Transnational Evidence-Gathering in the EU*, in S. RUGGERI, *Transnational Evidence and Multicultural Inquiries in Europe*, Springer, 2014. p. 174 ss.; SZWARC, *Euodefence – Support for the Defence in A Programme for European Criminal Justice*, 2006, pp. 429 ss.

L'istituzione ha lo scopo di tutelare i diritti degli imputati e di fornire supporto tecnico-legale nei procedimenti transnazionali.

V.3.1 La struttura ed il suo funzionamento

L'*Eurodefense* risulta composto da due sezioni: la *legal protection* designata per compensare alla mancanza di potere durante le investigazioni nel *pre-trial*, che spesso sono anticipate dai risultati dell'accusa; la seconda sezione di *support* operante durante lo svolgimento del processo per riparare alle comuni debolezze di una difesa nazionale costretta ad agire in ambiti internazionali.

La sezione della *Legal Protection* è destinata alla tutela degli interessi dell'imputato nelle prime fasi del procedimento, ancor prima che l'imputato venga a conoscenza del procedimento penale transnazionale istituito nei suoi confronti.

Il primo compito della sezione sarebbe quello di partecipare alla determinazione dello Stato membro competente in cui si svolgeranno le indagini ed eventualmente il processo.

Al momento della presentazione della proposta, questa decisione appariva cruciale per l'imputato e la sua difesa, poiché influiva sui diritti procedurali applicabili, sulle competenze delle autorità di perseguimento penale e sulle disposizioni del tribunale competente. Di conseguenza, la sezione doveva agire come un organo indipendente nel garantire che il processo fosse avviato nello Stato membro più idoneo dal punto di vista della difesa degli interessi dell'imputato.

Ulteriore compito della sezione diviene il monitoraggio del rispetto dei diritti procedurali, al fine di garantire la protezione dei diritti degli imputati e di terzi.

Stante la segretezza delle investigazioni, la sezione dovrebbe essere informata sulle procedure che riguardano le intercettazioni telefoniche, le misure nella privata dimora, le operazioni sotto copertura, le attività investigative che vengono ordinate nei vari Stati membri. Il fine è di intercedere laddove si preveda una incompatibilità con i principi fondamentali dello Stato che

esegua l'ordine, e di, eventualmente, appellarsi contro l'ordine di esecuzione delle misure.

L'operatività della divisione sarebbe legata ad un obbligo di riservatezza e, dunque, di non rendere noto all'indagato le informazioni ottenute, al fine di garantire un'efficace azione penale.

Dal momento in cui il procedimento non è più condotto in segreto e l'imputato viene a conoscenza dello stesso, dovrebbe intervenire la sezione di *Support*.

La sua funzione è quella di sostenere direttamente l'imputato ed il suo difensore, attraverso attività di informazione, mediazione e coordinamento.

All'imputato è riconosciuto il diritto di essere informato della possibilità di esser assistito dall'*Eurodefensor* e scegliere se accettarne il supporto.

La sezione coordina i contatti tra i difensori di diversi Stati membri, condividendo informazioni e documenti e fornendo fondi ed aiuti finanziari, laddove dovesse esserci la necessità. Il fine è garantire un lavoro di difesa coordinato ed un accesso facilitato agli ordinamenti giuridici stranieri.

Anche la sua funzione di mediazione non è da sottovalutarsi. Difatti, laddove ci fossero dei disaccordi tra i singoli avvocati nella difesa di un procedimento transnazionale, *Eurodefensor* dovrebbe contribuire alla mediazione e alla risoluzione dei conflitti fornendo una consulenza sulla migliore strategia da seguire.

Il ruolo della sezione non è correlato direttamente con un procedimento transnazionale, ma si può occupare anche in via generale di tradurre versioni di testi legislativi di tutti gli Stati membri e informazioni sul diritto di difesa. A tal fine è prevista l'istituzione di un centro di informazione e documentazione di facile accesso per ogni difensore nazionale.

L'*eurodefensor* diviene anche garante dei diritti dell'imputato nel procedimento, segnalando le violazioni del diritto nelle istituzioni nazionali ed europee e presentando pareri a favore dell'effettiva tutela dei diritti di difesa.

In questi dipartimenti dovrebbero lavorare giuristi provenienti da tutti gli Stati membri come funzionari dell'UE, in modo da garantire le competenze

linguistiche e tecniche necessarie per i procedimenti penali transnazionali. Ogni dipartimento è diretto da un direttore eletto da organizzazioni centrali degli avvocati degli Stati membri. Inoltre, è previsto un Direttore Generale per l'intero sistema dell'*eurodefence*, con i suoi vice che rappresentano le singole sezioni.

Il modo di operare dell'*eurodefence* è soggetto solo al controllo del Consiglio di Amministrazione, composto da rappresentanti delle associazioni nazionali di avvocati, e dal Parlamento Europeo. A tal fine, l'*eurodefence* dovrebbe redigere ogni anno una relazione sulla sua attività da sottoporre al Parlamento Europeo e per dare risposte alle eventuali domande poste.

V.3.2 Le critiche al modello

La proposta analizzata è stata oggetto di intensi dibattiti con riguardo allo sviluppo del diritto penale europeo.

Le principali critiche⁴⁷⁰ riguardano, da un lato, l'istituzionalizzazione della difesa nel diritto dell'Unione e, dall'altro, l'ambito di attività e i poteri della sezione della *Legal Protection*, stante la sua difficile attuazione nella pratica del modello stesso.

La creazione di un'organizzazione centrale europea di difesa penale è stata vista con scetticismo per quanto riguarda l'indipendenza della professione⁴⁷¹, che non può essere sottomessa al controllo statale o parastatale né vincolati a istruzioni nella loro attività. Tanto è efficace la difesa di un imputato quanto

⁴⁷⁰ J. ARNOLD, *Grenzüberschreitende Strafverteidigung in Europa, Praktische Erfahrungen und theoretische Überlegungen anhand von Interviews mit Strafverteidigerinnen und Strafverteidigern*, Berliner Wissenschafts-Verlag, 2015, p. 99 ss.; R. KINZLER, *Grenzüberschreitende Strafverfahren: Das Prinzip gegenseitiger Anerkennung im europäisierten Strafverfahren am Beispiel von Auslieferung und Beweismitteltransfer*, Kovac, Amburgo, 2010, p. 112 ss.

⁴⁷¹ J. ARNOLD, *Grenzüberschreitende Strafverteidigung in Europa, cit.*, 2015, p. 97; J. MITCHELL, *Stellungnahme zum Konzept eines, Eurodefensor" als Mittel zur Stärkung der Verteidigung in transnationalen Strafverfahren (Korrefe-rat)*, in Schönemann, Bernd (Hrsg.), *Ein Gesamtkonzept für die europäi-sche Strafrechtspflege - A Programme for European Criminal Justice*, Berlino, 2006, p. 191; A. WEERTZ, *Der Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemein-schaften - Betrachtung des Vorhabens zur Errichtung einer Europäischen Staatsanwaltschaft und der Auswirkungen auf die Verfahrensrechte der Betroffenen*, Berlino, 2008, p. 240 ss.

il difensore sia libero da ogni influenza statale e possa rappresentare esclusivamente gli interessi del suo assistito⁴⁷².

Invero, i critici hanno ritenuto che l'istituzione di *Eurodefensor* come istituto di difesa penale ancorato al diritto dell'Unione potrebbe limitare la libertà della pratica forense, collegandola a strutture parastatali. Tanto più vista la necessità di un sostegno finanziario da parte dell'Unione, che renderebbe gli avvocati che lavorano per l'*Eurodefence* dei funzionari dell'UE⁴⁷³.

Si dubita anche che l'istituzione di una struttura di difesa penale debba basarsi su una norma del diritto primario dell'UE, dal momento che disposizioni comparabili generalmente non esistono nelle costituzioni degli Stati membri. Riserve sono state sollevate anche con riguardo all'ambito di attività e ai poteri della sezione della *Legal Protection*, che viene percepita come una difesa imposta.

Il coinvolgimento di una forma di difesa nelle fasi iniziali del procedimento prima ancora che ne venga a conoscenza l'imputato potrebbe comportare il rischio che le informazioni necessarie non vengano condivise, poi, con il difensore scelto dall'imputato⁴⁷⁴.

Inoltre, i poteri della sezione di *Legal Protection* di prendere delle decisioni che si ripercuotono sul processo sono ritenuti inaccettabili laddove il difensore assunto dell'imputato non viene coinvolto nelle stesse, minando qualsiasi tipo di strategia difensiva. Viene anche ritenuto superfluo il ruolo di controllo della sezione in caso di gravi interventi investigativi da parte delle forze di polizia, in quanto già spetta al pubblico ministero del procedimento in corso valutare la legalità e la proporzionalità degli atti investigativi.

Contrariamente, i sostenitori del modello ritengono che l'*Eurodefense* è concepita come un'autorità europea indipendente con il fine di migliorare la posizione degli imputati nei procedimenti penali transnazionali., nel rispetto

⁴⁷² U. SOMMER, *Effektive Strafverteidigung: Recht - Psychologie - Überzeugungsarbeit der Verteidigung*, IV ed., Hürth 2020

⁴⁷³ J. ARNOLD, *Grenzüberschreitende Strafverteidigung in Europa*, cit., 97 ss.

⁴⁷⁴ Tra i tanti, J. MITCHELL, *Stellungnahme, Gesamtkonzept*, cit., p.191 ss.

dell'art. 6 CEDU⁴⁷⁵. Così come la sezione di *Legal Protection* ha lo scopo di tutelare i diritti dell'imputato nelle fasi del procedimento in cui il singolo difensore non può partecipare e dunque si erge sempre a tutela dell'imputato.

V.4 Le Reti Europee come network dei difensori

Stante le difficoltà e le riserve di istituire un centro di difesa penale europeo, si sono registrate diverse iniziative di categoria volte a far fronte alle più pratiche problematiche di comunicazione tra professionisti di diversi paesi nell'ambito della difesa penale transnazionale.

Oltre alla fornitura di informazioni utili per i procedimenti transnazionali, queste reti si concentrano sul supporto organizzativo e legale.

V.4.1 Il progetto pilota *PenalNet*

Una delle iniziative più celebri nel panorama europeo è il progetto pilota *PenalNet*, finanziato dall'UE⁴⁷⁶. Al fine di facilitare con la massima sicurezza lo scambio di documenti e la comunicazione tra gli avvocati penalisti degli Stati membri partecipanti al progetto, si propone l'istituzione di una rete elettronica europea per comunicazioni fluide, sicure e inviolabili, nonché la messa a disposizione di un'ampia raccolta giurisprudenziale nazionale ed internazionale⁴⁷⁷.

Il progetto è rivolto a un gruppo pilota di 1.500 avvocati penalisti provenienti da Spagna, Francia, Italia, Ungheria e Romania. Gli utenti di *PenalNet* saranno necessariamente dotati di una firma elettronica qualificata, attraverso cui si certificherà che il proprietario di questo certificato digitale di identità esercita attualmente la professione legale. I partecipanti dovranno avere

⁴⁷⁵ Tra i tanti, si veda C. NESTLER, *Europäische Verteidigung bei transnationalen Strafverfahren*, in Schünemann, Bernd (Hrsg.), *Ein Gesamtkonzept für die europäische Strafrechtspflege - A Programme for European Criminal Justice*, Berlino 2006, p. 166 ss.

⁴⁷⁶ Il progetto è stato approvato dalla Commissione europea per la creazione di una piattaforma tecnologica per la giustizia penale, sostenuto e co-finanziato, nell'ambito del «Programma Giustizia Penale 2007-2013» (*Criminal Justice 2007*), dalla Direzione Generale Giustizia, Libertà e Sicurezza.

⁴⁷⁷ Sulle caratteristiche di PenalNet si rinvia a www.eumonitor.nl/9353000/1/j9vvik7m1c3gyxp/vi869j1i6brb.

clienti in casi transfrontalieri ed essere disposti a collaborare volontariamente all'esperienza pilota.

Tramite questa piattaforma, gli avvocati registrati potranno scambiarsi documenti e informazioni in sicurezza e avranno una casella di posta elettronica certificata.

Le principali applicazioni della piattaforma sicura, infatti, sono un sistema di e-mail tramite la quale scambiare documentazione riservata e un registro/directory con i nomi degli avvocati penalisti che si sono iscritti al progetto, provenienti dai cinque paesi partner.

Pur se l'iniziativa è stata definita come uno dei progetti tecnologici più importanti nello sviluppo della giustizia elettronica⁴⁷⁸, la rete non è stata implementata negli altri Paesi né stabilita in tutta Europa.

V.4.2 Associazioni Europee dei difensori

All'iniziativa di cui sopra, si aggiungono poi quelle della *European Lawyers' Union* (cd. U.A.E.)⁴⁷⁹; della *Council of Bars and Law Society* (cd. CCBE)⁴⁸⁰; della *European Criminal Bar Association* (cd. ECBA)⁴⁸¹.

V.4.2.1 European Lawyers' Union

L' U.A.E., è un'Associazione, con sede a Lussemburgo e con Delegazioni Regionali nei vari Stati membri, i cui membri operano nell'ambito dell'Unione

⁴⁷⁸ Così la definì nel 2010 Viviane Reding, vicepresidente della Commissione responsabile per la Giustizia, i diritti fondamentali e la cittadinanza dal 9 febbraio 2010 al 1° luglio 2014. Si rinvia a www.abogacia.es/it/actualidad/noticias/penalnet/.

⁴⁷⁹ *European Lawyers' Union* (cd. U.A.E.) è stata fondata in Lussemburgo nel 1986 da un gruppo di importanti professionisti come associazione senza scopo di lucro dedicata alla promozione dell'esercizio della professione forense all'interno dell'allora Comunità europea. Per un approfondimento sulla storia, sullo statuto e sul funzionamento dell'associazione si rinvia al sito ufficiale www.uae.lu/fr.

⁴⁸⁰ Sulla storia del CCBE si rinvia alla nota 464.

⁴⁸¹ *European Criminal Bar Association* (cd. ECBA) fu istituita nel maggio 1997 all'esito di una conferenza tenutasi presso la Commissione europea per i diritti dell'uomo a Strasburgo sul tema "*Are the rights of the accused to a fair trial being undermined?*", a cui parteciparono avvocati penalisti derivanti da ogni Stato membro. L'idea di istituire una tale associazione fu promossa dal professor Franz Salditt, per conto del *Deutscher Anwaltverein*, e Rock Tansey QC, per conto della *Criminal Bar Association of England and Wales*, recatisi a Strasburgo per incontrare Hans Christian Kruger (segretario generale della Commissione europea per i diritti umani) e Wolfgang Strasser (vicesegretario della CEDU), presso la Commissione europea per i diritti umani. Si rinvia al sito ufficiale www.ecba.org.

europea. Il suo principale obiettivo è di creare un gruppo di avvocati al fine di adottare un comune approccio nelle diverse aree di azione dell'Unione europea. Ciò attraverso la creazione di pratiche professionali comuni, l'armonizzazione delle legislazioni, degli aspetti deontologici ed etici degli avvocati provenienti dai diversi paesi nonché favorendo lo sviluppo dei contatti tra gli stessi professionisti e con le istituzioni europee.

V.4.2.2 Council of Bars and Law Society

La CCBE comprende gli ordini forensi e le associazioni di avvocati di 46 paesi dell'Unione Europea, dello Spazio Economico Europeo e dell'Europa allargata. L'organizzazione è composta da 32 paesi membri e da altri 14 paesi associati e osservatori. Il CCBE rappresenta gli ordini forensi e le associazioni forensi europee nei loro interessi comuni presso istituzioni europee e altre istituzioni internazionali.

La sua funzione è finalizzata allo studio di tutte le questioni che riguardano la professione legale negli Stati membri dell'UE e alla formulazione delle soluzioni intese a coordinare ed armonizzare l'effettività del diritto di difesa non solo negli Stati, ma soprattutto nel panorama dei procedimenti transnazionali. Per tale ragione, la CCBE agisce regolarmente da collegamento tra i suoi membri e le istituzioni europee, le organizzazioni internazionali e altre organizzazioni legali in tutto il mondo.

V.4.2.3 European Criminal Bar Association

L'ECBA persegue lo scopo di essere un gruppo leader di avvocati penalisti indipendenti nel Consiglio d'Europa che promuovono i diritti fondamentali delle persone sottoposte a indagini penali, sospettati, imputati e condannati. Essa promuovere lo sviluppo professionale e la cooperazione tra avvocati penalisti attraverso conferenze annuali e gruppi di lavoro progettuali; presenta domande alle legislature e ai decisori politici sovranazionali per garantire che siano a conoscenza delle opinioni degli avvocati penalisti;

esprime le opinioni collettive dell'Associazione in situazioni in cui sono in gioco i diritti umani fondamentali e, ove necessario, intervenire e osservare casi significativi in cui sono in gioco i diritti umani fondamentali.

Inoltre, l'ECBA presenta sul suo sito web una sezione contenente i dettagli di contatto dei singoli professionisti che confermano di essere professionisti specializzati in difesa penale, al fine di facilitare l'accesso alla difesa penale in tutti i paesi del Consiglio d'Europa.

Conclusioni

Il presente lavoro di ricerca nasce da un'intuizione: esistono nei procedimenti penali transfrontalieri degli interstizi in cui si insinuano violazioni dei diritti della difesa. In altre parole, l'internazionalizzazione dell'indagine o dell'istruzione non è stata accompagnata da un'internazionalizzazione dei diritti della difesa.

La panoramica iniziale sull'evoluzione della cooperazione giudiziaria in materia penale ha dimostrato la natura dinamica della stessa e l'importanza che con il tempo ha assunto la giustizia e la sicurezza per l'UE.

Con l'istituzione del cd. Spazio Schengen, caratterizzato dalla libertà di circolazione e da un cd. mercato comune, si sono rese necessarie delle "misure compensative" volte a preservare la sicurezza negli Stati e contrastare in maniera efficace nuovi fenomeni di criminalità sviluppatasi per l'abolizione di controlli alle frontiere.

La maggiore frequenza di crimini che si frantumano dal punto di vista spaziale, producendo effetti su territori appartenenti alla sovranità di più Stati, ha comportato l'estensione dell'area di interesse penale della comunità europea e dei singoli Stati, che hanno riorganizzato il sistema repressivo in modo innovativo e consapevole dei problemi della giustizia penale transnazionale «più disancorata dai modelli consolidati della sovranità territoriale» e attraverso una progressiva attenuazione del principio di territorialità della legge penale.

Invero, di fronte ad una criminalità transnazionale non si poteva rischiare che il diritto punitivo restasse "imbrigliato" all'interno dei confini nazionali.

Al fine di garantire un'efficacia risposta ai fenomeni criminali ed un'effettiva cooperazione tra gli Stati membri, sulla base del principio del mutuo riconoscimento, sono proliferati non solo strumenti giuridici e direttive adottati dall'UE, ma anche enti incaricati di facilitare le attività di cooperazione⁴⁸².

⁴⁸² Si citano solo gli enti e gli strumenti giuridici ritenuti rilevanti ai fini delle conclusioni. Per un approfondimento si veda Cap I del presente lavoro.

Quanto a quest'ultimi, si parte dall'istituzione di OLAF, con il fine di svolgere indagini nell'Unione e negli Stati membri per rendere effettiva la lotta contro le frodi e le attività illecite lesive degli interessi comunitari; giungendo alla formazione di Eurojust, quale ente con personalità giuridica a livello europeo con rilevanti poteri di avvio e di coordinamento delle indagini per i reati transnazionali tra i vari Stati membri; fino all'istituzione della Procura Europea (cd. EPPO), a cui viene riconosciuta, per la prima volta in tutto lo scenario internazionale, la competenza a promuovere direttamente nel panorama europeo l'azione penale avverso determinati reati, trascendendo i singoli Stati membri.

Quanto invece agli strumenti giuridici, l'ambito di applicazione del mutuo riconoscimento si è esteso fino a ricomprendere la circolazione degli esiti delle attività investigative condotte nei singoli Stati membri con rapidità e tendenziale automaticità con la direttiva 2014/41/UE disciplinante l'Ordine Europeo d'Indagine (cd. OEI), sostitutivo del sistema rogatorio.

L'apertura ad una giustizia penale transnazionale ha comportato un rafforzamento della concezione partecipativa di giustizia penale, dal momento che la giustizia in materia penale non presuppone solo la lotta contro la criminalità, ma è necessario un equilibrio tra l'efficacia della repressione e il rispetto dei diritti delle persone sospettate.

E' stato così sancito a livello internazionale ed europeo il diritto ad un processo equo⁴⁸³, reso effettivo in tutti gli Stati membri con l'intervento di dieci direttive⁴⁸⁴, tra il 2010 ed il 2016, a tutela dei diritti dei singoli nei procedimenti penali.

Nonostante le direttive fossero volte a rendere più efficiente la tutela degli individui sottoposti a procedimento penale fra gli Stati membri, nessuna delle stesse è riuscita a stabilire, in modo adeguato, le modalità e l'intensità della

⁴⁸³ Si rinvia all'art 6 CEDU; agli artt. 47 e 48 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione; all'art. 11 della Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo; art. 14 del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici. Cfr. Cap II del presente lavoro.

⁴⁸⁴ Ci si riferisce alla *Road Map* adottata dal Consiglio europeo del 10 e 11 dicembre 2009. Cfr. Cap II del presente lavoro.

partecipazione difensiva dell'indagato allo svolgimento degli atti degli organi giudiziari coinvolti nella procedura transfrontaliera.

Ugualmente alcun potere di intervento difensivo è stato disciplinato nell'istituire Eurojust; analoga scelta è stata fatta, ancora, con riferimento ai poteri d'indagine di OLAF, i cui risultati costituiscono spesso il presupposto di un sempre più crescente numero di procedimenti nazionali; identica considerazione si registra a proposito della disciplina dell'OEI e, infine, ancora più grave nell'istituzione della Procura Europa.

Come affermato da un autorevole autore, sembra che gli interventi europei siano legati da un *fil rouge*: grande attenzione all'elaborazione di modelli di efficiente funzionalità; scarsissimo rilievo affidato ai possibili ambiti d'intervento delle prerogative difensive⁴⁸⁵.

V'è però da segnalare che tra i diritti delle persone sospettate, ci sono, in via prioritaria, i diritti della difesa, una cui mancanza di efficacia risulterebbe contraria all'istituzione di uno Spazio di libertà, sicurezza e giustizia.

Pertanto, i diritti di difesa non sembrano effettivi quando la procedura acquisisce un carattere transfrontaliero

In particolare, cala un'ombra sulla legittimazione del difensore di svolgere indagini all'estero. Ci si riferisce alla possibilità di procedere ad attività di ricerca investigativa per i reati transnazionali e, successivamente, all'utilizzabilità degli elementi acquisiti all'estero nel procedimento penale instaurato in sede nazionale.

Mancando una disciplina europea in materia, si pone uno squilibrio nella fase d'istruzione tra le attività consentite all'accusa e quelle garantite alla difesa, che si ripercuotono sulla tutela dell'indagato e su tutto il procedimento.

Ciò ha comportato un indebolimento del diritto di parità delle parti e quello del "difendersi provando".

Se l'esigenza di dotare l'individuo di adeguati presidi difensivi è già particolarmente avvertita nell'ambito del procedimento penale nazionale, essa assume ancor maggior rilievo all'interno delle procedure

⁴⁸⁵ Cfr. T. RAFARACI, *Il diritto di difesa nelle procedure di cooperazione giudiziaria nel contesto dell'Unione europea*, in *La cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale nell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, a cura di T. Rafaraci, Milano, 2011

transfrontaliere; laddove l'intervento dei poteri repressivi si fa più pressante perché realizzato dagli organi giudiziari e inquirenti di diversi Stati membri e attraverso l'intersecarsi di strumenti di cooperazione che spesso mal interagiscono fra loro.

Il divario spesso esistente fra differenti modelli di garanzia apprestati dalle varie legislazioni processuali dei Paesi membri ha, infatti, a volte frenato l'edificazione di un efficiente sistema cooperativo, sì da evidenziare l'impellente necessità di investire su di un'opera, se non di unificazione, almeno di armonizzazione degli apparati di garanzia.

Fondamentale è stato, dunque, l'approccio comparatista che ha consentito di cogliere le specificità processuali dei singoli Stati, le lacune e spiegarne le difficoltà di armonizzazione.

L'analisi dei sistemi italiano, francese, spagnolo e tedesco permette di aggiungere all'intuizione di partenza che i diritti della difesa nella fase istruttoria del procedimento non sono pienamente garantiti nei procedimenti penali interni di ciascun Stato membro, ad eccezione fatta per il sistema italiano⁴⁸⁶.

Invero, l'ordinamento italiano eleva il diritto di difesa a valore preminente e diritto fondamentale del sistema, riconoscendogli coperta costituzionale all'art. 24, 25 e 111.

«La difesa quale diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento»⁴⁸⁷ non resta un mero principio, ma viene reso effettivo fin dalle prime fasi del procedimento grazie alla Legge 397/2000 che modifica il codice di procedura penale e disciplina atti e modalità di indagine che il difensore può svolgere, nonché l'utilizzabilità delle risultanze investigative nel processo.

Come si deduce dai paragrafi precedenti, il sistema italiano ha mosso un passo importante in direzione della piena attuazione del principio di partecipazione dell'accusa e della difesa su basi di parità in ogni stato e grado del procedimento⁴⁸⁸.

⁴⁸⁶ Per un approfondimento si rinvia ai capitoli III e IV del presente lavoro.

⁴⁸⁷ Cfr. Art. 24 Cost. Italiana

⁴⁸⁸ L.SURACI, *Le indagini difensive*, G.Giappichelli Editore, Torino, 2014, p.11

Si va, così, a livellare la differenza tra l'accusa e la difesa nella fase istruttoria e a garantire la tutela dell'equo processo.

La disamina in oggetto ha posto in rilievo, fin da subito, il differente livello di tutela del diritto di difesa tra l'ordinamento italiano e gli altri ordinamenti presi in esame.

Quanto al sistema spagnolo, il diritto di difesa è tutelato a livello costituzionale sia come diritto soggettivo, sia come baluardo fondamentale dell'ordine costituzionale⁴⁸⁹ e viene definito in termini negativi come "proibizione dell'indifesa", senza però determinare il momento iniziale della sua effettiva tutela.

Un'effettiva modifica del codice di procedura penale spagnolo nel garantire una maggiore tutela delle garanzie procedurali è avvenuta con la LOI 13/2015 che ha recepito la direttiva 2013/48/UE, pietra miliare sul rafforzamento del diritto di difesa negli stati membri.

Ciò nonostante, un profondo *vulnus* è stato tralasciato: ovvero l'articolazione del diritto di difesa nella fase d'istruzione. Nella legislazione spagnola, il ruolo del difensore in questa fase non è definito in alcun modo, ma ci si limita a riconoscergli un ruolo di assistenza dell'investigato e di sollecitazione dell'accusa sugli atti investigativi in via di svolgimento o per nuove attività. Manca, dunque, una disciplina riguardante i poteri investigativi autonomi del difensore, di tal ché, laddove egli dovesse procedere ad atti autonomi, incerta è l'utilizzabilità delle risultanze nel processo.

Ciò denota un serio squilibrio tra l'accusa e la difesa: l'imputato non ha la possibilità di organizzare la sua difesa in modo adeguato, soprattutto per quanto riguarda la capacità di presentare tutte le argomentazioni di difesa e quindi di influenzare l'esito del risultato del procedimento⁴⁹⁰.

Differentemente rispetto all'ordinamento italiano e spagnolo, nel sistema tedesco la copertura costituzionale del diritto di difesa è implicita, sottointesa

⁴⁸⁹ Artt. 24 e 17.3 Costituzione Spagnola (CE)

⁴⁹⁰ Così, C. Eur. Dir. Uomo, 30 Settembre 1985, *Can v. Austria*, in www.hudoc.echr.coe.int; Corte Eur. Dir. Uomo, 10 Luglio 2012, *Gregačević v. Croatia*, in www.hudoc.echr.coe.int.

in altri articoli che generalmente tutelano lo Stato di diritto⁴⁹¹. Ciò non incide sul garantire effettivamente il diritto di difesa nel processo, stante la copertura delle Carte Internazionali, a cui l'ordinamento tedesco si riporta.

Il Codice di procedura penale tedesco (cd. StPO) definisce in termini generali che l'imputato ha diritto all'assistenza del difensore in ogni stato e grado del procedimento senza, però, renderla obbligatoria se non in determinati reati individuati⁴⁹².

Dalla non indispensabilità della difesa tecnica deriva, d'altronde, il ruolo passivo del difensore nella fase di pre-trial, consistente in mera assistenza dell'investigato e mero controllo sugli atti investigativi svolti dall'accusa tanto che è disciplinata solo la sua possibilità di visionare il fascicolo del pubblico ministero in ogni momento, e il diritto di essere presente durante l'esame dell'imputato da parte del giudice, del pubblico ministero e della polizia.

Resta ferma la possibilità del difensore tedesco di compiere proprie indagini, ma la mancata regolamentazione da parte del legislatore ha obbligato la dottrina e la giurisprudenza ad intervenire. I suggerimenti per una corretta esecuzione delle varie indagini dati dalla dottrina sono comunque sottoposti ad una valutazione discrezionale del giudice, non essendoci una linea comune.

Ciò incide, senz'altro, negativamente sul principio di legalità, inteso come certezza del diritto.

Non diversamente dalla posizione tedesca, si atteggia la situazione della Francia, in cui il diritto di difesa non è menzionato nella Costituzione, ma solo sancito dalla giurisprudenza come diritto inviolabile.

Il diritto ad un processo equo è sancito, però, a livello codicistico dall'*article préliminaire* che diviene "chiave di lettura" del processo penale e riconosce la pienezza del diritto di difesa nel contraddittorio e dunque dopo *l'enquete préliminaire*.

⁴⁹¹ Artt. 1, 103 Costituzione Tedesca (GG)

⁴⁹² § 147 StPO

Anche nell'ordinamento francese fallisce l'idea di una disciplina delle indagini difensive, in quanto al difensore è riconosciuta solo la possibilità di stimolare e sollecitare il giudice istruttore, dominus delle indagini e con il compito di ricercare elementi sia a carico che a discarico dell'indagato.

Parte della dottrina ritiene che, vigendo in Francia il principio della libertà delle prove nel processo riferita a tutte le parti processuali, si deve riconoscere implicitamente che il difensore può presentare proprie prove e, quindi, ricercarle.

Sulla base di questo breve excursus, è evidente la difficoltà di elaborare una base normativa uniforme partendo da sistemi processuali strutturati su legislazioni notevolmente eterogenee.

Il passaggio dalle petizioni di principio alla loro effettiva realizzazione appare irto di difficoltà, destinato a confrontarsi con i sistemi nazionali gelosi delle proprie peculiarità. È da notare come, sorprendentemente, manchino specifici riferimenti in merito alle facoltà investigative del difensore persino nelle singole tradizioni giuridiche esaminate, tanto che il sistema italiano detiene l'esclusività nella codificazione dell'attività d'indagine difensiva.

Nonostante le differenze, in tutti gli Stati è sentita la necessità di una struttura di collegamento tra avvocati dei diversi Stati membri che agevoli e renda possibile l'efficace contatto e confronto con il collega straniero e che affronti poteri investigativi d'accusa così profondi.

La sfida per l'avvocatura è immensa: i tempi di reazione sono limitati; necessità di raccordo con professionisti dell'altro foro o ancora più la possibilità di rendere effettivo il diritto di assistenza in cui mille difficoltà si oppongono per i servizi di fronte alle diverse giurisdizioni.

Diverse sono state le proposte di studiosi e iniziative di avvocati, di cui nessuna è stata traposta in testo di legge o resa effettiva⁴⁹³.

A parere di chi scrive, il fallimento di queste proposte deriva da una combinazione di fattori politici, sociali ed economici.

⁴⁹³ Per un approfondimento si rinvia al Cap V del presente lavoro. Si fa riferimento in particolare all' ECLLO e all' Eurodefense.

In primis, v'è da segnalare una priorità politica bassa con riguardo al tema in oggetto. Invero, l'attenzione è stata data principalmente alla creazione di reti e strutture che potessero rendere effettiva la lotta alla criminalità transnazionale nel panorama europeo, stante l'emergenza sociale e il proliferarsi di fenomeni criminosi. I diritti della difesa sono stati considerati, invece, sufficientemente tutelati dalle direttive UE e dalle giurisprudenze nazionali.

Ciò ha comportato anche una poca pressione pubblica, differentemente da quanto avvenuto con la necessità di istituire l'EPPO. La complessità del tema non ha stimolato un dibattito pubblico e sociale sufficientemente ampio per spingere i leader politici ad agire. Ma v'è di più, anche il confronto tra gli operatori del diritto è stato scarso e non efficace, stante soprattutto la gelosia degli Stati membri alla loro sovranità giudiziaria in materia penale e l'elevato rischio percepito per l'autonomia del proprio sistema giudiziario.

Di certo, negativamente ha influito e continua ad influire l'eterogeneità dei sistemi legali e la mancanza di una chiara base giuridica da cui la formazione di un sistema di difesa europeo poteva e potrebbe nascere.

Invero, Il Trattato di Lisbona conferisce poteri limitati in materia penale all'UE, concentrandosi sulla cooperazione e sull'armonizzazione di alcuni diritti procedurali, ma non prevede la creazione di organi come un Eurodifensore. Non esiste un'esplicita previsione per un difensore sovranazionale nei Trattati esistenti, a differenza della Procura Europea, che aveva già una base giuridica nell'articolo 86 TFUE.

È quindi opportuno considerare i mezzi e le riserve esistenti per arrivare al raggiungimento dell'obiettivo di rendere efficace la parità delle armi nei procedimenti transnazionali.

Si dovrebbe innanzitutto agire da un punto di vista normativo, attraverso l'adozione di un regolamento che unifichi alcune garanzie di difesa, soprattutto nelle fasi delle indagini, solo con riferimento ai procedimenti penali transfrontalieri, nel pieno rispetto del principio di sussidiarietà.

Il trattato di funzionamento dell'Unione europea contiene una base giuridica che consente l'adozione di tale strumento: l'articolo 82 §1⁴⁹⁴, che consente di adottare norme minime comuni, tra l'altro, nei settori dei diritti della persona nella procedura penale.

Il primo passo sarebbe quello di raggruppare l'insieme dei testi degli Stati membri e di armonizzazione i diritti procedurali già esistenti, per rafforzarne il carattere unificante, prendendo spunto dall'esperienza italiana.

Di certo vi è il rischio di modifiche non trascurabili delle procedure penali nazionali, pur mantenendo alcune delle loro specificità, in applicazione dell'articolo 67 §1 TFUE⁴⁹⁵, che causerebbe riserve da parte degli Stati.

Riprendendo l'idea di un autorevole autore, si potrebbero utilizzare gli spazi lasciati dai profili elastici dei valori racchiusi nelle Costituzioni dei diversi Stati e scendere “nella dimensione del fatto”, valutando le concrete aspettative delle comunità transnazionali in relazione ai casi di specie, utilizzando le prassi più comuni che consentono di applicare la regola scritta⁴⁹⁶.

Al fine di rendere effettiva questa proposta, l'UE dovrebbe sollecitare gli Stati membri ad un dibattito congiunto tra tutti gli operatori del diritto, attraverso tavole rotonde, conferenze e congressi, al fine di trovare dei punti d'incontro non invasivi.

Il regolamento dovrebbe essere seguito da un'intesa formazione degli operatori del diritto, al fine di creare una nuova categoria di penalisti preparati

⁴⁹⁴ Art. 82 TFUE: «1. La cooperazione giudiziaria in materia penale nell'Unione è fondata sul principio di riconoscimento reciproco delle sentenze e delle decisioni giudiziarie e include il ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri nei settori di cui al paragrafo 2 e all'articolo 83. Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, adottano le misure intese a: a) definire norme e procedure per assicurare il riconoscimento in tutta l'Unione di qualsiasi tipo di sentenza e di decisione giudiziaria; b) prevenire e risolvere i conflitti di giurisdizione tra gli Stati membri; c) sostenere la formazione dei magistrati e degli operatori giudiziari; d) facilitare la cooperazione tra le autorità giudiziarie o autorità omologhe degli Stati membri in relazione all'azione penale e all'esecuzione delle decisioni».

⁴⁹⁵ Art. 67 TFUE: «1. L'Unione realizza uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia nel rispetto dei diritti fondamentali nonché dei diversi ordinamenti giuridici e delle diverse tradizioni giuridiche degli Stati membri».

⁴⁹⁶ Si riprende e si adatta la proposta di M. MENNA, *Prova delle concrete aspettative sociali e giurie elettive di esperti per favorire la cooperazione transnazionale a scopo probatorio*, in Aa.Vv, *Processo penale, lingua e Unione Europea*, Cedam, 2013, 285 ss.

alla difesa nei procedimenti di transazionali. Questa funzione toccherebbe alle istituzioni e alle associazioni forensi e dovrebbe essere realizzata attraverso sinergie con le istituzioni comunitarie e con le omologhe istituzioni degli altri Stati membri.

Va sottolineato che oggi si registrano iniziative di categoria che mirano a far fronte a problemi pratici e di comunicazione, attraverso un supporto organizzativo e legale: il progetto pilota *PenalNet*; *European Lawyers' Union*; *Council of Bars and Law Society*; *European Criminal Bar Association*.

Queste "Reti" non prevedono poteri giuridici, ragion per cui risultano insufficienti a garantire la parità delle armi nei procedimenti transnazionali, ma facilitano solo la comprensione dei diversi sistemi giuridici.

Sebbene l'idea di un difensore europeo sia ancora in una fase teorica, essa costituisce una risposta necessaria e proporzionata alla crescente complessità della giustizia penale europea, contribuendo a bilanciare la dimensione repressiva con quella garantista e a consolidare la fiducia dei cittadini nel sistema giuridico europeo.

Bibliografia

Alesci, T., *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*, a cura di Bene T., Luparia L., Marafioti L., Giappichelli, 2016.

Allegrezza S., *Cooperazione giudiziaria, mutuo riconoscimento e circolazione della prova penale nello spazio giudiziario europeo*, in *L'area di libertà sicurezza e giustizia: alla ricerca di un equilibrio fra priorità repressive ed esigenze di garanzia*, a cura di T. Rafaraci, Giuffrè Editore, 2007.

Allegrezza S., *Statuto e poteri del pubblico ministero europeo*, in *I nuovi orizzonti della giustizia penale europea*, a cura di M. R. Marchetti, 2015

Allegrezza S., Covolo V., *The Directive 2012/13/Eu on the right to information in criminal proceedings: status quo or step forward*, in *European criminal procedure law in service of protection of the Union financial interests: state of play and challenges*. Croatian Association of European Criminal Law, Zagreb, 2016.

Alonso G. R., *Le clausole orizzontali della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario* 1,2002.

Alzaga Villaamil O., *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Madrid, Edersa, 1996

Amalfitano C., *Le prime direttive europee sul ravvicinamento "processuale": il diritto all'interpretazione, alla traduzione e all'informazione nei procedimenti penali*, in *Collana di studi sull'integrazione europea*, 8, 2014.

Amalfitano C., Massimo C., *Unione europea: fonti, adattamento e rapporti tra ordinamenti*. Giappichelli, 2015.

Andolina E., *Cooperazione-integrazione penale nell'Unione europea*, in *Cassazione penale* 10, 2001.

Aprile E., *Diritto processuale penale europeo e internazionale*, Cedam, 2007.

Aprile E., Spiezia F., *Cooperazione giudiziaria penale nell'Unione europea prima e dopo il Trattato di Lisbona*, Wolters Kluwer Italia, 2009.

Arena, A., Bestagno, F., Rossolillo G., *Mercato unico e libertà di circolazione nell'Unione europea*, Vol. 4, G. Giappichelli Editore, 2016.

Arnold J., *Grenzüberschreitende Strafverteidigung in Europa: praktische Erfahrungen und theoretische Überlegungen anhand von Interviews mit Strafverteidigerinnen und Strafverteidigern*. BWV Verlag, 2015.

Asencio Gallego JM. *El derecho al silencio como manifestación del derecho de defensa*, Tirant lo blanch, Valencia, 2017.

Asencio Mellado JM., *Derecho procesal penal*, Tirant lo Blanch, 2020.

Astorri R., Unione europea. Consiglio europeo di Colonia, in *Conclusioni della Presidenza*, 3-4 giugno 1999 (estratto). *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica* 8, 2, 2000.

Balsamo A., *The content of fundamental rights*, in *Handbook of European criminal procedure* (E Kostoris, editor), Springer International Publishing AG, 2018.

Bargis M., *Studi di diritto processuale penale*, in *Questioni europee e "ricadute" italiane* Vol II, Giappichelli, 2007.

Barrocu G., *La cooperazione investigativa in ambito europeo: da Eurojust all'ordine di indagine*, Wolters Kluwer, 2017.

Barrocu G., *La procura europea: dalla legislazione sovranazionale al coordinamento interno*, Wolters Kluwer, 2021.

Belfiore R., *Il futuro della cooperazione giudiziaria e di polizia nell'Unione europea dopo il trattato di Lisbona*, in *Cassazione Penale*, 50, 2010.

Belfiore R., *La prova penale "raccolta" all'estero*, Aracne, 2014

Belfiore R., *Riflessioni a margine della direttiva sull'OEI*, in *Cassazione penale*, 2015.

Belfiore R., *Riflessioni a margine della Direttiva sull'ordine europeo di indagine penale*, in *Cassazione Penale*, 9, 2015.

Belfiore R., *Su alcuni aspetti del decreto di attuazione dell'ordine europeo d'indagine penale*, in *Cassazione Penale*, 58, 1, 2018.

Bernardi A., *Maggiori poteri agli avvocati nella legge in materia di indagini difensive – Le attività di indagini*, in *Diritto penale e processuale*, 2001.

Bernardi A., *La competenza penale accessoria dell'Unione europea: problemi e prospettive*, *Diritto penale contemporaneo*, 2012.

Bernardi, A., *Note telegrafiche su genesi, evoluzione e prospettive future della Procura europea*, in *Sistema penale*, 11, 2021.

Beulke S., Swoboda S, *Beulke/Swoboda, Strafprozessrecht*, XVI ed., CF Müller GmbH, 2022.

Bianco F., *Mutuo riconoscimento e principio di legalità alla luce delle nuove competenze dell'Unione europea in materia penale*, in *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, a cura di G. Grasso, L. Picotti, R. Sicurella, Milano, Giuffrè Editore, 2011.

Biondi A., Eeckhout P., Ripley S., eds. *EU law after Lisbon*, in *Oxford University Press*, USA, 2012.

Biondi A., Piet E., Ripley S., (eds.), *EU law after Lisbon*, Oxford University Press, USA, 2012

Biscardi G., *Investigazioni difensive tra attualità e prospettive future*, in *Diritto Processuale Penale*, 1998.

Bohlander M., *Verteidigernotdienst im strafprozessualen Ermittlungsverfahren-Eine rechtsvergleichende Untersuchung zur Übertragbarkeit der britischen Duty Solicitor Schemes auf das deutsche Strafverfahren*, Peter Lang, 1992

Bohlander M., *Principles of German criminal procedure*, in *Studies in International and Comparative Criminal Law*, II ed., London, Bloomsbury Publishing, 2021.

Bontempelli M., *Le garanzie processuali e il diritto dell'Unione europea, fra legge e giudice*, in *Processo penale e giustizia*, 3, 2014.

Bubula F.A., *La Direttiva 2013/48/UE sul diritto al difensore ea comunicare con terzi e autorità consolari in caso di privazione della libertà personale*, in *Diritto penale contemporaneo*, 29 novembre 2013.

Buzzelli S., *Le videoconferenze transnazionali*, in *Processo penale e giustizia*, 2, 2017.

Caianiello M., *Dal terzo pilastro ai nuovi strumenti: diritti fondamentali, "road map" e l'impatto delle nuove direttive*, in *Diritto penale contemporaneo*, 4, 2015.

Caianiello M., *Verso l'attuazione della direttiva ue sull'ordine europeo di indagine penale*, in *Indagini penali e amministrative in materia di frodi IVA e doganali L'impatto dell'European Investigation Order sulla cooperazione transnazionale*, Cacucci, 2016.

Calvanese E., De Amicis G., *Eurojust: il terzo pilastro trova le sue fondamenta*, in *Guida al diritto*, 6, 2002.

Camaldo L., *Il pubblico ministero europeo dal Corpus Juris al Trattato di Lisbona: un "fantasma" si aggira nell'Unione europea*, in *Studi in onore di Mario Pisani. 2, Diritto processuale penale e profili internazionali: diritto straniero e diritto comparato*, a cura di P. Corso, E. Zanetti, CELT, 2010.

- Camaldo L., *La Direttiva sull'ordine europeo di indagine penale (OEI): un congegno di acquisizione della prova dotato di molteplici potenzialità, ma di non facile attuazione*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 27 maggio 2014.
- Campanella S., *L'attività difensiva di ricerca e di individuazione degli elementi probatori: l'accesso ai luoghi*, in *Processo penale: il nuovo ruolo del difensore*, a cura di L. Filippi, Padova, 2001.
- Canzio G., Lattanzi G., Lupo E. (eds), *Codice di procedura penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*. Vol. 3. Giuffrè Editore, 2008.
- Cappello A., *Il ruolo dell'avvocato della difesa nel processo penale in Francia*, in AA.VV., *La circolazione investigativa nello spazio giuridico europeo: strumenti, soggetti, risultati*, CEDAM, 2010.
- Carbasse JM., *Histoire du parquet*, Paris: Presses universitaires de France, 2000.
- Caretti P., *La tutela dei diritti fondamentali nel nuovo trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa*, in *Diritto dell'Unione Europea*, 2, 2005.
- Carli AG., *Il diritto di difesa nell'istruttoria penale: saggio sull'art. 24, 2 [o] Cost.*, Giuffrè, 1983.
- Cartabia M., *“Unita nella diversità”: il rapporto tra la Costituzione europea e le costituzioni nazionali.*, *Quaderni CESIFIN. Nuova serie*, 28, 2006.
- Catena V.M., *El Ministerio Fiscal, director de la investigación de los delitos*, in *Teoría & Derecho. Revista de pensamiento jurídico* 01, 2007.
- Cesqui E., *Il ruolo del Ministero nella cooperazione penale*, in *Cassazione penale* 59, 1, 2019.
- Chalmers D, Davies G, Monti G, *European Union law: text and materials*, Cambridge University press, 2024.
- Chiavario M., *Chiaroscuri di una “novella” dagli intenti riequilibratori*, in *Legislazione penale*, 1995.
- Chiavario M., *Giustizia europea e processo penale: nuovi scenari e nuovi problemi*, in *Legislazione penale*, 2008.
- Chiavario M., *Diritto processuale penale*, 7ª ed., Utet, 2017.
- Cobo Del Rosal M., Quintanar Diez M., Zabala Lopez- Gomez C., *Derecho procesal penal español*, Madrid, 2006.
- Comi V., Giunchedi F., Santoriello C., *Commento all'art.391bis c.p.p.*, in *codice di procedura penale commentato online* Wolters Kluwer, 2023
- Comi V., Giunchedi F., Santoriello C., *Commento all'art.391ter c.p.p.*, in *codice di procedura penale commentato online* Wolters Kluwer, 2023

Commissione europea, *Ottava relazione generale sull'attività delle Comunità europee nel 1974*, 11 febbraio 1975.

Conso G. Grevi V., Neppi Modona G., *Il nuovo codice di procedura penale. Dalle leggi delega ai decreti delegati.*, Padova, Cedam, 1990.

Craig P., De Búrca G., *EU law: text, cases, and materials*. Oxford University Press, 6th ed, USA, 2015.

Cremona M., *External relations and external competence of the European Union: the emergence of an integrated policy*, 2011.

Cultrera D., *La Normativa sulle investigazioni difensive in altri paesi dell'Unione Europea*, per il manuale formato e-book *Mandato d'arresto europeo e investigazioni difensive all'estero*, a cura di L. Camaldo, Giuffrè Editore, 2018.

Curtotti Nappi D., *Il difensore*, in *Codice di procedura penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, a cura di G.Lattanzi-E.Lupo, Giuffrè, 1998.

Curtotti Nappi D., *Voce La difesa penale*, in *Dig.disc.pen.*, Tomo I, Utet, 2005.

Curtotti D., *L'inadeguatezza delle norme al cospetto della nuova realtà investigativa e le soluzioni giuridiche percorribili*, AA. VV., *Manuale delle investigazioni sulla scena del crimine*, a cura di D.Curtotti, L.Saravo, Giappichelli, 2013.

Daniele M., *La metamorfosi del diritto delle prove nella direttiva sull'ordine europeo di indagine penale*, in *Diritto penale contemporaneo*, 4,2015.

Daniele M., *L'impatto dell'ordine europeo di indagine penale sulle regole probatorie nazionali*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 3, 2016.

Daniele M., *Ricerca e formazione della prova*, in *Manuale di procedura penale europea*, a cura di R.E. Kostoris, Giuffrè, 2017.

Daniele M., Calvanese E., *Evidence Gathering*, in *Handbook of European Criminal Procedure* (E Kostoris, editor), Springer International Publishing AG, 2018.

Daniele M., *I chiaroscuri dell'OEI e la bussola della proporzionalità*, in *L'ordine europeo di indagine penale. Il nuovo volto della raccolta transnazionale delle prove nel d.lgs. n. 108 del 2017*, a cura di M. Daniele, R.E. Kostoris, Giappichelli, 2018.

Daniele M., *Ricerca e formazione della prova*, in *Manuale di procedura penale europea*, a cura di R.E. Kostoris, Milano, Giuffrè, 2019.

Daraio G., *La circolazione della prova nello spazio giudiziario europeo*, in AA.Vv., *Spazio europeo di giustizia e procedimento penale italiano*.

Adattamenti normativi e approdi giurisprudenziali, a cura di L. Kalb, Giappichelli Editore, 2012.

Daraio G., *L'attuazione della dq 577/2003 sul reciproco riconoscimento dei provvedimenti di sequestro a fini di prova o di confisca*, in *Diritto Penale e Processo*, 9, 2016.

De Amicis, G., *Problemi e prospettive della cooperazione giudiziaria penale in ambito europeo: forme e modelli di collaborazione alla luce del titolo VI del trattato di Amsterdam*, in *Giurisprudenza di Merito*, 2002.

De Amicis G., *Cooperazione giudiziaria e criminalità transnazionale: l'esigenza del coordinamento investigativo*, in *Giurisprudenza di merito*, 2003.

De Amicis G., *Il mandato europeo di ricerca delle prove: un'introduzione*, in *Cassazione Penale* 48, 7, 2008.

De Amicis G., *Limiti e prospettive del mandato europeo di ricerca della prova*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2011.

De Amicis G., *Organismi europei di cooperazione e coordinamento investigativo* [II parte]. In *Cassazione penale* 57, 2, 2017.

De Amicis G., *Le forme e gli strumenti della cooperazione*, in *Manuale di procedura penale europea*, a cura di R.E. Kostoris, Giuffrè, 2017.

De Amicis, G., *Dalle rogatorie all'ordine europeo di indagine: verso un nuovo diritto della cooperazione giudiziaria penale*, in *Cassazione penale* 58, 1, 2018.

De Amicis G., *"Competenza" e funzionamento della procura europea nella cognizione del giudice*, in *La legislazione penale*, 31.1.2022.

De Caro A., *Percorsi legislativi e poteri delle parti nel processo penale: dal codice rocco alla riforma delle investigazioni difensive*, in *Cassazione penale* 11, 2001.

De Caro A., *I poteri probatori del giudice e diritto alla prova*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2003.

De Kerchove J., *L'Europe pénale: bilan et perspectives*, in *Police and judicial cooperation in the European Union*, FIDE 2004 national reports Cambridge University Press, 2004.

De Leo, F., *La Convenzione sul Futuro dell'Europa e la cooperazione giudiziaria in materia penale*, in *Diritto penale e processo*, Vol. 3. 2003.

De Morales Romero MM., *La propuesta de un Defensor del Pueblo Europeo en materia penal (ECLO)*, in *Boletín del Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes* 2014, 2006.

De Oliva Santos, AA.VV., *Derecho Procesal Penal*. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2007.

De Oña Navarro J. M., *El derecho de defensa en la fase de instrucción del proceso penal en la doctrina del Tribunal Constitucional*, in *Constitución y garantías penales. Consejo General del Poder Judicial*, 2004.

De Pasquale P., *La tutela dei diritti dell'accusato nell'Unione europea*, in *Verso i 60 anni dei Trattati di Roma: stato e prospettive dell'Unione europea*, a cura di A. Tizzano, Torino, 2016.

Dean G., *La richiesta di documentazione alla pubblica amministrazione e l'accesso ai luoghi*, in *Il nuovo ruolo del difensore nel processo penale*, a cura di Dalia, Ferraioli, Giuffrè, 2002.

Del Coco, R., *Ordine europeo di indagine e poteri sanzionatori del giudice*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2015.

Dell'Anno P., *Attività del pubblico ministero*, in *Diritto Processuale Penale*. lex iuris, 2023.

Della Monica G., *Il mandato di arresto europeo*, Giappichelli Editore, 2013.

Denti V., *La difesa come diritto e come garanzia*, in *Il problema dell'autodifesa nel processo penale*, a cura di V. Grevi, M. Chiavario, 1977.

Di Chiara G., voce *Rapporti giurisdizionali con autorità straniere*, in *Enc. dir.*, Agg. II, 1998.

Di Paolo G., *Note a margine della recente proposta di istituzione di una procura europea contenuta nelle Model Rules for the Procedure of the European Public Prosecutor's Office*, in *Processo penale, lingua e Unione europea*, a cura di F. Ruggeri, T. Rafaraci, G. Di Paolo, S. Marcolini, R. Belfiore, CEDAM, 2013.

Di Paolo, G., *Lo spazio di Libertà, Sicurezza e Giustizia dell'UE: recenti novità sul fronte domestico ea livello europeo*, in *Cassazione penale*, 7/8, 2016.

Di Pascale A., *A vent'anni dal Programma di Tampere quali prospettive per le politiche di immigrazione e asilo dell'Unione europea?*, in www.eurojust.it, 18.11.2019.

Eser A., *La posizione giuridica dell'imputato nel processo penale tedesco Originalbeitrag erschienen* in *Il giusto processo: quaderni trimestrali di cultura giudiziaria*, 11/12,1991.

European Court of Human Rights, *Guide on Article 6 of the Convention – Right to a fair trial (criminal limb)*, 31.12.2021.

- Faggiani V., *Le crisi sistemiche dello Stato di diritto e i loro effetti sulla cooperazione giudiziaria nell'UE*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2, 2019.
- Falato F., *Appunti di cooperazione giudiziaria*. ESI, Napoli, 2012.
- Falato F., *La proporzione innova il tradizionale approccio al tema della prova: luci ed ombre della nuova cultura probatoria promossa dall'ordine europeo di indagine penale*, in *Archivio penale* 1, 2018.
- Falato F., *Sistema integrato di fonti e di interpretazioni*, in *Scritti di Cooperazione giudiziaria penale*. DIKE GIURIDICA EDITRICE, 2018.
- Ferreiro M.L.N., *Derecho de defensa e intervención de las comunicaciones de los abogados*. Tirant lo Blanch, 2018.
- Ferreiro, María Lourdes Noya. *Derecho de defensa e intervención de las comunicaciones de los abogados*. Tirant lo Blanch, 2018.
- Ferrua P., *La prova nel processo penale: Volume I-Struttura e procedimento*, Vol. 1., G Giappichelli Editore, 2017.
- Filippi L. et al., *La circolazione investigativa nello spazio giuridico europeo: strumenti, soggetti, risultati*, Cedam, 2010.
- Fiorelli G., *Nuovi orizzonti investigativi: l'ordine europeo di indagine, Diritto penale e processo*, 6., 2013.
- Flore D., *Une justice pénale européenne après Amsterdam*, in *Journal des Tribunaux, Droit Européen*, 1999.
- Fragola M., *Il trattato di Lisbona: che modifica il trattato sull'Unione europea e il trattato della Comunità europea; versione ragionata e sistematica per una consultazione coordinata degli articoli alla luce dei Protocolli e delle Dichiarazioni*. Vol. 26. Giuffrè Editore, 2010.
- Friego, G., *Auspicabile un intervento legislativo per chiarire la «natura» del penalista*, in *Guida al diritto*, 41, 2006.
- Furfaro S., *Pubblicità dell'udienza in cassazione e regole europee: incongruenze sistematiche e ripensamenti inopportuni*, in *Archivio penale*, 3, 2011.
- Gaito A., *Rapporti giurisdizionali con autorità straniere*, in *Compendio di procedura penale, terza edizione*, 1, CEDAM, 2006.
- Galantini N., *Profili della giustizia penale francese*, Giappichelli Editore, 1995.
- García Molina P., and Alarcón A.A., *La defensa letrada de las personas físicas en la fase de instrucción*. Thomson Reuters Aranzadi, 2020.

Garello A., Scuto S., *Le indagini difensive. Commentario articolo per articolo della legge 7 dicembre 2000, n. 397. Profili pratici e questioni controverse*, Il sole 24 ore, 2001

Gatto P., *Le investigazioni preventive del difensore*, Giuffrè, 2003.

Geraci R., *Le parti accusatrici nel processo penale spagnolo*, in *Processo penale e giustizia* 3, 2019.

Gialuz, M., *Per un processo penale più efficiente e giusto. Guida alla lettura della riforma Cartabia (profili processuali)*, in *Sistema penale* www.sistemapenale.it/it/scheda/gialuz-per-un-processo-piu-efficiente-e-giusto-guidaalla-lettura-della-riforma-cartabia, 2022.

Gimeno Sendra V., *Derecho Procesal Penal*(1era ed), Madrid, España: Editorial Colex, 2004.

González Monje A., *La presunción de inocencia en la Unión Europea: Directiva 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo de 9 de marzo de 2016 por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio*, in *Revista General de Derecho Europeo*, 39, 2016.

Grandi C., *Mutuo riconoscimento in materia penale e diritti fondamentali. Il nodo delle confische*, Giappichelli Editore, 2023.

Grasso G., *Prospettive di uno «spazio giudiziario europeo»*, in *Ind. Pen.*, 1996.

Grasso G., *Il Trattato di Lisbona e le nuove competenze penali dell'Unione Europea*, in *Studi in onore di Mario Romano* 4, 2011.

Grevi V. ed., *Misure cautelari e diritto di difesa nella L. 8 agosto 1995 n. 332*, Giuffrè, 1996.

Grifantini F.M., *Ordine europeo di indagine penale e investigazioni difensive*, in *Processo penale e giustizia* 6, 2016.

Guagliardi G., *Procura Europea. Siamo davvero pronti in assenza di un codice di procedura penale europeo? Una nuova sfida per l'avvocatura e la magistratura*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2,2021.

Gualtieri P., *Le investigazioni del difensore*, Padova, 2002.

Gusy C., *Grundrechtsschutz der Strafverteidigung*, *Anwaltsblatt* 34, 5.

Gutiérrez J. S., *El derecho del detenido a la asistencia letrada*, in *Justicia: revista de derecho procesal* 3, 1989.

Hahn C., Mugdan B. (eds.), *Die gesamten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen. Band 1: Materialien zum Gerichtsverfassungsgesetz*, in *Abteilung*, 2, 1983.

- Hassemer W., *Gesamtreform des Procedura Penale*, ed. Schreiber/Wassermann, 1987.
- Henrion H., *L'article préliminaire du Code de procédure pénale: vers une «théorie législative» du procès pénal?*, in *Archives de politique criminelle* 1, 2001.
- Ignor P., *StPO §137*, in *Beck'sches Formularbuch für den Strafverteidiger*, VI Ed., 2018.
- Illuminati G., *L'armonizzazione della prova penale nell'Unione europea*, in *Prova penale e Unione europea*, Vol. 1, Bononia University Press, 2009.
- Illuminati, Giulio. *Prova penale e Unione europea*. Bononia University Press, 2009.
- Jarvers K., *Profili generali del diritto processuale tedesco.*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura penale*, 2003.
- Jimeno-Bulnes M., *Brexit and the future of European criminal Law– A Spanish perspective*, in *Criminal Law Forum*. Vol. 28., Springer Netherlands, 2017.
- Jungfer G., *Eigene Ermittlungstätigkeit des Strafverteidigers– Strafprozessuale und standesrechtliche Möglichkeiten und Grenzen*, 1981.
- Juy- Burman R., *Il processo penale in Germania*, in *Procedure penali d'Europa*, M. Chiavario ed, Padova, 2001.
- Kalb L., *Il ruolo del difensore nella ricerca della prova*, in *Annali Dell'istituto di diritto e procedura penale*, 1, 1995.
- Kalb L., Negri S., *Studi in materia di cooperazione giudiziaria penale*, Giappichelli Editore, 2013.
- Kalb L., *Questioni problematiche in tema di Procura europea*, in *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia. A vent'anni dal Consiglio europeo di Tampere*, Editoriale scientifica, 2020.
- Kampfer, Trevis, *StPO §147*, in *Munchener Kommentar zur StPO*, II ed., C.H.Beck-online, 2023.
- Karsenty, D., *Réflexions sur la mise en oeuvre des pôles de l'instruction au regard de droits fondamentaux*, in *La Semaine Juridique*, 9, 2008.
- Kinzler R., *Grenzüberschreitende Strafverfahren: das Prinzip gegenseitiger Anerkennung im europäisierten Strafverfahren am Beispiel von Auslieferung und Beweismitteltransfer*, 2010.

Kostoris R.E., *Pubblico ministero europeo e indagini nazionalizzate*, in *Cassazione penale* 12, 2013.

Kostoris R.E., *Manuale di procedura penale europea*, Terza edizione, Giuffrè Ediotre, 2017.

Kostoris R. E., ed. *Handbook of European Criminal Procedure*, Cham: Springer, 2018.

La Greca G., *Origine e primi sviluppi della cooperazione giudiziaria internazionale*, in *Rogatorie penali e cooperazione giudiziaria internazionale*, a cura di G. La Greca, M.R. Marchetti, Giappichelli, 2003.

Lasagni G., *Profili critici sullo sviluppo della circolazione probatoria nell'Unione europea. Alcuni parametri di valutazione dei sistemi di cooperazione europei alla luce della direttiva OEI*, in *Indagini penali e amministrative in materia di frodi IVA e doganali. L'impatto dell'European Investigation Order sulla cooperazione transnazionale*, Cacucci editore, 2016.

Lattanzi, G., *La nuova dimensione della cooperazione giudiziaria*, in *Documenti Giustizia* 6, 2000.

Lazzerini N., *La Direttiva 2013/48/UE sul diritto di avvalersi di un difensore, di informare un terzo al momento della privazione della libertà personale e di comunicare con terzi e con le autorità consolari*, in *Osservatoriosullefonti.it*, 3, 2013.

Libro Verde sulla ricerca delle prove in materia penale tra Stati Membri e sulla garanzia della loro ammissibilità, Bruxelles, 11 novembre 2009, COM (2009)624).

Locatelli G., Sarno G., *Gli atti di investigazione difensive nel procedimento penale*, Padova, 2006, p.4

Lugato M., *Note e commenti-La rilevanza giuridica della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Rivista di diritto internazionale* 84, 4, 2001.

Luparia Donati L., *Profili dell'azione penale "europea"*, in *Il corpus juris 2000: nuova formulazione e prospettive di attuazione*, Cedam, 2004. 231.

Macrillò A., *Eurojust e l'attuazione degli accordi Onu contro il crimine organizzato transnazionale*, in *La circolazione investigativa nello spazio giuridico europeo: strumenti, soggetti, risultati*. CEDAM, Milano, 2010.

Maiwald M., *Il processo penale vigente in Germania*, in *Quaderni di procedura penale e diritto processuale comparato*, a cura di E. Palmieri, Messina, 1992.

- Mangiameli S., *La tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento europeo*, in AA. VV., *Itinerari giuridici*, Milano, 2007
- Mangiaracina, A, *Verso nuove forme di cooperazione giudiziaria: le squadre investigative comuni*, in *Cassazione penale* 2004.
- Mangiaracina A, *La circolazione della prova dichiarativa in ambito nazionale ed europeo*, *La giustizia penale* VII, 2010.
- Marafioti L., *Orizzonti investigativi europei: assistenza giudiziaria e mutuo riconoscimento*, in *L'ordine europeo di indagine. Criticità e prospettive: atti del convegno "Investigazioni Sin Fronteras". L'ordine europeo di indagine penale. Spagna e Italia a confronto*", Napoli, 12 e 13 ottobre 2015, Giappichelli, 2016.
- Maranella S., *Origine ed evoluzione della cooperazione giudiziaria in materia penale nell'Unione europea*, Parte I, in *Temi Romana*, 3, 2015.
- Marchetti M.R., *Dalle convenzioni bilaterali alle "nuove" forme di assistenza*, in *Rogatorie penali e cooperazione giudiziaria internazionale*, a cura di G. La Greca, M.R. Marchetti, Giappichelli, 2003.
- Marchetti M.R., *Il mandato europeo di ricerca delle prove*, in *Studi in onore di Mario Pisani*, 2010.
- Marchetti M. R., *Dalla Convenzione di assistenza giudiziaria in materia penale dell'Unione europea al mandato europeo di ricerca delle prove e all'ordine europeo di indagine penale*, in *La cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale nell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, Giuffrè, Milano, 2011.
- Marchetti, M. R., *Oltre le rogatorie. I nuovi strumenti per la circolazione degli atti investigativi e delle prove penali*, in *I nuovi orizzonti della giustizia penale europea*. Giuffrè, Milano, 2015.
- Marchetti M.R., *Rapporti giurisdizionali con autorità straniera*, in *Compendio di procedura penale*, a cura di Conso-V. Grevi-M. Bargis, 9^a ed., Cedam, 2018.
- Marchetti M.R., Selvaggi E., *La nuova cooperazione giudiziaria penale. Dalle modifiche al codice di procedura penale all'ordine europeo d'indagine*, Milano, Wolters Kluwer Cedam, 2019.
- Marchetti M.R., *Procura europea: la normativa interna di collegamento*, in *Diritto penale e processo*, 7. 2021.
- Marcolini S., *La circolazione della prova nello spazio giudiziario europeo tra vecchi e nuovi modelli: la difficile convivenza tra efficienza e tutela*, in *L'evoluzione del diritto penale nei settori di interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*. Giuffrè, 2011.

- Mazza O., *Europa e giustizia penale: la procedura penale*, in *Diritto Penale e Processo*, 2011.
- Mazza O., *Amorfismo legale e adiaforia costituzionale nella nuova disciplina delle intercettazioni*, in *Processo penale e giustizia*, 4, 2018.
- Mazza, O. *Il principio del mutuo riconoscimento nella giustizia penale, la mancata armonizzazione e il mito taumaturgico della giurisprudenza europea*, in *Rivista di diritto processuale*, 2, 2009.
- Melillo G., *Il mutuo riconoscimento e la circolazione della prova*, in AA.VV., *L'area di libertà sicurezza e giustizia: alla ricerca di un equilibrio fra priorità repressive ed esigenze di garanzia*, Milano, 2007.
- Menna M., *Art. 11 l. 397/2000*, in *La difesa penale. Commento alle leggi 7 dicembre 2000 n. 397, 6 marzo 2001 n. 60, 29 marzo 2001 n. 134 e alle successive modifiche*, diretto da Chiavario, Marzaduri, Torino, 2003.
- Menna M., *Prova delle concrete aspettative sociali e giurie elettive di esperti per favorire la cooperazione transnazionale a scopo probatorio*, in *Processo penale, Lingue e Unione europea*. Cedam, 2013.
- Merle V., *Le role de la défense en procédure pénale comparée*, in *Revue de science crim. et de droit pénal comparé*, 1970.
- Merle V., *Traité de droit criminel, Procédure pénale*, 13 ed., 1979.
- Meyer-Goßner/Schmitt, *Vor § 137 in StPO Kommentar*, C.H. Beck, 2024
- Militello V., *I diritti fondamentali come oggetto di tutela penale: l'apporto della Carta europea*, in *Dir. pen. XXI sec 1*, 2003.
- Minucci B., *Verso un ampliamento delle competenze dell'EPPO?*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 3/4, 2023.
- Mitchell J., *Stellungnahme zum Konzept eines, Eurodefensor" als Mittel zur Stärkung der Verteidigung in transnationalen Strafverfahren (Korreferat)*, in Schünemann, Bernd (Hrsg.), *Ein Gesamtkonzept für die europäische Strafrechtspflege - A Programme for European Criminal Justice*, Berlino, 2006.
- Molinari V., *Pubblico ministero e accusa penale nell'ordinamento francese*, in *Pubblico ministero e accusa penale. Problemi e prospettive di riforma*, a cura di G. Conso, Zannichelli, 1979.
- Mollar MP., *El derecho de defensa en la fase de instrucción del proceso penal: la defensa técnica*, in *La Instrucción del crimen: algunos problemas procesales*, Sepín, 2020.

Montaldo S., *A caccia di... prove. L'ordine europeo di indagine penale tra complesse stratificazioni normative e recepimento nell'ordinamento italiano*, in *Giurisprudenza Penale*, 11, 2012.

Montaldo S., *I limiti della cooperazione in materia penale nell'Unione europea*, Editoriale scientifica, 2015.

Montes Reyes A., *Problemática del derecho de defensa en el proceso penal español*, in AA. VV., *La Reforma del Proceso Penal: Il congresso de Derecho Procesal de Castilla y León*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1989.

Moreda, N. A., *Eurojust, a la vanguardia de la cooperación judicial en materia penal en la Unión Europea*, in *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 16, 41, 2012.

Moscarini P., *Eurojust e il pubblico ministero europeo: dal coordinamento investigativo alle investigazioni coordinate*, in *Diritto penale e processo*, 5. IPSOA, 2011.

Motulsky H., *Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle: le respect des droits de la défense en procédure civile*, in *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier* 2, 1961.

Müller E., *Bemerkungen zu den Grundlagen der Reform des Ermittlungsverfahrens*, in *AnwBl* 86, 1986.

Nadal JL, *Parquet et politique pénale depuis le XIXe siècle*. Ed. Christian Bruschi. *Centre lyonnais d'histoire du droit et de la pensée politique*, 2001.

Nappi A., *Guida al codice di procedura penale*, Giuffrè editore, 2007.

Nestler C., *Europäische Verteidigung bei transnationalen Strafverfahren*, in Schünemann, Bernd (Hrsg.), *Ein Gesamtkonzept für die europäische Strafrechtspflege - A Programme for European Criminal Justice*, Berlino 2006

Nocerino W., *L'istituzione della "Super Procura Europea" e il complesso adeguamento interno*, in *Cammino Diritto*, 2022.

Orlandi R., *Qualche rilievo intorno alla vagheggiata figura di un pubblico ministero europeo*, in *Possibilità e limiti di un diritto penale dell'Unione europea*, 1999.

Pagano E., *Sui rapporti tra la Carta e i principi fondamentali elaborati dalla Corte di Giustizia*, in *Le nuove frontiere della disciplina della concorrenza e del mercato nell'Unione europea*, a cura di F. Caruso e L. Sico, Torino 2003.

Pansini C., *Diritto di difesa e struttura del processo*, in *Processo penale e giustizia* 2, 2019.

Panunzio S., *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Jovene, Napoli, 2005.

Parisi N., *Su taluni limiti nell'attività di ricerca e acquisizione della prova penale di reati informatici:(ancora a proposito del preteso conflitto fra esigenze della sovranità e rispetto dei diritti della persona)*, in *Studi in onore di Mario Pisani*, 2010.

Parisi N., *La Procura europea: un tassello per lo spazio europeo di giustizia penale*, in *I quaderni europei* 48, 2013.

Parlamento europeo, *Report (doc. 531/76) on behalf of the Legal Affairs Committee on the relationship between Community law and criminal law*, in *Official Journal of the European Communities*, 13 febbraio 1977.

Pascucci N., *Durata ed efficienza dei procedimenti penali italiani. Riflessioni e proposte alla luce delle risultanze numeriche*, in *Revista Brasileira de Direito Processual Penal* 6, 3,2020.

Pastrana A.T., *L'ordine europeo di indagine penale*, *Processo Penale e Giustizia: Rivista di dottrina e giurisprudenza* 2, 2017.

Perchinunno V., *Il nuovo ruolo del difensore nella ricerca delle fonti di prova*, in AA. VV., *Evoluzione e riforma del diritto e della procedura penale. Studi in onore di G. Vassalli*, 1991.

Perillo E., *Noterelle sparse sulla teoria dei contro-limiti, sul Procuratore europeo, sulla Carta dei diritti fondamentali e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, e sullo spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, in *Atti della Conferenza internazionale "La protezione dei diritti fondamentali e procedurali dalle esperienze investigative dell'OLAF all'istituzione del Procuratore europeo organizzata dalla Fondazione Lelio e Lisli Basso-Issoco e svoltasi a Roma il 12-14 giugno 2013*.

Picotti L., *Superamento della tecnica del c.d. doppio testo e tutela degli interessi europei*, in *Per un rilancio del progetto europeo. Esigenze di tutela degli interessi comunitari e nuove strategie di integrazione penale*, a cura di G. Grasso, R. Sicurella, Milano, Giuffrè, 2008.

Pisani M., *Il nuovo article préliminaire del codice di procedura penale francese*, in *Riv. dir. proc.*, 2000

Pisani, M. *Per un "mandato europeo di ricerca delle prove*, in *Rivista Italiana di diritto processuale penale*, 2003.

Pisani M., *Cooperazione giudiziaria in materia penale e diritti dell'uomo*, in *Cooperazione giudiziaria in materia penale e diritti dell'uomo*, a cura di C. Zanghì, L. Panella, Giappichelli, 2004.

Piziali G. *Maggiori poteri agli avvocati nella legge in materia di indagini difensive. Utilizzo dei risultati delle indagini*, in *Diritto penale e processo*, 2001.

- Politi T., *La documentazione audiovisiva delle sommarie informazioni: una prima lettura della Riforma Cartabia*, in *Giurisprudenza penale*, 11, 2022.
- Pradel J., *La procédure pénale française à l'aube du troisième millénaire*, 2000.
- Pradel J., *Les suites législatives de l'affaire dite d'Outreau.*, in *La semaine juridique, édition generale* 14, 2007.
- Pressacco L., *La Corte di giustizia tra Procura europea e giurisdizioni nazionali*, in *l'indice Penale*, 3, 2015.
- Pressacco L., *Profili ordinamentali del pubblico ministero europeo*, in *Cassazione penale*, 12, 2018.
- Pulito, L. *La circolazione della prova penale in Europa dopo il Trattato di Lisbona*, in *Giustizia penale, Part I*, column 381, 2010.
- Quattrocchio S., *The right to information in EU legislation*, in *Human Rights in European Criminal Law: New Developments in European Legislation and Case Law after the Lisbon Treaty*, 2015.
- Quattrocchio S., *Interventi minimi in materia di diritto di accesso al difensore: la recente trasposizione della direttiva 2013/48/UE*, 2016.
- Quintero Olivares G., *La justicia penal en Espana*, Aranzadi, Pamplona, 1998.
- Rackow P., *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, risultati*, a cura di L. Filippi, P. Gualtieri, P. Moscarini, A. Scalfati Padova, Cedam, 2010.
- Rafaraci T., ed. *L'area di libertà sicurezza e giustizia: alla ricerca di un equilibrio fra priorità repressive ed esigenze di garanzia. Atti del Convegno (Catania, 9-11 giugno 2005)*. Vol. 213, Giuffrè Editore, 2007.
- Rafaraci T., *Il diritto di difesa nelle procedure di cooperazione giudiziaria nel contesto dell'Unione europea*, in *La cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale nell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, a cura di T. Rafaraci, Milano, 2011.
- Rafaraci T., ed. *La cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale nell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*. Giuffrè, 2011.
- Rassat M-L, *Procédure pénale*, Édition Marketing Ellipses, 2017.
- Relazione della commissione al Parlamento Europeo e al Consiglio, sull'attuazione della direttiva 2013/48/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 ottobre 2013, relativa al diritto di avvalersi di un difensore nel procedimento penale e nel procedimento 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, COM/2019/560 final.

Riaño Brun I., González M.R., *Derechos y defensas del investigado en el proceso penal*, Aranzadi, 2022.

Ridola P., *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e le—tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri*, in SP PANUNZIO—E. SCISO, *Le riforme istituzionali e la partecipazione dell'Italia all'Unione europea*, Milano, 2002.

Rinoldi D. G., *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, in *Elementi di diritto dell'Unione europea. Parte speciale. Il diritto sostanziale*. Giuffrè Editore, 2014.

Rossi L.S., *Il Trattato di Lisbona: Commentario*, Giuffrè Editore, 2011.

Roth R., *Droit pénal transnational: un droit pénal sans État et sans territoire*, in Morand, Charles-Albert (Ed.), *Le droit saisi par la mondialisation*, 2001.

Ruggeri S., *Introduzione al sistema processuale penale tedesco*, in Galatini e Ruggeri, *Scritti inediti di procedura penale*, Trento, 1998.

Ruggeri S., *Procedimento penale, diritto di difesa e garanzie partecipative nel diritto dell'Unione europea*, in *Diritto penale contemporaneo* 4, 2015.

Ruggeri S., *Indagini e azione penale nei procedimenti di competenza della nuova procura europea*, in *Processo penale e giustizia* 3, 2018.

Ruggiero G., *Compendio delle investigazioni difensive*, Giuffrè, 2003.

Salazar L., *Eurojust: una prima realizzazione della Decisione del Consiglio Europeo di Tampere*, in *Doc. Giust.*, 2000.

Salazar L., *La costruzione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia dopo il Consiglio europeo di Tampere*, in *Cassazione penale*, 4, 2000.

Salazar L., *La lotta alla criminalità nell'Unione: passi in avanti verso uno spazio giudiziario comune prima e dopo la Costituzione per l'Europa ed il programma dell'Aia*, in *Cassazione penale* 11, 2004.

Salazar L., *Di un sistema penale europeo (e dei suoi attori) prima e dopo il Trattato di Lisbona*, in *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, a cura di G. Grasso—L. Picotti—R. Sicurella, Milano, 2011.

Salazar L., *Habemus EPPO! La lunga marcia della Procura europea*, in *Archivio penale* 3, 2017.

- Salditt F., *The European criminal law ombudsman project*, ERA Forum, 7., 2. Berlin/Heidelberg: Springer-Verlag, 2006.
- Satzger H., *International and European criminal law*. Munich: CH Beck, 2012.
- Scalfati A., *Ricerca della prova e immunità difensiva*, Cedam, 2001.
- Scalfati A., *Note minime su cooperazione investigativa e mutuo riconoscimento*, in *Processo penale e giustizia* 2, 2017.
- Scella A., *Questioni controverse in tema di informazioni testimoniali raccolte dalla difesa*, in *Rivista Italiana di diritto e procedura penale*, 1993.
- Scella, A., *Per una storia costituzionale del diritto di difesa: la Corte e le ambiguità del processo «misto»*, 2006.
- Schünemman B., *A Programme for European Criminal Justice*, Monaco, 2006.
- Schünemann B., *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*, 2014.
- Sciarabba, V., Chinnici C., *L'istituzione della Procura europea e la cooperazione rafforzata: nuove prospettive*, in *www.Europeanrights.eu* 31, 2017.
- Selvaggi E., *L'Oei sostituisce la tradizionale rogatoria*, in *Guida al dir.*, Dossier n. 5, 2016.
- Selvaggi E., *La nuova legge sulle rogatorie*, in *Cassazione Penale*, 2001.
- Selvaggi E., *Le nuove forme della cooperazione: un ponte verso il futuro*, in *Rogatorie penali e cooperazione giudiziaria internazionale*, Giappichelli, a cura di G. La Greca-MR Marchetti, 2003.
- Senato della Repubblica, *Relazione al disegno di legge n. 1956, comunicato alla presidenza il 17 gennaio 2008, Ratifica ed esecuzione del Trattato di Lisbona che modifica il Trattato sull'Unione europea e il Trattato che istituisce la Comunità europea e alcuni atti connessi, con atti finali, protocolli e dichiarazioni, fatto a Lisbona il 13 dicembre 2007*, 2008.
- Servizi Studi- Dipartimento di Giustizia, *“Investigazioni difensive A.C. 5458”*, progetto di legge n 704, XIV legislatura, 2005.
- Seuic J.F., *Forces et faiblesses de la constitutionnalisation substantielle et formelle du droit pénal*, in *La procédure pénale en quête de cohérence* (Autori vari), Paris, 2007.

Sicurella R., *Diritto penale e competenze dell'Unione europea: linee guida di un sistema integrato di tutela dei beni giuridici sovranazionali e dei beni giuridici di interesse comune*, Giuffrè, 2005.

Sicurella R., *Il diritto penale europeo dopo Lisbona. Dall'“ossimoro polisenso” al diritto penale di un sistema di ordinamenti integrati. Ancora a metà del guado*, in *Archivio penale* 1, 2021.

Siracusano F., *Una lenta progressione verso la costruzione di uno “statuto europeo” delle garanzie difensive*, in *Processo penale, lingua e Unione Europea*. Cedam, Padova, 2013.

Siracusano F., *Procedure di cooperazione giudiziaria e garanzie difensive: lungo la strada, a piccoli passi*, in *Archivio penale* 3, 2016.

Siracusano F., *Tra semplificazione e ibridismo: insidie e aporie dell'Ordine europeo di indagine penale*, in *Archivio penale* 2, 2017.

Sommer U., *Effektive Strafverteidigung: Recht, Psychologie, Überzeugungsarbeit der Verteidigung.*, 2023.

Soo A., *How are the member states progressing on transposition of Directive 2013/48/EU on the right of access to a lawyer? An inquiry conducted among the member states with the special focus on how Article 12 is transposed*, in *New Journal of European Criminal Law*, Vol 8, n.1, 2017.

Sotis C., *Il Trattato di Lisbona e le competenze penali dell'Unione europea*, in *Cassazione penale* 3, 2010.

Souto G.P., *Eurojust: ¿ un instrumento eficaz en la lucha contra el crimen organizado?*, in *Revista General de Derecho Europeo* 30, 2013.

Spangher G., *In tema di informazioni ed avvisi al difensore della persona arrestata o fermata*, in *CP*, 1990, 282.

Spangher G., *Le investigazioni difensive: considerazioni generali*, in *Studium iuris* 5, 2001, pp. 530-532.

Spangher G., *Presunzione di innocenza: la Dir. UE 343/2016 limita alla stretta necessità le informazioni delle Procure alla stampa*, in *Altalex*, Wolter Kluwer, 28.4.2021

Spiezia F., *Le linee evolutive della cooperazione giudiziaria penale in ambito europeo*, in *Cooperazione giudiziaria penale nell'Unione europea prima e dopo il Trattato di Lisbona*, Milano, Giuffrè, 2009.

Spiezia F., *Il pubblico ministero europeo e i rapporti con Eurojust*, in *Atti del convegno intitolato La cooperazione rafforzata per l'istituzione dell'Ufficio del Procuratore europeo, tenutosi a Roma, presso la Fondazione Basso*, in data 24.25.05.2018.

Strozzi G., Mastroianni R., *Diritto dell'Unione europea: parte istituzionale*, Giappichelli Editore, 2016.

Suraci L., *Le indagini difensive*, Vol. 2., Giappichelli Editore, 2014.

Szwarc, *Eurodefence – Support for the Defence in A Programme for European Criminal Justice*, a cura di B. Schunemann, 2006.

Tesauro G., *Manuale di diritto dell'Unione europea*, Editoriale Scientifica, 2023

Tesoriero S., *La cooperazione transnazionale nelle indagini in materia di frodi IVA e doganali: strumenti tradizionali e nuove opportunità*, in *Indagini penali e amministrative in materia di frodi IVA e doganali*, a cura di M. Caianiello-A. Di Pietro, Cacucci, 2016.

Triggiani N., Giunchedi F., Santoriello C., *Commento art. 327 bis codice di procedura penale*, su Codice di procedura penale commentato online, Wolter Kluwer, 2023

Ubertis G., *Giusto processo e contraddittorio in ambito penale*, in *Cassazione Penale*, 2003.

Vaudano A. Venegoni A., *Commento art. 86*, in C. Curti Gialdino (a cura di), *Codice dell'Unione europea operativo*, Napoli, 2012.

Velani L.G., *Le investigazioni preventive. Procedure e formule*, Vol. 15, Giuffrè Editore, 2012.

Venegoni A., *Considerazioni sulla normativa applicabile alle misure investigative intraprese dal Pubblico Ministero Europeo nella proposta di Regolamento COM (2013) 534*, in *Diritto penale contemporaneo*, 20 novembre 2013.

Ventura P., *Le indagini difensive*, Giuffrè Editore, 2005.

Villani U., *I diritti fondamentali tra Carta di Nizza, Convenzione europea dei diritti dell'uomo e progetto di Costituzione europea*, in *Il diritto dell'Unione europea* 9, 1, 2004.

Vitiello C., *Il sistema globale di acquisizione delle prove nelle fattispecie aventi dimensione transfrontaliera*, in *Scritti di cooperazione*, a cura di F. Falato-F. Caringella, Dike giuridica, 2018.

Voena G.P., voce *Difesa penale*, in *Enc. giur.*, X, Roma, Treccani, 1988.

Vogel J., *Die Zukunft der europäischen Integration auf dem Gebiet der Strafrechtspflege (Korreferat)*, 2006.

Vogler R., *Lost in translation: language rights for defendants in European criminal proceedings*, in *Human Rights in European Criminal Law: New*

Developments in European Legislation and Case Law after the Lisbon Treaty, 2015.

Voi F., *Eurojust: prime riflessioni su alcuni profili ordinamentali*, in *Diritto penale e processo*, 5, 2005.

Weatherill S., *The Lisbon Treaty: A Constitutional Treaty in All But Name*, in *Journal of Common Market Studies*, 46(4),2008.

Weertz A., *Der Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften - Betrachtung des Vorhabens zur Errichtung einer Europäischen Staatsanwaltschaft und der Auswirkungen auf die Verfahrensrechte der Betroffenen*, Berlino, 2008

Zavala Baquerizo, J. E., *Tratado de derecho procesal penal*, 2004.

Sitografia

www.Treccani.it

www.eur-lex.europa.eu

www.dps.tesoro.it

www.ec.europa.eu

www.servat.unibe.ch

www.giustizia.it

www.legifrance.gouv.fr

www.senat.fr

www.justice.gouv.fr

www.conseil-constitutionnel.fr

www.eumonitor.nl

www.hudco.echr.coe.int

www.ccbe.eu

www.ccbe.eu

www.legifrance.gouv.fr

www.abogacia.es

www.uae.lu/fr

www.ecba.org

www.osservatoriocedu.eu

www.hudoc.echr.coe.int

www.eur-lex.europa.eu/collection/eu-law/eu-case-law/reports

Giurisprudenza

Sentenze Corte Europea Dei Diritti dell'Uomo

C. Eur. Dir. Uomo, 29 Giugno 2007, O'Halloran and Francis v. United Kingdom, in www.hudoc.echr.coe.int

C. Eur. Dir. Uomo, 8 June 1976, Engel and Others v. The Netherlands, in www.hudoc.echr.coe.int

C. Eur. Dir. Uomo, 28 Novembre 1978, Luedicke, Belkacem and Koç v. Germany, in www.hudoc.echr.coe.int

C. Eur. Dir. Uomo, 27 febbraio 1980, Deweer c. Belgio, in www.hudoc.echr.coe.int

C. Eur. Dir. Uomo, 9 luglio 1981, Kröcher e Möller c. Svizzera, in www.hudoc.echr.coe.int

C. Eur. Dir. Uomo, 15 Luglio 1982, Eckle v. Germany, in www.hudoc.echr.coe.int

C. Eur. Dir. Uomo, 25 Aprile 1983, Pakelli v. Germany, in www.hudoc.echr.coe.int

C. Eur. Dir. Uomo, 30 Settembre 1985, Can v. Austria, in www.hudoc.echr.coe.int

C. Eur. Dir. Uomo, 19 Febbraio 1991, Frau v. Italy, in www.hudoc.echr.coe.int

C. Eur. Dir. Uomo, 25 Settembre 1992, Croissant v. Germany, in www.hudoc.echr.coe.int

C. Eur. Dir. Uomo, 16 Dicembre 1992, Edwards v. United Kingdom, in www.hudoc.echr.coe.int

C. Eur. Dir. Uomo, 26 Maggio 1996, Doorson v. The Netherlands, in www.hudoc.echr.coe.int

Corte Eur. Dir. Uomo, 18 febbraio 1997, Nideröst-Huber v. Switzerland, in www.hudoc.echr.coe.int

C. Eur. Dir. Uomo, 23 Aprile 1997, Van Mechelen and Others v. The Netherlands, in www.hudoc.echr.coe.int

C. Eur. Dir. Uomo, 22 maggio 1998, Hozee c. Paesi Bassi, in www.hudoc.echr.coe.int

C. Eur. Dir. Uomo, 25 Marzo 1999, Pélissier and Sassi v. France, in www.hudoc.echr.coe.int

C. Eur. Dir. Uomo, 16 February 2000, Rowe and Davis v. United Kingdom, in www.hudoc.echr.coe.int

C. Eur. Dir. Uomo, 16 Febbraio 2000, Rowe and Davis v. United Kingdom, in www.hudoc.echr.coe.int

C. Eur. Dir. Uomo, 25 Luglio 2000, Mattoccia v. Italy, in www.hudoc.echr.coe.int

C. Eur. Dir. Uomo, 27 Febbraio 2001, Lucà v. Italy, in www.hudoc.echr.coe.int

C. Eur. Dir. Uomo, 17 Maggio 2001, Güngör v. Germany, in www.hudoc.echr.coe.int

C. Eur. Dir. Uomo, 15 Novembre 2001, Correia de Matos v. Portugal, in www.hudoc.echr.coe.int

C. Eur. Dir. Uomo, 13 febbraio 2003, Bertuzzi c. Francia, in www.hudoc.echr.coe.int

C. Eur. Dir. Uomo, 6 Maggio 2003, Perna v. Italy, in www.hudoc.echr.coe.int

C. Eur. Dir. Uomo, 9 Maggio 2003, Georgios Papageorgiou v. Greece, in www.hudoc.echr.coe.int

C. Eur. Dir. Uomo, 17 Dicembre 2004, Pedersen and Baadsgaard v. Denmark, in www.hudoc.echr.coe.int

C. Eur. Dir. Uomo, 15 febbraio 2005, Steel e Morris c. Regno Unito, in www.hudoc.echr.coe.int

C. Eur. Dir. Uomo, 20 Aprile 2006, Carta v. Italy, in www.hudoc.echr.coe.int

C. Eur. Dir. Uomo, 10 agosto 2006, Padalov c. Bulgaria, in www.hudoc.echr.coe.int

Corte Eur. Dir. Uomo, 16 November 2006, Klimentyev v. Russia, in www.hudoc.echr.coe.int

C. Eur. Dir. Uomo, 27 March 2008, Perić v. Croatia, in www.hudoc.echr.coe.int

C. Eur. Dir. Uomo, 9 ottobre 2008, Moiseyev c. Russia, in www.hudoc.echr.coe.int

C. Eur. Dir. Uomo, 27 novembre 2008, Salduz c. Turchia, Grande camera, in www.hudoc.echr.coe.int

C. Eur. Dir. Uomo, 11 Dicembre 2008, Mirilashvili v. Russia, in www.hudoc.echr.coe.int

C. Eur. Dir. Uomo, 27 Gennaio 2009, Mika v. Sweden, in www.hudoc.echr.coe.int

C. Eur. Dir. Uomo, 24 Febbraio 2009, Protopapa v. Turkey, in www.hudoc.echr.coe.int

C. Eur. Dir. Uomo, 16 luglio 2009, Potapov c. Russia, in www.hudoc.echr.coe.int

C. Eur. Dir. Uomo, 18 Febbraio 2010, Aleksandr Zaichenko v. Russia, in www.hudoc.echr.coe.int

C. Eur. Dir. Uomo, 29 marzo 2010, Medvedyev c. Francia, in www.hudoc.echr.coe.int

C. Eur. Dir. Uomo, 20 settembre 2011, OAO Neftyanaya Kompaniya Yukos c. Russia, in www.hudoc.echr.coe.int

Corte Eur. Dir. Uomo, 10 Luglio 2012, Gregačević v. Croatia, in www.hudoc.echr.coe.int

C. Eur. Dir. Uomo, 19 Luglio 2012, Hümmer v. Germany, in www.hudoc.echr.coe.int

C. Eur. Dir. Uomo, 24 ottobre 2013, Affaire navone et autre c. Monaco, in www.hudoc.echr.coe.int

C. Eur. Dir. Uomo, 14 Ottobre 2014, Baytar v. Turkey, in www.hudoc.echr.coe.int

C. Eur. Dir. Uomo, 9 aprile 2015, A.T. v. Lussemburgo, in www.hudoc.echr.coe.int

C. Eur. Dir. Uomo, 13 settembre 2016, Ibrahim and Others v. the United Kingdom, in www.hudoc.echr.coe.int

C. Eur. Dir. Uomo, 12 maggio 2017, Simeonovi v. Bulgaria, in www.hudoc.echr.coe.int

C. Eur. Dir. Uomo, 12 Dicembre 2017, Zadumov v. Russia, in www.hudoc.echr.coe.int

C. Eur. Dir. Uomo, 9 November 2018, *Beuze v. Belgium*, in www.hudoc.echr.coe.int

C. Eur. Dir. Uomo, 9 novembre 2018, *Beuze v. Belgio*, in www.hudoc.echr.coe.int

C. Eur. Dir. Uomo, 27 novembre 2018, *Soytemiz c. Turchia*, in www.hudoc.echr.coe.int

Sentenze Corte di Giustizia

Corte Giust, 20 febbraio 1979, causa 120/78, *Rewe- Zentral AG c. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, ECLI: ECLI:EU:C:1979:42, reperibile in www.eur-lex.europa.eu/collection/eu-law/eu-case-law/reports.

Corte Giust, 11 maggio 1989, causa 25/88, *Procedimento penale contro Esther Renée Wurmser, vedova Bouchara, e società Norlaine*, ECLI: ECLI:EU:C:1989:187, reperibile in www.eur-lex.europa.eu/collection/eu-law/eu-case-law/reports.

Corte Giust, 16 giugno 2005, causa C-105/03, *Procedimento penale contro Maria Pupino*, ECLI:EU:C:2005:386, reperibile in www.eur-lex.europa.eu/collection/eu-law/eu-case-law/reports.

Corte di Giustizia, 13 settembre 2005, *Commissione c. Consiglio*, C- 176/03, EU:C:1989:339, reperibile in www.eur-lex.europa.eu/collection/eu-law/eu-case-law/reports.

Corte Giust, 3 maggio 2007, causa C-303/05, *Advocaten voor de Wereld VZW contro Leden van de Ministerraad*, ECLI:EU:C:2007:261, reperibile in www.eur-lex.europa.eu/collection/eu-law/eu-case-law/reports.

Corte Giust., 23 ottobre 2007, causa C-440/05, *Commissione c. Consiglio*, ECLI:EU:C:2007:625, reperibile in www.eur-lex.europa.eu/collection/eu-law/eu-case-law/reports.

Corte Giust., 15 Ottobre 2015, causa C-216/14, *Criminal proceedings against Gavril Covaci*, ECLI:EU:C:2015:305, reperibile in www.eur-lex.europa.eu/collection/eu-law/eu-case-law/reports.

Giurisprudenza italiana

Sentenze Corte Costituzionale

Corte Cost., 18 marzo 1957, n. 46, in www.giurcost.org.

Corte Cost., 14 luglio 1971, n. 175 in www.giurcost.org.

Corte Cost., 22 dicembre 1980, n. 188 in www.giurcost.org.

Corte Cost., 3 giugno 1992, n. 254 e n. 255 , in www.giurcost.org.

Sentenze Corte di Cassazione penale

Cass. pen., Sez. fer., 18 agosto 1992, Burrafato, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, 1169.

Cass. pen., Sez. III, 19 ottobre 2001, n. 2365, in *Cass. Pen.*, 2002, 3784

Cass. pen., Sez. II, 9 aprile 2002, n. 13552, in *Giur. It.*, 2003, 2152

Cass. pen., Sez II, 14 novembre 2002, n.43473, in Mancuso, in *Riv. Pen.*, 2004, 117.

Cass. pen., Sez II, 14 novembre 2002, n. 43473, in *CED Cassazione*, 2002, RV223509

Cass. pen., Sez. III, 15 luglio 2003, n. 2017, in *Arch. Nuova Proc. Pen.*, 2004, 195

Cass. pen., Sez. fer., 25 luglio 2003, n. 34554, in *Mass. Uff.*, 228394;

Cass. pen, Sez. I, 5 novembre 2003, n. 45612, Drozdik, in *Riv. Pen.*, 2004, 1265.

Cass. pen., Sez. II, 12 ottobre 2005, n. 42588, in *Arch. Nuova Proc. Pen.*, 2006, 2, 178

Cass. pen., Sez. Unite, 28 giugno 2006, n. 32009, in *Dir. Pen. e Processo*, 2007, 3, 347

Cass. pen., Sez. II, 6 dicembre 2006, sent. n. 402326, in *Riv. Pen.*, 10, 2007.

Cass. pen., Sez. III, del 27 febbraio 2007, n.21092, in *Riv. Pen.*, 3, 2008,

318. Cass. pen., Sez. II, del 18 febbraio 2016, n. 21596, in *CED Cassazione*,

2016. Cass. pen., Sez. I, ,7 giugno 2019, n. 28216, in *CED Cassazione*, 2019

Giurisprudenza Stati membri

BGH, 5 giugno 2007 5 StR 383/06, in www.dejure.org

BGH, 9 dicembre 1988, 2 StR 279/88, in *Neue Juristische Wochenschrift* 1989.

BVerfG, 26.05.1981 - 2 BvR 215/81, in www.dejure.org

BVerfG, 11.03.1975 - 2 BvR 135/75, 2 BvR 136/75, 2 BvR 137/75, 2 BvR 138/75, 2 BvR 139/75, in www.dejure.org

BVerfGE, 57, 250 (275), in www.bundesverfassungsgericht.de

BVerfGE, 66, 313 (318 s.), in www.bundesverfassungsgericht.de

BVerfGE, 68, 237 (255), in www.bundesverfassungsgericht.de

Conseil d'État , 5 maggio 1944, Dame veuve Trompier-Gravier, in www.conseil-etat.fr/decisions-de-justice/jurisprudence

Decisione N 76-70, 2 dicembre 1976, Cons. 2, in www.conseil-constitutionnel.fr/decision

Decisioni n. 2006-535 DC, 30 mars 2006, in www.conseil-constitutionnel.fr/decision

STS, 5 dicembre 2012, 974/2012, in www.iberley.es/jurisprudencia/sentencia-penal

STS, 9 febbraio 2012, 79/2012, in www.vlex.es/libraries/jurisprudencia