

LA DIRETTIVA 2014/41/UE
E LA DISCIPLINA DELL'ORDINE EUROPEO D'INDAGINE*

Fabio Liguori**

SOMMARIO: 1.- Premessa; 2.- Profili innovativi: il distacco con il recente passato; 3.- Modalità di esecuzione dell'Ordine Europeo d'Indagine; 4.- Profili di criticità: le contraddizioni della Direttiva 2014/41/UE; 5.- Conclusione.

1.- Premessa

Il susseguirsi di continue e molteplici fonti normative comunitarie ha evidenziato uno dei principali obiettivi dell'Unione europea, ossia quello di mantenere e sviluppare uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, al fine di agevolare e accelerare la cooperazione giudiziaria in materia penale.

Il principio del mutuo riconoscimento costituisce l'unico espediente per evitare che le diversità tra i sistemi giudiziari degli Stati intralcino la giustizia nella lotta alla criminalità europea. In tal senso, al fine di prevenire e quindi di evitare il proliferare di reati transfrontalieri, l'Unione ha ritenuto necessario intervenire altresì nel settore probatorio, così da rafforzare la cooperazione tra gli Stati membri nell'acquisizione delle prove e dare una valida alternativa al sistema rogatorio¹.

L'avanzamento nell'ultimo ventennio in materia di raccolta e ricerca della prova è stato netto e, in tal senso, è utile sottolineare l'apporto delle due decisioni quadro 2003/577/GAI – relativa ai provvedimenti di blocco dei beni o di sequestro probatorio – e 2008/978/GAI – con l'introduzione del Mandato europeo di ricerca delle prove, poiché, sebbene nella pratica i due strumenti abbiano evidenziato molteplici difetti – dei quali si discuterà in seguito, il loro contenuto evolutivo è parso recepito e portato a ulteriori sviluppi nella Direttiva 2014/41/UE, che ha introdotto il c.d. Ordine Europeo d'Indagine (da ora OEI)², un nuovo strumento per la ricerca e la raccolta di materiale probatorio.

* Relazione tenuta in occasione del seminario interno alla cattedra di Storia delle istituzioni dal titolo "Le istituzioni europee e la criminalità transnazionale: la circolazione della prova nello spazio UE". Università degli Studi di Napoli "Parthenope", 13 aprile 2018.

** Dottorando di ricerca in "Diritto e istituzioni economico-sociali: profili normativi, organizzativi e storico-evolutivi", presso l'Università degli Studi di Napoli "Parthenope", Dipartimento di Giurisprudenza.

¹ Sul punto, cfr. R. E. Kostoris (cur.), *Manuale di procedura penale europea*, III ed., Padova 2017.

² La Direttiva 41/2014/UE, all'art. 34: «La presente direttiva sostituisce, a decorrere dal 22 maggio 2017, le corrispondenti disposizioni delle seguenti convenzioni applicabili tra gli Stati membri vincolati dalla presente direttiva: convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale del Consiglio d'Europa, del 20 aprile 1959, i relativi due protocolli aggiuntivi e gli accordi bilaterali conclusi a norma dell'art. 26 di tale convenzione; convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen; convenzione relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea e relativo protocollo; la decisione quadro 2008/978/GAI è sostituita per gli Stati membri vincolati dalla presente direttiva. Le disposizioni della decisione quadro 2003/577/GAI sono sostituite per gli Stati membri vincolati dalla presente direttiva per quanto riguarda il sequestro probatorio. Per gli Stati membri vincolati dalla presente direttiva, i riferimenti alla decisione quadro 2008/978/GAI e, con riguardo al sequestro probatorio, alla decisione quadro 2003/577/GAI, si intendono fatti alla presente direttiva».

Le istituzioni europee hanno saputo meditare sui precedenti errori e, attraverso l'OEI, hanno tentato di ricucire la frammentazione del quadro giuridico in materia probatoria al fine di apportare modifiche migliorative ai precedenti strumenti. Nel programma di Stoccolma che ha delineato le priorità dell'Unione europea per lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia, relativamente al periodo 2010-2014, l'obiettivo era individuato nel perfezionamento e nella semplificazione delle operazioni di ricerca, raccolta e acquisizione transnazionale della prova mediante l'instaurazione di un sistema investigativo unitario che potesse coniugare in sé il rispetto per il principio del mutuo riconoscimento e il tradizionale regime di assistenza giudiziaria.

2.- Profili innovativi: il distacco con il recente passato

L'OEI, tecnicamente, si sostanzia in un provvedimento giudiziario emesso o convalidato da un'autorità giudiziaria competente di uno Stato membro, c.d. Stato di emissione, al fine di compiere uno o più atti d'indagine specifici in un altro Stato membro, c.d. Stato di esecuzione. È prevista poi, all'interno della stessa richiesta, la conseguente acquisizione, da parte dello Stato di emissione, degli elementi di prova raccolti al fine di utilizzarli nei processi penali interni.

L'OEI è il frutto di «una nuova impostazione» che intende realizzare un «sistema globale di acquisizione delle prove nelle fattispecie aventi dimensione transfrontaliera», «tale da sostituire tutti gli strumenti esistenti nel settore» e da potersi utilizzare per «tutti i tipi di prove» con precise e rapide modalità di esecuzione e con circoscritti motivi di rifiuto. I precedenti tentativi di operare una *reductio ad unum* delle tante e diverse fonti in materia avevano portato a molteplici fallimenti. I riferimenti normativi da prendere in considerazione, al fine di comprendere la portata innovativa dell'OEI, sono la decisione quadro relativa ai provvedimenti di blocco dei beni o di sequestro probatorio³ e la successiva decisione quadro, che sul modello del mandato di arresto europeo, delineava un mandato europeo di ricerca delle prove (da ora MERP)⁴.

La decisione quadro del 2003 aveva fini cautelari e attribuiva immediato e reciproco riconoscimento ai provvedimenti di «blocco dei beni o di sequestro probatorio», al fine di impedire «atti di distruzione, trasformazione, spostamento, trasferimento o alienazione di prove». Il provvedimento di sequestro probatorio ebbe, sin da subito, uno scarso utilizzo, poiché, una volta individuata la fonte di prova, non permetteva il trasferimento automatico della stessa. In effetti, tale strumento operava limitatamente alla fase di «congelamento», senza estendersi al successivo trasferimento della fonte di prova, per la cui circolazione occorreva una distinta richiesta di rogatoria in conformità delle norme applicabili all'assistenza giudiziaria. Per tali ragioni il procedimento risultava essere diviso in due fasi distinte: inizialmente, nel rispetto dei principi del mutuo riconoscimento, si procedeva all'eventuale individuazione del bene sottoponibile a blocco o a sequestro probatorio e solo in un momento successivo, attraverso una richiesta di assistenza giudiziaria, era possibile richiederne il trasferimento.

³ Sul punto, per un'analisi completa, cfr. D. Servi, *Sequestro e confisca nell'Unione europea: il panorama sopranazionale*, in L. Filippi - P. Gualtieri - P. Moscarini - A. Scalfati (curr.), *La circolazione investigativa nello spazio giuridico europeo: strumenti, soggetti, risultati*, Padova 2010.

⁴ Sul punto, *ex multis*, cfr. G. De Amicis, *Cooperazione giudiziaria e corruzione internazionale*, Milano 2007; A. Ciampi, *L'assunzione di prove all'estero in materia penale*, Padova 2003; D. Carcano, *Norme comuni e norme internazionali sull'assistenza giudiziaria in materia penale*, in Dg 6 (2000) 1043ss.; C. Valentini, *L'acquisizione della prova tra limiti territoriali e cooperazione con autorità straniere*, Padova, 1998.

Per ovviare alle problematiche appena evidenziate, le istituzioni europee, con la decisione quadro relativa al MERP, introdussero questo nuovo strumento di ricerca della prova. Tale strumento era teso a ottenere da uno Stato membro «oggetti, documenti e dati» allo scopo di utilizzarli nel procedimento penale instaurato in un diverso Stato. Il MERP era utilizzabile solo per quelle prove c.d. precostituite, ovvero per le prove già in possesso delle autorità competenti di un diverso Stato membro⁵. Questo *modus operandi* precludeva la possibilità di attivare una fase di indagine *ex novo*, al fine di ricercare nuovi elementi di prova non ancora in possesso delle autorità di uno Stato membro. Per tale ragione dovevano ritenersi escluse le c.d. prove dichiarative, la captazione di comunicazione e, altresì, tutte le prove non ancora esistenti o non direttamente disponibili, a cui continuavano ad applicarsi le tradizionali procedure di assistenza giudiziaria.

Le farraginose modalità di esecuzione e il ristretto ambito di applicazione di tali strumenti, hanno condotto le istituzioni europee a una netta e ambiziosa inversione di rotta.

Il nuovo mezzo di ricerca transnazionale della prova si caratterizza come uno strumento unico, sia per l'acquisizione che per la successiva circolazione delle prove in ambito europeo. Tecnicamente, così come regolato dalla Direttiva 41/2014/UE, l'OEI è uno strumento a carattere orizzontale, ovvero applicabile a qualsiasi atto di indagine penale, fatta eccezione soltanto per il materiale raccolto dalle squadre investigative comuni ai sensi dell'art. 3⁶. L'OEI, prevedendo un unico modulo che realizza la duplice funzione di richiesta e acquisizione della prova ha praticamente dimezzato i tempi di attesa dello Stato di emissione.

Come precedentemente sottolineato, il MERP si applicava solo a prove già precostituite e incideva pertanto su una sfera eccessivamente limitata⁷. L'OEI può essere richiesto per qualsiasi tipo di prova e una delle maggiori novità nel caso di specie è prevista ai sensi dell'art. 30, nel Capo V della Direttiva: «Un OEI può essere emesso per l'intercettazione di telecomunicazioni nello Stato membro la cui assistenza tecnica è necessaria». Con questa prescrizione si è consentito di allargare notevolmente l'ambito di applicazione dell'OEI, non solo reintegrando le c.d. prove precostruite, già previste nella decisione quadro del 2008, ma aggiungendo un *quid pluris*, ossia l'introduzione di quei «mezzi di ricerca della prova» come le ispezioni, le perquisizioni, i sequestri e le intercettazioni di comunicazioni.

Un'importante novità è prevista anche all'art. 11 della Direttiva, in ordine ai motivi di rifiuto di un OEI. Tale articolo prescrive dei casi tassativi di rifiuto, al fine di assicurare maggiore certezza all'esecuzione di un OEI e ridurre al minimo la discrezionalità dello Stato di esecuzione. Sovente gli Stati di esecuzione hanno rifiutato le richieste in materia di cooperazione giudiziaria con il solo scopo di difendere la propria sovranità in una disciplina così strategica e penetrante.

3.- Modalità di esecuzione dell'Ordine Europeo d'Indagine

⁵ Il MERP, nel nostro ordinamento, avrebbe avuto una portata applicativa tendenzialmente ridotta, essendo limitato alla raccolta dei dati informativi, prove materiali – come il corpo del reato e le cose ad esso pertinenti, cui si riferisce l'art. 253 c.p.p. – nonché prove documentali *ex artt.* 234-243 c.p.p., a eccezione del certificato casellario giudiziario cui è stata dedicata un'apposita misura europea, quale la decisione 2005/876/GAI del Consiglio del 21 novembre 2005, sullo scambio di informazioni sulle condanne penali estratte dai casellari giudiziari.

⁶ Sul punto, cfr. A. Tinoco Pastrana, *La lucha contra el terrorismo*, in *Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades* 36 (2016) 439 ss.

⁷ Per un approfondimento ulteriore, sul punto, cfr. F. Falato, *Appunti di cooperazione giudiziaria penale*, Napoli 2012.

Per quanto attiene alle modalità di utilizzo dell'OEI, la Direttiva ha fornito risposte precise e concordanti. La richiesta di OEI deve avvenire secondo il modello allegato alla direttiva – allegato A – da un organo giurisdizionale o da un magistrato inquirente, oppure deve essere convalidato da questi ultimi, prima della trasmissione all'autorità di esecuzione, qualora sia stato disposto da un'altra autorità *ex art. 2*. Questo nuovo sistema permette agli organi giurisdizionali o a un magistrato inquirente di relazionarsi immediatamente con il proprio *alter ego* di un diverso Stato membro così da rendere più rapida l'intera esecuzione.

L'autorità proponente può emettere un OEI solamente quando ritiene soddisfatte le seguenti condizioni: l'emissione di un OEI è necessaria e proporzionata ai fini del procedimento – tenendo in considerazione i diritti della persona sottoposta a indagini o imputata; l'atto o gli atti di indagine richiesti nell'OEI avrebbero potuto essere emessi alle stesse condizioni in un caso interno analogo così come previsto dall'*art. 6*.

L'OEI è trasmesso dall'autorità di emissione all'autorità di esecuzione con ogni mezzo che consenta di conservare una traccia scritta e che permetta allo Stato di esecuzione di stabilirne l'autenticità *ex art. 7*. Qualsiasi ulteriore comunicazione ufficiale è effettuata direttamente tra l'autorità di emissione e l'autorità di esecuzione, che sono altresì tenute a risolvere, attraverso contatti diretti, qualsiasi problematica relativa alla trasmissione o all'esecuzione dell'OEI.

L'OEI dovrà contenere i dati dell'autorità che la emette o convalida, l'oggetto, i motivi della sua emissione, le informazioni necessarie delle persone coinvolte, la descrizione della condotta delittuosa oggetto dell'indagine o del processo, la normativa penale applicabile nello Stato di emissione, la descrizione dell'atto o degli atti di indagine richiesti e le prove che si intendono ottenere.

La tempistica deve essere contraddistinta dalla stessa celerità che avrebbe contraddistinto un analogo caso interno *ex art. 12*. In particolare, sia la decisione sul riconoscimento che l'eventuale esecuzione devono essere eseguite «il più rapidamente possibile» e comunque entro trenta giorni, eventualmente prorogabili per ulteriori trenta, previa informativa all'autorità emittente, tenendo conto delle specifiche esigenze indicate da quest'ultima. L'autorità di esecuzione deve compiere l'atto senza indugio o comunque entro novanta giorni dall'adozione della decisione sul riconoscimento e trasferire «senza indebito ritardo» le prove acquisite o già in suo possesso, ai sensi dell'*art. 13*.

A garanzia dello Stato di esecuzione, qualora l'atto d'indagine richiesto nell'OEI non sia contemplato all'interno dell'ordinamento giuridico dello Stato di esecuzione, oppure non sia previsto per quel caso specifico, l'autorità di esecuzione dispone, ove possibile, un atto di indagine alternativo ai sensi dell'*art. 10*. L'autorità di esecuzione può ricorrere altresì a un atto diverso da quello richiesto nell'OEI, quando il medesimo risultato sia perseguibile attraverso dei mezzi meno intrusivi. In entrambi i casi lo Stato di esecuzione è tenuto a informare preventivamente l'autorità di emissione, la quale può decidere se ritirate o integrare l'OEI.

Sono però previsti alcuni limiti, ovvero vi sono una serie di atti d'indagine «che devono sempre essere disponibili in base al diritto dello Stato membro di esecuzione»⁸.

⁸ L'*art. 10* prevede quegli atti che devono essere disponibili in base al diritto dello Stato membro di esecuzione: l'acquisizione di informazioni o prove che sono già in possesso dell'autorità di esecuzione; l'acquisizione di informazioni contenute in banche dati della polizia o delle autorità giudiziarie; l'audizione di un testimone, di un esperto o di una vittima; atti d'indagine non coercitivi definiti dal diritto dello Stato di esecuzione; l'individuazione di persone titolari di un abbonamento a uno specifico numero telefonico o indirizzo IP.

È incontestato che lo Stato di esecuzione subisca dei costi per effettuare le attività d'indagine richieste dallo Stato di emissione e per tale motivo l'art. 21 dà una risposta chiara, prevedendo che tutte le spese sostenute nel proprio territorio, in esecuzione dell'OEI, siano a carico dello Stato di esecuzione; tuttavia, nel caso in cui si ritenga che tali costi siano eccezionalmente elevati, è prevista per l'autorità di esecuzione la possibilità di consultare l'autorità di emissione in merito all'opportunità di condividere le spese o, in *extrema ratio*, di modificare l'OEI.

4.- Profili di criticità: le contraddizioni della Direttiva 2014/41/UE

Non possono sfuggire, tuttavia, alcuni profili di criticità. Anzitutto appaiono trascurate le implicazioni legate alle differenze tra i diversi ordinamenti nazionali, con riferimento al regime di utilizzabilità dei dati conoscitivi assunti al di fuori della sede processuale in cui saranno successivamente valutati per la decisione⁹. L'imperizia del Legislatore europeo riporta alla mente quelle problematiche connesse alle divergenze tra *lex loci* e *lex fori*, ragione di ostacolo, sin dagli albori dei metodi collaborativi, a una cooperazione effettiva in materia penale. L'efficacia di una collaborazione tra Stati membri al fine della circolazione di materiale probatorio «dipende non soltanto dalla possibilità di assicurare un apporto collaborativo entro tempi ragionevolmente brevi, ma anche e soprattutto dal fatto di trasmettere materiale suscettibile di utilizzazione nel Paese richiedente. A nulla servirebbe, infatti, assicurare il trasferimento del dato probatorio se poi questo non potesse essere utilizzato nel processo di destinazione»¹⁰.

Alla creazione del nuovo strumento probatorio, fondato sul principio del mutuo riconoscimento, non si è dato seguito – come sarebbe stato naturale e opportuno – a una contestuale armonizzazione delle regole di acquisizione e di utilizzazione delle prove, attraverso l'adozione di norme comuni, così come auspicato nel Libro Verde sulla ricerca della prova in materia penale tra Stati membri, e sulla garanzia della loro ammissibilità¹¹.

Come era stato già efficacemente rilevato, «per circolare la prova deve essere compatibile non soltanto con le norme del Paese in cui viene raccolta, ma anche con i principi del Paese in cui viene utilizzata ai fini decisori: sarebbe davvero poco confortante scoprire che una prova illegittima diventa utilizzabile solo perché è battezzata come “europea”»¹².

Il requisito della proporzionalità è stato introdotto per evitare il proliferare di prove inutilizzabili e in virtù della precedente esperienza maturata con il Mandato di arresto europeo, poiché diversi Stati membri utilizzavano tale strumento per reati minori, reati per i quali l'arresto risultava successivamente illegittimo¹³.

⁹ M. Daniele, *La metamorfosi del diritto delle prove nella Direttiva sull'ordine europeo di indagine penale*, in *Dir. pen. cont.* 4 (2015) 3s: «Nell'acquisizione transnazionale della prova i tre obiettivi principali sono: il miglior accertamento dei fatti; la tutela dei diritti fondamentali; l'efficienza processuale. Per questo, ai fini della cooperazione giudiziale, rimane solo una via: il predominio della *lex loci* o quello della *lex fori*. La soluzione tradizionale è stata la prima. La Direttiva non è estranea alle resistenze degli Stati a rinunciare alle proprie regole e garanzie nell'acquisizione della prova».

¹⁰ Così G. Daraio, *La circolazione della prova nello spazio giudiziario europeo*, in L. Kalb (cur.), *Spazio europeo di giustizia e procedimento penale italiano*, 2013, 580.

¹¹ V. Libro Verde sulla ricerca delle prove in materia penale tra Stati Membri e sulla garanzia della loro ammissibilità, dell'11 novembre 2009 (COM [2009] 624 def.).

¹² Così E. Amodio, *Diritto di difesa e diritto alla prova nello spazio giudiziario europeo*, in A. Lanzi - F. Ruggieri - L. Camaldo (curr.), *Il difensore e il pubblico ministero europeo*, Padova 2002, 107.

¹³ Rispetto ai requisiti di necessità e proporzionalità e l'esperienza del MAE, cfr. R. Belfiore, *Riflessioni a margine della Direttiva sull'ordine europeo di indagine penale*, in *Cass. Pen.* 9 (2015) 3293ss.

In questo senso si dovrebbe optare per un OEI quando l'esecuzione di un atto di indagine appaia «proporzionata, adeguata e applicabile al caso in questione». L'autorità di emissione dovrebbe pertanto accertare, ancor prima di emettere un OEI, se le prove che si intendono acquisire siano necessarie e proporzionate ai fini del procedimento e se l'atto di indagine scelto sia ugualmente necessario e proporzionato per l'acquisizione delle prove richieste.

Sulla scia di tale prescrizione, l'autorità di esecuzione può consultare quella di emissione in caso di dubbi sulla proporzionalità e sulla legalità dell'ordine emesso. La possibilità da parte dello Stato di esecuzione di poter sindacare in ordine alla proporzionalità della richiesta introdurrebbe un motivo autonomo di rifiuto, estraneo tanto all'art. 11 della Direttiva¹⁴ quanto all'orientamento che ha spinto Legislatore europeo al concepimento del nuovo strumento.

Il criterio della proporzionalità è stato introdotto altresì per ovviare alle differenze processuali, poiché la fase di istruzione non prevede lo stesso tipo di controllo giudiziale all'interno di tutti i Paesi membri. In alcuni ordinamenti, differenti da quello italiano, gli atti di investigazione possono essere ordinati e svolti dalla polizia. La proporzionalità dovrebbe tenere conto della gravità del delitto, della necessità della prova, dell'inesistenza di altre misure meno lesive, delle conseguenze per le persone implicate e dei fini del processo. Dovrà, infine, tener conto del costo dell'esecuzione della misura, malgrado ciò differisca dalle pronunce della Corte EDU.

Sotto altro profilo la Direttiva, pur richiamando genericamente il rispetto dei diritti e dei principi stabiliti dall'art. 6 TUE, non prevede un'adeguata tutela delle prerogative della persona sottoposta alle indagini, con un conseguente sbilanciamento a favore dei poteri delle autorità inquirenti¹⁵.

In particolare è evidenziabile l'inadeguatezza della “disclosure”, ovvero della possibilità per la difesa di avere contezza degli elementi a carico raccolti da chi conduce le indagini. Restando all'oscuro dell'attività investigativa svolta all'estero, il difensore o in via generale l'imputato e/o la persona sottoposta alle indagini, non potranno svolgere con efficacia l'azione di contrasto sull'*an* della prova, ovvero sulla sussistenza delle condizioni per l'acquisizione della stessa¹⁶. Il difensore, in questi termini, sarebbe costretto a subire passivamente gli elementi di prova raccolti all'estero senza poter coltivare efficacemente l'eventuale eccezione processuale. A tal proposito va evidenziato che l'indagato, l'imputato o l'avvocato che agisce per conto di questi, sono legittimati a richiedere ma non a emettere un OEI. Questa puntualizzazione che il Legislatore europeo fa all'art. 1, par. 3 della Direttiva, è di rilevante importanza, poiché il difensore, non avendo a disposizione ulteriori mezzi, sarebbe costretto a dover richiedere all'autorità giudiziaria l'emissione di un OEI, con tutto ciò che ne consegue; ossia con l'obbligo di specificare l'oggetto e le modalità di ricerca per l'acquisizione delle prove richieste all'estero così come previsto ai sensi dell'art. 5 della Direttiva. Nel caso in cui il difensore avesse contezza di un elemento di prova da raccogliere in un altro Stato membro sarebbe costretto ad anticipare la c.d. “discovery”, ovvero quel preciso momento processuale

¹⁴ Ciò risulterebbe incompatibile con lo spirito della cooperazione giudiziale e con il principio di riconoscimento reciproco, riconosciuto sia dalla Commissione che dal Consiglio. Non sarebbe opportuna una tanto ampia discrezionalità in capo all'autorità di esecuzione nella valutazione di ciò che compete a quella di emissione, essendo piuttosto auspicabile che esistano criteri comuni, similmente a quanto accade con il MAE.

¹⁵ Cfr. E. Amodio, *Diritto di difesa e diritto alla prova nello spazio giudiziario europeo*, in A. Lanzi - F. Ruggieri - L. Camaldo (curr.), *Il difensore e il pubblico ministero europeo*, Padova 2002.

¹⁶ Sul punto, un notevole contributo, v. T. Bene, L. Luparia, L. Marafioti (curr.), *L'ordine europeo di indagine: Criticità e prospettive*, Napoli 2017.

in cui rivela la propria linea difensiva. La Direttiva inoltre nulla prevede nel caso in cui il difensore volesse seguire una determinata attività d'indagine all'estero a garanzia del proprio assistito. Ai sensi dell'art. 9, par. 4, difatti, l'autorità emittente può richiedere che una o più autorità del proprio Paese – in senso eccessivamente generico, non essendo specificata né la natura né il rapporto con l'autorità procedente – partecipino all'attività investigativa, secondo il noto principio di reciprocità¹⁷. Sebbene non sia esplicitamente esclusa, la partecipazione della difesa non trova riscontro in un'apposita previsione normativa, e sarà compito dei legislatori nazionali ovviare a questo sbilanciamento a detrimento delle garanzie difensive.

5.- Conclusione

Con l'introduzione dell'OEI, l'Unione ha fornito un'ulteriore testimonianza della volontà di migliorare e rendere più efficienti le procedure di cooperazione giudiziaria in materia penale, in particolar modo alla luce dell'attuale allarme causato dall'aumento del terrorismo e della criminalità transfrontaliera.

Sebbene la Direttiva abbia apportato notevoli miglioramenti in materia – si pensi alla rapidità del nuovo mezzo, al suo carattere orizzontale o ancora al tentativo del Legislatore di circoscrivere gli eventuali motivi di rifiuto per la mancata esecuzione di un ordine – non lasciano privi di perplessità altri rilevanti profili come il bilanciamento dei diritti e degli interessi fondamentali in gioco, l'effettività della cooperazione alla luce della mancata armonizzazione e le eccessive divergenze tra gli ordinamenti degli Stati membri dell'Unione.

L'assenza di un'approssimazione delle legislazioni interne nell'ambito probatorio potrebbe dar vita a ulteriori criticità. Si pensi all'esecuzione di un determinato atto d'indagine: le prove acquisite conformemente alla *lex loci* potrebbero essere ritenute successivamente illegittime in uno Stato che abbia una normativa più stringente in materia di diritti fondamentali. Ciò potrebbe ostacolare l'effettività della libera circolazione della prova e annullare gli effetti dell'OEI; per tali ragioni sarebbe auspicabile che lo Stato di esecuzione rispettasse le indicazioni così come disposte dall'autorità di emissione – *lex fori* – anche a costo di perdere parte della propria sovranità nazionale in funzione di una cooperazione più efficiente.

Degli altri profili si è già discusso e un primo bilancio potrà essere fatto fra qualche anno, attendendo i “feedback” e i dati ufficiali relativi all'utilizzo che le autorità giudiziarie faranno dell'OEI. È importante, in ogni caso, non trascurare le potenzialità che questo nuovo strumento porta *in nuce*. Non cogliere gli spunti innovativi di tale fonte vorrebbe dire non comprendere quel “fil rouge” teso dalle istituzioni europee verso una nuova stagione del sistema probatorio europeo in ambito penale.

Abstract.- La direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa all'ordine europeo di indagine (OEI) in materia penale è stata proposta nell'aprile del 2010 da un gruppo di sette Stati membri dell'Unione europea. L'Ordine europeo di indagine si basa sul riconoscimento reciproco, ovvero sull'accettazione da parte di ogni paese dell'UE dell'obbligo di riconoscere ed eseguire la richiesta dell'altro paese, come farebbe con una decisione proveniente dalle proprie autorità. L'OEI sostituirà il quadro giuridico esistente applicabile alla raccolta e al trasferimento di prove tra gli Stati membri.

¹⁷ L'autorità di esecuzione, tuttavia, non è tenuta ad eseguire tale richiesta nell'ipotesi in cui la partecipazione sia in conflitto con i principi fondamentali del diritto dello Stato di esecuzione o leda i suoi interessi essenziali riguardanti la sicurezza nazionale.

Abstract.- The Directive of the European Parliament and the Council regarding the European Investigation Order (EIO) in criminal matters – was proposed in April 2010 – by a group of seven European Union Member States. The European Investigation Order is based on mutual recognition, which means that each EU country is obliged to recognise and carry out the request of the other country, as it would do with a decision coming from its own authorities. The EIO would replace the existing legal framework applicable to the gathering and transfer of evidence between the member States.

Parole chiave

Direttiva 41/2014/UE, Ordine Europeo d’Indagine, Cooperazione giudiziaria europea in materia penale, Mutuo riconoscimento, Acquisizione transnazionale delle prove.

Keywords

Directive 41/2014/EU, European Investigation Order, European Judicial Cooperation in criminal matters, Mutual recognition, Transnational acquisition of evidence.