

ROSA MARIA GERACI

*Professore associato di Procedura penale – Università degli Studi di Roma “Tor Vergata”*

## Primi disorientamenti interpretativi in tema di OEI: la Cassazione interviene sulle corrette modalità del giudizio di riconoscimento

*First misinterpretations about EIO:  
the Cassation clarifies right recognition procedure*

Le prime decisioni di merito sull'OEI denotano un evidente disallineamento rispetto alla *ratio* ed al tenore letterale della disciplina dettata in materia tanto dal d.lgs. n. 108/2017 che dalla direttiva 2014/41/UE. In particolare, è quanto si verifica con riferimento al giudizio di riconoscimento dell'ordine effettuato dal pubblico ministero, di cui vengono svilite portata e funzione, ammettendosene l'effettuazione "in via di mero fatto".

La Corte di legittimità reagisce con forza a tali disorientamenti interpretativi, richiamando la corretta configurazione degli istituti coinvolti e l'esatto ambito applicativo degli stessi.

*First trial decisions about OEI denote a clear misalignment with reference to the purpose and the rules established by d.lgs. n. 108/2017 and directive 2014/41/UE. Specifically, it is what happens with regard to recognition procedure by public prosecutor, whose scope and function are devaluated, allowing a recognition of the order "by fact".*

*The Cassation strongly reacts to these misinterpretations, clarifying the right configuration and the exact scope of the institutions involved.*

### PREMESSA

Sin dai primi interventi in tema di ordine europeo di indagine (OEI) la Corte di legittimità è stata chiamata ad esercitare in modo significativo il suo ruolo di custode dell'ortodossia interpretativa del dato normativo, chiarendo la portata ed il corretto ambito di applicazione delle disposizioni di cui al d.lgs. 21 giugno 2017, n. 108<sup>1</sup>, che, in attuazione della direttiva 2014/41/UE<sup>2</sup>, ha introdotto il menzionato istituto nel nostro ordinamento.

<sup>1</sup>D.lgs. 21 giugno 2017, n. 108, in *G.U.*, 13 luglio 2017, n. 162. Su tale disciplina, tra i numerosi contributi, si v. in dottrina G. Barrocu, *La Cooperazione investigativa in ambito europeo*, Cedam, Padova, 2017, p. 251 ss.; R. Belfiore, *Su alcuni aspetti del decreto di attuazione dell'ordine europeo di indagine penale*, in *Cass. pen.*, 2018, p. 400 ss.; M. Caianiello, *L'attuazione della direttiva sull'ordine europeo di indagine penale e le sue ricadute nel campo del diritto probatorio*, *ivi*, 2018, p. 2197 ss.; L. Camaldo, *La normativa di attuazione dell'ordine europeo di indagine penale: le modalità operative del nuovo strumento di acquisizione della prova all'estero*, *ivi*, 2017, p. 4196 ss.; A. Cisterna, *Un passo importante per omologare le investigazioni UE*, in *Guida dir.*, 2017, n. 40, p. 31 ss.; Id., *Una serie di regole che perfezionano gli atti di indagine*, *ivi*, 2017, n. 40, p. 37 ss.; 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, Torino, 2018; M. Daniele, *L'ordine europeo di indagine penale entra a regime. Prime riflessioni sul d.lgs. n. 108 del 2017*, in *Dir. pen. cont.*, 28 luglio 2017; G. De Amicis, *Dalle rogatorie all'ordine europeo di indagine: verso un nuovo diritto della cooperazione giudiziaria penale*, in *Cass. pen.*, 2018, p. 22 ss.; R. E. Kostoris, *Ordine di investigazione europeo e tutela dei diritti fondamentali*, in *Cass. pen.*, 2018, p. 1437 ss.; A. Mangiaracina, *L'acquisizione "europea" della prova cambia volto: l'Italia attua la Direttiva relativa all'ordine europeo di indagine penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, p. 158 ss.; M. R. Marchetti-E. Selvaggi (a cura di), *La nuova cooperazione giudiziaria penale. Dalle modifiche al Codice di Procedura Penale all'Ordine europeo di indagine*, Wolters Kluwer Cedam, Milano, 2019; F. Ruggieri (a cura di), *Processo penale e regole europee, II*, Giappichelli, Torino, 2018; Ead., *Le nuove frontiere dell'assistenza penale internazionale: l'ordine europeo di indagine penale*, in *questa rivista*, 2018, n. 1, p. 131 ss.; E. Selvaggi, *L'ordine europeo di indagine – EIO: come funziona?*, in *Cass. pen.*, 2018, p. 44 ss.; M. Trogu, *Ordine europeo di indagine penale*, in A. Marandola (a cura di), *Cooperazione giudiziaria penale*, Giuffrè, Milano, 2018, p. 1004 ss.

<sup>2</sup>Direttiva 2014/41/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 3 aprile 2014, in *G.U.U.E.*, 1° maggio 2014, L 130/1. *Ex plurimis*, sulla fonte europea, si v. in dottrina, G. Barrocu, *La Cooperazione investigativa in ambito europeo*, cit., p. 191 ss.; R. Belfiore, *Riflessioni a margine della direttiva sull'ordine europeo di indagine penale*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 3288 ss.; T. Bene-L. Lupària-L. Mara-

Le prime decisioni di merito relative al nuovo strumento di cooperazione giudiziaria si sono connotate, infatti, per un non irrilevante disallineamento rispetto alla *ratio* ed all'inequivoco tenore letterale sia della normativa interna che di quella europea, segnando di fatto una non corretta applicazione delle stesse.

Terreno ricorrente di tale tendenza si è da subito rivelato quello relativo alla procedura di "riconoscimento" dell'eurordine, snodo, invero, di fondamentale importanza nell'ambito dell'economia della nuova regolamentazione, poste le rilevanti implicazioni che ne conseguono.

La pronuncia in commento ne è un esempio paradigmatico.

## IL CASO

Nell'ambito di un procedimento relativo a reati in materia di evasione fiscale, la Procura della Repubblica di Bielefeld (Germania) emetteva un OEI per il compimento di attività istruttorie nel nostro Paese (segnatamente, perquisizione e sequestro di oggetti e documentazione).

A fronte di tale istanza di assistenza, l'autorità giudiziaria italiana provvedeva senza aver previamente effettuato il necessario vaglio di cui all'art. 4 del d.lgs. n. 108/2017: nessun provvedimento formale di riconoscimento dell'ordine era infatti rintracciabile in atti, con la ovvia conseguenza che nessuna comunicazione dello stesso era stata mai inviata alla difesa.

Si rinveniva, invece, unicamente la conferma – indirizzata all'autorità emittente attraverso l'apposito modulo *standard*<sup>3</sup> – dell'avvenuta ricezione dell'ordine, in linea con quanto statuito dall'art. 6 del citato decreto.

In sostanza, si era quindi verificato una sorta di "riconoscimento di fatto" dell'OEI, prescindendosi dall'adozione di un decreto *ad hoc*, adeguatamente motivato e debitamente notificato al difensore della persona indagata, come statuito dall'art. 4, comma 4 cit.

Peraltro, pur dando atto di tali circostanze, riconoscendo – diversamente da quanto sostenuto dall'organo requirente – che nemmeno nel corpo del decreto di perquisizione e sequestro era possibile rinvenire la motivazione del menzionato giudizio di riconoscimento, anche il Giudice per le indagini preliminari provvedeva ad una svalutazione dell'importanza dell'adempimento *de quo*.

Investito dell'opposizione ai sensi dell'art. 13 d.lgs. n. 108/2017 avverso detto provvedimento, tale organo affermava infatti che la carenza in questione – definita mera "evenienza formale" – non poteva integrare un'ipotesi di nullità, posta l'assenza al riguardo, nel *corpus* normativo di disciplina dell'OEI, di una comminatoria di invalidità di ordine speciale.

Di contrario avviso la difesa, che adiva la Corte di cassazione deducendo, con riferimento alle descritte modalità di riconoscimento per *facta concludentia* dell'ordine, violazioni di legge e mancanza di motivazione ex artt. 4 d.lgs. n. 108/2017, 178, comma 1, lett. c), c.p.p. e 125, comma 3, c.p.p.

Si sosteneva, conseguentemente, la nullità, se non addirittura l'abnormità, del provvedimento *de quo*, in grado di inficiare la validità di tutti gli atti consecutivi, ivi compreso il decreto di perquisizione e sequestro emesso dal p.m. su richiesta dell'autorità giudiziaria estera.

## GLI ANTECEDENTI

Non si tratta, invero, del primo arresto giurisprudenziale volto a svilire la portata e la funzione del meccanismo di riconoscimento dell'ordine europeo di indagine penale.

Con una pronuncia di poco anteriore<sup>4</sup>, i giudici di legittimità sono dovuti intervenire a censurare la

fioti (a cura di), *L'ordine europeo di indagine. Criticità e prospettive*, Giappichelli, Torino, 2016; M. Caianiello, *La nuova direttiva UE sull'ordine europeo di indagine penale tra mutuo riconoscimento e ammissione reciproca delle prove*, in *questa rivista*, 2015, n. 3, p. 1 ss.; L. Camaldo-F. Cerqua, *La direttiva sull'Ordine europeo di indagine penale: le nuove prospettive per la libera circolazione delle prove*, in *Cass. pen.*, 2014, p. 3522 ss.; M. Daniele, *La metamorfosi del diritto delle prove nella direttiva sull'ordine europeo di indagine penale*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, n. 4, p. 86 ss.; A. Tinoco Pastrana, *L'ordine europeo di indagine penale*, in *questa rivista*, 2017, n. 2, p. 346 ss.; F. Siracusa, *Tra semplificazione e ibridismo: insidie e aporie dell'Ordine europeo di indagine penale*, in *Arch. pen.*, 2017, n. 2, p. 275 ss.

<sup>3</sup>Si tratta del modulo di cui all'Allegato B del d.lgs. n. 108/2017.

<sup>4</sup>Cass., Sez. VI, sent. 31 gennaio 2019, n. 8320, in *www.penalecontemporaneo.it*, 11 marzo 2019, con nota di M. Daniele, *Ordine europeo di indagine e ritardata comunicazione alla difesa del decreto di riconoscimento: una censura della Cassazione*.

ritardata comunicazione alla difesa del provvedimento – in quel caso sì esistente – adottato ai sensi dell'art. 4 cit.

Più precisamente, nell'ipotesi in questione – relativa sempre ad un OEI di matrice tedesca volto al compimento in Italia di perquisizioni e sequestri – il pubblico ministero competente, dopo aver adottato il decreto di riconoscimento dell'ordine, aveva direttamente provveduto al compimento delle attività sollecitate, adempiendo ai correlati oneri informativi a favore della difesa a più di un mese di distanza dall'effettuazione delle stesse, in spregio a quanto previsto dalla normativa in materia.

Ai sensi dell'art. 4, comma 4 d.lgs. n. 108/2017, infatti, allorché – come nel caso degli atti istruttori sollecitati – la disciplina interna preveda il diritto del difensore di assistere al loro compimento senza previo avviso, il provvedimento di riconoscimento dell'ordine deve essere comunicato «al momento in cui l'atto è compiuto», o quantomeno, «immediatamente dopo»<sup>5</sup>.

È questo un adempimento di grande rilievo, specificamente volto a tutelare la parte interessata, decorrendo dallo stesso termine di cinque giorni per presentare un'opposizione al G.i.p. con cui contestare la possibilità di dar corso alle attività sollecitate, facendo valere l'eventuale sussistenza di ragioni ostative al riconoscimento o all'esecuzione delle stesse, ovvero l'assenza di proporzionalità, o ancora la loro contrarietà ai principi fondamentali del Paese ricevente, bloccando così l'esecuzione dell'ordine ovvero la trasmissione dei risultati di quanto già compiuto (art. 13 cit.)<sup>6</sup>.

La comunicazione tardiva del decreto di riconoscimento dell'OEI adottato dall'organo requirente, al contrario, risolvendosi in un ostacolo alla possibilità di reazione dell'indagato e del suo difensore avverso lo stesso, come riconosciuto dalla Corte di legittimità, determina una lesione delle prerogative difensive, integrando quindi una nullità a regime intermedio ai sensi dell'art. 178, comma 1, lett. c), c.p.p.<sup>7</sup>.

## IL RICONOSCIMENTO DELL'OEI

I delineati disorientamenti interpretativi registratisi nella giurisprudenza di merito impongono una riflessione sulla procedura di riconoscimento delineata all'art. 4 del d.lgs. n. 108/2017.

Come è noto, l'ordine europeo di indagine costituisce un nuovo strumento di assistenza giudiziaria specificamente volto ad ovviare ai *deficit* di efficienza del sistema rogatorio, che sostituisce nell'area dello spazio comune europeo.

Esso, conformemente all'impostazione tradizionale in materia, si articola in una fase attiva ed in una passiva, a seconda che il nostro Paese sia il propulsore ovvero il recettore dell'istanza di cooperazione con l'estero.

Non trattandosi di un meccanismo di mutuo riconoscimento “puro”<sup>8</sup>, nella seconda delle eventuali-

---

<sup>5</sup> Piuttosto difficile risulta in concreto l'individuazione del difensore cui spetta la comunicazione in discorso. L'assenza al riguardo di puntuali indicazioni normative – tanto nella direttiva quanto nella disciplina di attuazione – potrebbe indurre a ritenere che si tratti del professionista straniero impegnato nel processo in corso nel Paese emittente. Evidente la problematicità di siffatta conclusione, che si tradurrebbe in un mero “simulacro” di difesa a causa delle difficoltà logistiche, linguistiche, di tempistica (si pensi alla comunicazione relativa ad atti cui il difensore ha diritto di partecipare senza preventivo avviso). Di qui, la conclusione per cui in tali ipotesi andrebbe nominato un difensore d'ufficio prontamente reperibile (T. Rafaraci, *Il procedimento passivo di riconoscimento ed esecuzione*, in M. R. Marchetti-E. Selvaggi (a cura di), *La nuova cooperazione giudiziaria penale*, cit., p. 304; R. Belfiore, *Su alcuni aspetti*, cit., pp. 404-405), posto che l'indagato dovrebbe essere considerato privo del difensore, in quanto sprovvisto del patrocinio di un legale abilitato all'esercizio della professione forense nel territorio dello Stato (E. Lorenzetto, *I diritti della difesa nelle dinamiche dell'ordine europeo di indagine*, in M. R. Marchetti-E. Selvaggi (a cura di), *La nuova cooperazione giudiziaria penale*, cit., p. 352 s.). Nel senso dell'inadeguatezza di tale soluzione a «garantire pienamente l'effettività della difesa tecnica», v. A. Mangiaracina, *Il procedimento di esecuzione dell'OEI e i margini nazionali di rifiuto*, in M. Daniele-R. E. Kostoris (a cura di), *L'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 113. Per la tesi secondo cui la dir. 2013/48/UE sulla c.d. *dual defence* nel procedimento di esecuzione del MAE, recepita con il d.lgs. n. 184/2016, «ha una portata ampia e complessiva che si riferisce a qualsiasi strumento di mutuo riconoscimento che in avvenire verrà in essere nel diritto europeo», con conseguente applicazione «senza dubbio anche all'ordine di investigazione europeo», cfr. E. Selvaggi, *Soddisfatte anche tutte le garanzie in tema d'informazione*, in *Guida dir.*, 2016, n. 43, p. 73.

<sup>6</sup> Nel senso della stretta connessione tra comunicazione del decreto di riconoscimento ed esercizio del potere di impugnare, cfr. E. Lorenzetto, *I diritti della difesa*, cit., pp. 351-352.

<sup>7</sup> Cass., Sez. VI, sent. 31 gennaio 2019, n. 8320, cit.

<sup>8</sup> Come efficacemente da subito messo in rilievo in dottrina, il nuovo istituto si connota, infatti, per una natura in un certo

tà menzionate, lungi dal darsi automaticamente corso alla richiesta ricevuta, occorre invece procedere preliminarmente ad un vaglio della stessa, onde verificarne la possibilità di esecuzione.

Entro trenta giorni dalla sua ricezione – ovvero entro il diverso termine, comunque non eccedente i sessanta giorni, indicato dall'autorità emittente – il Procuratore della Repubblica presso il Tribunale del capoluogo del distretto in cui gli atti devono essere compiuti<sup>9</sup> procede ad un controllo preliminare sulla stessa possibilità di ottemperare all'assistenza richiesta, verificando la compatibilità giuridica degli atti sollecitati, che devono presentare determinati requisiti formali e sostanziali.

È questo fondamentalmente un giudizio sull'ammissibilità della domanda di cooperazione, funzionale anche al dialogo tra le autorità giudiziarie coinvolte nella procedura di assistenza<sup>10</sup>

L'organo requirente deve, infatti, innanzitutto verificare che non ricorra nessuna delle condizioni ostative contemplate agli artt. 2, comma 1, lett. a), 7, 9, commi 1, 2 e 3 e 10 del d.lgs. n. 108 del 2017: ordine emesso da un organo diverso dall'autorità giudiziaria o da questa non convalidato, contenuto incompleto o riportante informazioni erranee o non corrispondenti al tipo di atto richiesto, mancato rispetto del divieto di *bis in idem*, del principio di doppia incriminazione<sup>11</sup>, di condizioni di immunità, del canone di proporzionalità, degli obblighi sanciti dall'art. 6 TUE e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'UE, esistenza di un pregiudizio per la sicurezza nazionale<sup>12</sup>.

Nell'ipotesi in cui dovesse riscontrarsi la sussistenza di una delle menzionate evenienze impeditive, non ne consegue l'immediato rifiuto dell'esecuzione, potendosi invece avviare una "interlocazione costruttiva" con l'autorità richiedente, volta ad emendare, correggere, integrare i difetti riscontrati, addivenendo alla reiezione del riconoscimento e dell'esecuzione dell'OEI solo in caso di mancato adeguamento o rettifica.

Ove nessuna problematica venga, invece, riscontrata, ovvero, si sia provveduto a risolvere quelle eventualmente profilatesi, si procede con il riconoscimento dell'ordine<sup>13</sup>, atto formale dalle implicazio-

---

senso "ibrida" (M. Caianiello, *La nuova direttiva UE sull'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 3 s. e F. Siracusano, *Tra semplificazione e ibridismo: insidie e aporie dell'Ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 682 ss.), presentando taluni tratti tipici del mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie ed altri caratteristici dell'assistenza giudiziaria tradizionale. Tra i primi possono essere annoverati l'instaurazione di rapporti diretti tra autorità giudiziarie, lo svilimento del ruolo dell'autorità politica, la *standardizzazione* del contenuto, la contrazione del vaglio sulla doppia punibilità, la scomparsa della clausola di rifiuto incentrata sulla territorialità, l'obbligo di esecuzione in caso di richiesta di prove precostituite o non comportanti coercizione, la previsione di termini piuttosto stringenti entro cui dar corso alla cooperazione sollecitata; tra i secondi possono invece ascrivere la previsione di non pochi motivi di rifiuto dell'esecuzione (peraltro resi obbligatori dalla normativa interna di attuazione, laddove la direttiva europea li contempla come meramente facoltativi), l'applicazione combinata dei criteri *lex fori-lex loci*, la possibilità di forme partecipate di esecuzione comportanti il coinvolgimento dell'autorità emittente.

<sup>9</sup> Il Procuratore della Repubblica individuato su base distrettuale assume un ruolo di primo piano nell'ambito della nuova procedura, vedendosi attribuite funzioni che nel vecchio sistema rogatorio erano di competenza della Corte d'appello. È questa una novità coerente con la linea evolutiva che ha caratterizzato in generale la materia della cooperazione giudiziaria (si v. l'art. 8, comma 1 ss. d. lg. 5 aprile 2017, n. 52, nonché l'art. 724 c.p.p., come modificato dal d.lgs. 3 ottobre 2017, n. 149, che ha riformato il Libro XI del codice di procedura penale), e che si spiega alla luce di intenti economico-acceleratori: si vuole, cioè, valorizzare il ruolo dei soggetti ordinariamente investiti dei compiti investigativi, come tali, i più idonei a cogliere collegamenti tra indagini in corso all'estero e indagini in corso o da intraprendere in Italia, e i più attenti a sfruttare al meglio le occasioni di scambio informativo con l'autorità straniera e a promuovere la costituzione di squadre investigative comuni. Sul punto, si v. la *Circolare in tema di attuazione della direttiva 2014/41/UE relativa all'ordine europeo di indagine penale – Manuale operativo*, emessa dal Dipartimento per gli Affari di Giustizia Direzione Generale della Giustizia penale del 26 ottobre 2017, in *Cass. pen.*, 2018, p. 60; in senso critico, si v. P. Spagnolo, *I presupposti e i limiti dell'ordine di indagine europeo nella procedura passiva*, in M. R. Marchetti-E. Selvaggi (a cura di), *La nuova cooperazione giudiziaria penale*, cit., p. 267, nonché, sia pure con riferimento alla riforma in materia di rogatorie, M. R. Marchetti, *Cooperazione giudiziaria: innovazioni apportate e occasioni perdute*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, p. 1546 s.

<sup>10</sup> Cfr. la *Circolare in tema di attuazione della direttiva 2014/41/UE*, cit., p. 63.

<sup>11</sup> Fatte salve le eccezioni espressamente contemplate (cfr. artt. 9, comma 5 e 11 d.lgs. n. 108/2017).

<sup>12</sup> Si tratta, all'evidenza, di valutazioni particolarmente delicate, che forse avrebbero reso più opportuno il relativo affidamento alla ponderazione dell'organo giudiziale e che, in ogni caso – come evidenziato in dottrina – esigono una «rinforzata sensibilità», in modo tale da «conservare al riconoscimento effettiva autonomia». In particolare, occorrerà evitare che il giudizio in questione «finisca per assumere un ruolo sostanzialmente "gregario" rispetto alle istanze dell'assistenza investigativa e/o del coordinamento investigativo transnazionale, alle quali la procura distrettuale non può non essere istituzionalmente rivolta» (T. Rafaraci, *Il procedimento passivo di riconoscimento ed esecuzione*, cit., p. 297).

<sup>13</sup> Da notare che, ove dall'esecuzione dell'OEI possa conseguire un pregiudizio per le indagini preliminari o per un processo già in corso, il procuratore distrettuale può disporre il rinvio del riconoscimento per il tempo necessario (art. 14, comma 1, d.lgs. n. 108/2017).

ni sostanziali: adottato dal Procuratore della Repubblica con apposito decreto motivato, lo stesso deve essere comunicato al difensore dell'indagato con le modalità e secondo le scadenze temporali previste dalla disciplina nazionale per lo specifico atto in questione.<sup>14</sup> Nel caso in cui la normativa interna preveda solo il diritto del difensore di assistere al compimento dell'atto, senza preventivo avviso, la predetta comunicazione deve avvenire al momento in cui l'atto è compiuto, ovvero, immediatamente dopo (art. 4, comma 4)<sup>15</sup>.

### L'OPPOSIZIONE INNANZI AL G.I.P.

Il suddetto obbligo informativo costituisce un adempimento di fondamentale importanza, strumentale alla tutela dell'indagato: dalla sua effettuazione decorre, infatti, come detto, il termine di cinque giorni concesso a questi ed al suo difensore per presentare opposizione al G.i.p. avverso il decreto di riconoscimento dell'O.E.I.<sup>16</sup> (art. 13 d.lgs. n. 108/2017)<sup>17</sup>.

È questa una rilevante novità rispetto alla vecchia disciplina rogatoria: mentre quest'ultima non contemplava alcun rimedio avverso la decisione (positiva o negativa che fosse) della Corte di appello sull'*exequatur*<sup>18</sup>, la nuova normativa consente l'esperibilità di un'impugnazione *ad hoc* avverso il decreto adottato ai sensi dell'art. 4 cit., con tutta probabilità in considerazione del fatto che a pronunciare tale provvedimento – ulteriore, rilevante novità del nuovo assetto normativo – è il pubblico ministero, ossia una parte<sup>19</sup>, e non un organo giudicante (come avveniva, appunto, in passato con riferimento alle rogatorie), ragion per cui è opportuno consentire un sindacato giurisdizionale sullo stesso.

Si tratta, sostanzialmente, di un controllo *ex ante*, ossia antecedente al compimento degli atti richiesti con l'ordine, o comunque, al trasferimento allo Stato estero dei risultati ottenuti con gli stessi<sup>20</sup>. Esso ha ad oggetto la ricevibilità in sé della domanda di assistenza e la possibilità di darvi corso, dovendo, perciò stesso, essere declinato alla luce delle medesime ragioni concernenti la riconoscibilità dell'ordine,

<sup>14</sup> Come osserva C. Parodi, *Ordine d'indagine europeo. Sui tempi necessari per garantire il diritto di difesa*, in *Il Penalista.it*, 7 marzo 2019, «non tutti gli OEI impongono una comunicazione del decreto al difensore. In molti casi la richiesta ha per oggetto attività funzionali all'individuazione del soggetto che sarà – in seguito – indagato [...], cosicché non appare identificabile il potenziale destinatario della comunicazione stessa».

<sup>15</sup> La norma mira a garantire il diritto di difesa: ne consegue, quindi, che l'avviso successivo al compimento dell'atto dovrebbe essere considerato legittimo solo in caso di oggettiva impossibilità di un suo invio contestuale (M. Trogu, *Ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 1023).

<sup>16</sup> Nessuna forma di controllo, invece, è prevista nei confronti della decisione che neghi il riconoscimento. Al riguardo, in senso critico, si v. M. Trogu, *Ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 1048, secondo cui tale scelta «non si adatta bene né al ruolo di parte» del procuratore della Repubblica, «né alla necessità, per lo Stato, di assicurare un elevato livello di cooperazione giudiziaria in seno all'Unione europea».

<sup>17</sup> L'opponibilità del riconoscimento è, dunque, correlata ai casi in cui ne è prevista la comunicazione al difensore dell'indagato. Conseguentemente, nell'ipotesi di compimento di atti cui il difensore non ha diritto di assistere, non essendo il relativo riconoscimento oggetto di comunicazione, il rimedio *ex art. 13 cit.* è precluso. La stessa conclusione vale per l'eventualità in cui – richiedendolo l'autorità emittente o esigendolo la normativa interna – ai fini esecutivi sia necessario l'intervento del G.i.p. *ex art. 5*. In tal caso, dovendo lo stesso organo giudicante provvedere alla verifica delle condizioni per il riconoscimento dell'ordine, le parti possono interloquire con questi, avanzando apposita richiesta volta a far rilevare la sussistenza di eventuali condizioni ostative, ed ottenere il conseguente annullamento del decreto adottato dal Procuratore della Repubblica (sul punto, si v. E. Lorenzetto, *L'assetto delle impugnazioni*, in M. Daniele-R. E. Kistoris (a cura di), *L'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 165, che qualifica tale ipotesi, regolata dall'art. 13 commi 5 e 6, come "annullamento su richiesta", distinguendola dalla "opposizione-base" regolata dai commi 1 e 4, e dalla "opposizione in ipotesi di sequestro probatorio" disciplinata dal comma 7 della medesima disposizione).

<sup>18</sup> Secondo il consolidato orientamento della giurisprudenza, che ammetteva solo la possibilità di esperire l'incidente di esecuzione avverso gli atti compiuti in esecuzione di una rogatoria, sempre che tale rimedio non si fondasse sulla contestazione della decisione di *exequatur*, ma avesse ad oggetto solo le questioni inerenti all'esistenza del titolo esecutivo, o le condizioni costitutive, modificative o estintive dello stesso (Sez. IV, 6 ottobre 1994, n. 1348, in *C.E.D. Cass.*, n. 200970-01; Sez. IV, 16 maggio 1995, n. 1755, *ivi*, n. 201880-01; Sez. III, 14 aprile 1999, n. 1365, *ivi*, n. 214502-01; Sez. I, 29 novembre 2006, n. 40415, *ivi*, n. 235420-01; Sez. II, 7 novembre 2011, n. 43247, *ivi*, n. 220611-01).

<sup>19</sup> L'organo requirente, peraltro, provvede senza sentire la difesa.

<sup>20</sup> Posto che la comunicazione del decreto di riconoscimento può essere non solo previa, ma anche contestuale o immediatamente successiva all'esecuzione degli atti richiesti con l'OEI.

già oggetto del sindacato effettuato dal Procuratore della Repubblica (artt. 2, comma 1, lett. a), 7, 9, commi 1, 2 e 3 e 10, d.lgs. n. 108/2017)<sup>21</sup>.

Caratteristiche precipue del rimedio in discorso appaiono la limitata legittimazione all'attivazione (riconosciuta solo all'indagato ed al suo difensore), l'assenza di celebrazione di alcuna udienza (essendo il G.i.p. solo tenuto a sentire – evidentemente in forma cartolare – il procuratore della Repubblica<sup>22</sup>) e l'inoppugnabilità della decisione conclusiva.

Tali profili procedurali subiscono delle variazioni nell'eventualità in cui l'OEI abbia ad oggetto un sequestro probatorio.

In tal caso, infatti, l'opposizione in parola presenta talune peculiarità: una legittimazione all'impugnazione più ampia (riconosciuta non solo all'indagato o imputato ed al suo difensore, ma anche alla persona alla quale la prova o il bene sono stati sequestrati e a quella che avrebbe diritto alla loro restituzione<sup>23</sup>), la celebrazione di un'udienza in forma camerale *ex art. 127 c.p.p.*<sup>24</sup>, e la possibilità di attivazione del ricorso di legittimità per violazione di legge avverso la decisione conclusiva (art. 13, comma 7).

In ogni caso, comunque, l'eventuale accoglimento dell'opposizione produce un effetto "inibitorio" sull'ulteriore corso della procedura di assistenza, implicando l'annullamento del decreto di riconoscimento e, dunque, l'impossibilità di procedere all'esecuzione dell'ordine, ovvero – se già eseguito – di provvedere al trasferimento dei risultati degli atti posti in essere.

## CONCLUSIONI

Se ne ricava, dunque, il ruolo essenziale, in chiave di tutela delle prerogative difensive, del riconoscimento, che, da un lato, deve essere *espresso ed adeguatamente motivato* e, dall'altro, deve essere *tempestivamente* notificato alla difesa.

Da queste due variabili dipende l'effettiva possibilità di reazione dell'indagato alle determinazioni del suo antagonista processuale.

Evidente, infatti, che l'omissione di un esplicito giudizio *ex art. 4 cit.* – ritenuto compiuto in via di mero fatto – ovvero la sua tardiva comunicazione arrecano un inaccettabile *vulnus* alla posizione della difesa, privandola della possibilità di una pronta ed incisiva reazione a quello che – implicito o espresso – è pur sempre un atto di parte, su cui quanto mai opportuna è l'attivazione di un vaglio giurisdizionale.

Per tali ragioni, come riconosciuto del resto anche dalla Suprema corte, la comunicazione del provvedimento di riconoscimento *ex art. 4, comma 4, cit.*, non può ammettere "equipollenti".

Da un lato, non può infatti ritenersi equivalente alla stessa «la eventuale trasposizione dell'o.i.e. emesso dall'autorità estera, sia essa in forma parziale o addirittura integrale, nel "corpo" del decreto di perquisizione e sequestro adottato dall'autorità che provvede all'esecuzione», posto che «si confonderebbero, in tal modo, atti governati da presupposti, funzioni, finalità e rimedi impugnatori del tutto diversi»: «il controllo – non meramente formale, ma sostanziale – che l'autorità di esecuzione deve svol-

---

<sup>21</sup> In questo senso v. pure, in giurisprudenza, Cass., Sez. VI, 31 gennaio 2019, n. 8320, cit.; Id., sez. III, 29 novembre 2018, n. 4244, *non massimata*; nel senso, invece, che l'opposizione avrebbe una "valenza globale", potendo sindacarsi anche la legittima esecuzione degli atti compiuti in attuazione dell'OEI, v. Cass., sez. III, 11 ottobre 2019, n. 5940, in *C.E.D. Cass.*, n. 74855-01. Sulla questione, sia consentito rinviare a R. M. Geraci, *Ordine europeo di indagine ricevuto dall'estero e rimedi impugnatori praticabili*, in *Cass. pen.*, 2019, n. 9.

<sup>22</sup> Cfr. G. De Amicis, *Dalle rogatorie all'ordine europeo di indagine*, cit., p. 33; M. Trogu, *Ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 1049, il quale stigmatizza la mancata previsione di termini entro cui l'organo requirente deve esprimere il suo parere: «la lacuna è grave in quanto l'opposizione non sospende l'esecuzione dell'atto, né la trasmissione della relativa documentazione all'autorità di emissione», ragion per cui «consentire al procuratore di rallentare una possibile decisione contraria alla sua viola apertamente il diritto di difesa».

<sup>23</sup> Tali ultimi soggetti, tuttavia, come osserva E. Lorenzetto, *I diritti della difesa*, cit., p. 352, sono esclusi dal novero dei destinatari della comunicazione del decreto di riconoscimento, riservata solo *ex art. 4, comma 4, cit.*, al difensore dell'indagato: ne consegue che «risulta problematico stabilire quale sia per costoro il veicolo di conoscenza dell'avvenuto riconoscimento e il momento a cui agganciare la decorrenza del termine per l'opposizione».

<sup>24</sup> Con riferimento al sequestro probatorio, quindi, il legislatore ha voluto garantire ai vari soggetti interessati una procedura partecipata, in luogo di quella *de plano* prevista per tutti gli altri casi (Cass., sez. VI, 14 febbraio 2019, n. 11491, *non massimata*).

gere sulla legittima circolazione della cd. “eurordinanza”, e dunque, «sulla stessa condizione giustificativa dell’impulso dato alla procedura di cooperazione», verrebbe infatti indebitamente sovrapposto alla «legittima esecuzione degli atti di indagine o di assunzione probatoria che costituiscono, propriamente, l’oggetto della richiesta ivi formulata». <sup>25</sup>

Dall’altro, nemmeno può ritenersi equipollente alla comunicazione del riconoscimento la mera conferma all’autorità emittente della ricezione dell’eurordine ai sensi dell’art. 6 d.lgs. n. 108/2017.

Come affermato dalla pronuncia in commento, quest’ultima costituisce infatti un atto «del tutto autonomo e distinto dal decreto motivato di riconoscimento» che il p.m. è tenuto ad adottare entro trenta giorni dalla ricezione dell’OEI, consistendo invece in un semplice «adempimento materiale», assolto attraverso la «redazione di un atto dal contenuto prefissato» e dotato di «finalità meramente informativa in ordine ai dati indicativi dell’o.e.i. e dell’Autorità emittente e ricevente, ivi accompagnati dalla data di ricezione dell’ordine europeo e dalla sottoscrizione dell’organo ricevente, oltre che, se del caso, da eventuali elementi informativi utili all’Autorità di emissione».

Un atto, insomma, “standardizzato”, redatto completando le voci dell’apposito modello di cui all’allegato B del d.lgs. n. 108/2017, dotato di mera valenza informativo-ricognitiva circa l’esito dell’invio, ed estraneo invece a qualunque contenuto logico-esplicativo circa l’evadibilità della richiesta di cooperazione sollecitata.

Sotto altro profilo, poi, non corretta appare l’affermazione compiuta dalla giurisprudenza di merito secondo cui l’omessa adozione di un provvedimento espresso di riconoscimento non integrerebbe un’ipotesi di nullità, stante l’omessa specifica previsione nel corpo del d.lgs. n. 108/2017 di alcuna ipotesi di invalidità di ordine speciale.

Come efficacemente messo in rilievo in dottrina, si tratta di un ragionamento fondato su un «pre-supposto fallace», postulante – fatti salvi i soli specifici ed espressi rinvii alle prescrizioni del codice di rito penale – la tendenziale “autosufficienza” del sistema dell’OEI.

In realtà, lungi dall’essere un assetto “autoconcluso”, quello in questione è un “sistema integrato”, in cui «in mancanza di indicazioni contrarie, devono ritenersi operanti tutte le norme di carattere generale che attengono agli atti processuali penali», categoria tra cui è senza dubbio ricompreso anche il riconoscimento dell’OEI effettuato dal p.m.

Se ne ricava, quindi, «la piena applicabilità dell’art. 125 comma 3 c.p.p., che colpisce con una nullità la mancanza della motivazione dei provvedimenti giudiziari», oltre che «dell’art. 178, lett. c) c.p.p., che ricollega un analogo vizio alle violazioni del diritto di difesa» <sup>26</sup>.

In conclusione, pare quindi essersi di fronte ad una pericolosa china intrapresa dalla giurisprudenza di merito, che al tempo stesso stupisce ed allarma: stupisce, in quanto negli ultimi tempi lo stesso legislatore nazionale – a differenza del passato <sup>27</sup>– nell’implementazione sul piano interno della disciplina sovraordinata, aveva dimostrato una maggiore aderenza allo spirito ed al testo della stessa; allarma, per l’ulteriore *vulnus* che apporta alle prerogative difensive, già piuttosto penalizzate nel nuovo im-

<sup>25</sup> Cass., sez. VI, 31 gennaio 2019, n. 8320, cit., che ha precisato che «il decreto di riconoscimento dell’o.e.i. avente ad oggetto il sequestro a fini di prova può essere impugnato [...] attraverso un’opposizione presentata al G.i.p. a norma dell’art. 13, comma 7 d.lgs. cit., mentre i verbali degli atti di indagine specificamente compiuti, ed ai quali il difensore dell’indagato ha diritto di assistere, secondo quanto previsto dalla disposizione di cui all’art. 4, comma 8, d.lgs. cit., sono depositati nella segreteria del P.M. ai sensi dell’art. 366, comma 1, cod. proc. pen., cui lo stesso art. 4, comma 8 formalmente rinvia, in tal guisa consentendo, per gli atti richiesti nell’o.e.i., la esperibilità di mezzi di impugnazione “equivalenti a quelli disponibili in un caso interno analogo”, sì come espressamente stabilito dall’art. 14, par. 1, direttiva cit.». «È dunque evidente che solo il mezzo di impugnazione previsto dall’art. 13 integra lo strumento riconosciuto dall’ordinamento all’indagato per sindacare la legittimità del decreto di cui all’art. 4, comma 1, d.lgs. cit., non anche la eventuale richiesta di riesame proponibile avverso il decreto di perquisizione e sequestro, ossia nei confronti di un atto del tutto diverso, l’atto di indagine propriamente inteso, in ordine al quale ben differenti sono i parametri di censura e di valutazione da parte del Tribunale in tal modo adito (in questo senso, v. pure Cass., sez. III, 29 novembre 2018, n. 4244, cit.).

<sup>26</sup> M. Daniele *Il riconoscimento “di fatto” dell’ordine europeo di indagine*, cit.

<sup>27</sup> Si pensi alla legge n. 69/2005, di attuazione del MAE, che sotto diversi aspetti “remava contro” i principi fissati nella decisione quadro 2002/584/GAI, contraddicendo per certi versi la stessa filosofia di fondo del nuovo istituto, ispirato al principio del mutuo riconoscimento di cui si cercava di realizzare un significativo ridimensionamento, ad esempio prevedendo inediti motivi di rifiuto della consegna e sostituendo, così alla libera circolazione dei prodotti giudiziari «una circolazione limitata e condizionata» (R. E. Kostoris, *Processo penale, diritto europeo e nuovi paradigmi del pluralismo giuridico postmoderno*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 1199).

piano normativo dalla mancata piena *disclosure* degli elementi a base dell'emissione dell'ordine, dall'insussistenza di un efficace sistema di eurodifesa in grado di garantire un tempestivo contatto e coordinamento tra difensori operanti in diversi ordinamenti, dalla problematica attuazione del diritto difensivo all'emissione dell'OEL, tutt'ora costretto negli angusti schemi della "canalizzazione" della richiesta per il tramite dell'autorità requirente, con conseguente pregiudizio in termini di *discovery* delle proprie strategie<sup>28</sup>.

Forse la spiegazione di simili arresti giurisprudenziali – come messo in evidenza dai commentatori più attenti – è da rinvenire in «certi lassismi in passato tollerati con le rogatorie», giustificati in base alla «comprensibile esigenza di favorire l'efficienza e la rapidità della raccolta delle prove»<sup>29</sup>, ragion per cui ancora più apprezzabile ed opportuna appare l'opera di argine da subito intrapresa contro tali orientamenti dalla Corte di legittimità, impegnata a richiamare la corretta configurazione teorica degli istituti coinvolti e l'esatto ambito applicativo degli stessi.

---

<sup>28</sup> In argomento, si v. M. Caianiello, *La nuova direttiva UE sull'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 11.

<sup>29</sup> M. Daniele *Il riconoscimento "di fatto" dell'ordine europeo di indagine*, cit.