CJN

Diritto Penale Contemporaneo

RIVISTA TRIMESTRALE

REVISTA TRIMESTRAL DE DERECHO PENAL
A QUARTERLY REVIEW FOR CRIMINAL JUSTICE



1/2025

EDITOR-IN-CHIEF
Gian Luigi Gatta

EDITORIAL BOARD
Italy: Mitja Gialuz, Antonio Gullo, Guglielmo Leo, Luca Luparia, Francesco Mucciarelli, Francesco Viganò
Spain: Jaume Alonso-Cuevillas, Sergi Cardenal Montraveta, David Carpio Briz, Joan Queralt Jiménez
Chile: Jaime Couso Salas, Mauricio Duce Julio, Héctor Hernández Basualto, Fernando Londoño Martinez

MANAGING EDITORS
Carlo Bray, Silvia Bernardi

EDITORIAL STAFF
Enrico Andolfatto, Enrico Basile, Emanuele Birritteri, Javier Escobar Veas, Stefano Finocchiaro, Elisabetta Pietrocarlo, Rossella Sabia, Tommaso Trinchera

EDITORIAL ADVISORY BOARD
María Acale Sánchez, Rafael Alcacer Guirao, Alberto Alessandri, Silvia Allegrezza, Chiara Amalfitano, Giuseppe Amarelli, Ennio Amodio, Coral Arangüena Fanego, Lorena Bachmaier Winter, Roberto Bartoli, Fabio Basile, Hervé Belluta, Teresa Bene, Alessandro Bernardi, Carolina Bolea Bardon, Manfredi Bontempelli, Nuno Brandão, David Brunelli, Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Pedro Caeiro, Michele Caianiello, Lucio Camaldo, Stefano Canestrari, Francesco Caprioli, Claudia Marcela Cárdenas Aravena, Raúl Carnevali, Marta Cartabia, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Antonio Cavaliere, Massimo Ceresa Gastaldo, Mario Chiavario, Federico Consulich, Mirentxu Corcoy Bidasolo, Roberto Cornelli, Cristiano Cupelli, Norberto Javier De La Mata Barranco, Angela Della Bella, Jacopo Della Torre, Cristina de Maglie, Gian Paolo Demuro, Miguel Díaz y García Conlledo, Francesco D'Alessandro, Marcello Daniele, Ombretta Di Giovine, Emilio Dolcini, Jacobo Dopico Gomez Áller, Patricia Faraldo Cabana, Silvia Fernández Bautista, Javier Gustavo Fernández Terruelo, Marcelo Ferrante, Giovanni Fiandaca, Gabriele Fornasari, Novella Galantini, Alessandra Galluccio, Percy García Cavero, Loredana Garlati, Glauco Giostra, Víctor Gómez Martín, José Luis Guzmán Dalbora, Ciro Grandi, Giovanni Grasso, Giulio Illuminati, Roberto E. Kostoris, Máximo Langer, Juan Antonio Lascuraín Sánchez, Maria Carmen López Peregrín, Sergio Lorusso, Vincenzo Maiello, Ezequiel Malarino, Francisco Maldonado Fuentes, Stefano Manacorda, Juan Pablo Mañalich Raffo, Enrico Maria Mancuso, Vittorio Manes, Grazia Mannozzi, Teresa Manso Porto, Luca Marafioti, Joseph Margulies, Enrico Marzaduri, Luca Masera, Jean Pierre Matus Acuña, Anna Maria Maugeri, Oliviero Mazza, Iván Meini, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni, Melissa Miedico, Vincenzo Militello, Fernando Miró Linares, Vincenzo Mongillo, Renzo Orlandi, Magdalena Ossandón W., Francesco Palazzo, Carlenrico Paliero, Michele Papa, Raphaële Parizot, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Lorenzo Picotti, Carlo Piergallini, Oreste Pollicino, Domenico Pulitanò, Serena Quattrocolo, Tommaso Rafaraci, Paolo Renon, Lucia Risicato, Mario Romano, Maria Ángeles Rueda Martín, Carlo Ruga Riva, Stefano Ruggeri, Francesca Ruggieri, Dulce Maria Santana Vega, Marco Scoletta, Sergio Seminara, Paola Severino, Nicola Selvaggi, Rosaria Sicurella, Jesús Maria Silva Sánchez, Carlo Sotis, Andrea Francesco Tripodi, Giulio Ubertis, Maria Chiara Ubiali, Inma Valeije Álvarez, Antonio Vallini, Gianluca Varraso, Vito Velluzzi, Paolo Veneziani, John Vervaele, Daniela Vigoni, Costantino Visconti, Javier Wilenmann von Bernath, Francesco Zacchè, Stefano Zirulia

Editore Associazione "Progetto giustizia penale", c/o Università degli Studi di Milano,
Dipartimento di Scienze Giuridiche "C. Beccaria" - Via Festa del Perdono, 7 - 20122 MILANO - c.f. 97792250157
ANNO 2025 - CODICE ISSN 2240-7618 - Registrazione presso il Tribunale di Milano, al n. 554 del 18 novembre 2011.
Impaginazione a cura di Chiara Pavesi

Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale è un periodico on line ad accesso libero e non ha fine di profitto. Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito e agli autori non sono imposti costi di elaborazione e pubblicazione. La rivista, registrata presso il Tribunale di Milano, al n. 554 del 18 novembre 2011, è edita attualmente dall'associazione "Progetto giustizia penale", con sede a Milano, ed è pubblicata con la collaborazione scientifica e il supporto dell'Università Commerciale Luigi Bocconi di Milano, dell'Università degli Studi di Milano, dell'Università di Roma Tre, dell'Università LUISS Guido Carli, dell'Universitat de Barcelona e dell'Università Diego Portales di Santiago del Cile.

La rivista pubblica contributi inediti relativi a temi di interesse per le scienze penalistiche a livello internazionale, in lingua italiana, spagnolo, inglese, francese, tedesca e portoghese. Ogni contributo è corredato da un breve abstract in italiano, spagnolo e inglese.

La rivista è classificata dall'ANVUR come rivista scientifica per l'area 12 (scienze giuridiche), di classe A per i settori scientifici G1 (diritto penale) e G2 (diritto processuale penale). È indicizzata in DoGI e DOAJ.

Il lettore può leggere, condividere, riprodurre, distribuire, stampare, comunicare al pubblico, esporre in pubblico, cercare e segnalare tramite collegamento ipertestuale ogni lavoro pubblicato su "Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale", con qualsiasi mezzo e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, nei limiti consentiti dalla licenza Creative Commons - Attribuzione - Non commerciale 3.0 Italia (CC BY-NC 3.0 IT), in particolare conservando l'indicazione della fonte, del logo e del formato grafico originale, nonché dell'autore del contributo.

La rivista può essere citata in forma abbreviata con l'acronimo: *DPC-RT*, corredato dall'indicazione dell'anno di edizione e del fascicolo.

La rivista fa proprio il Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors elaborato dal COPE (Committee on Publication Ethics).

La rivista si conforma alle norme del Regolamento UE 2016/679 in materia di tutela dei dati personali e di uso dei cookies (clicca qui per dettagli).

Ogni contributo proposto per la pubblicazione è preliminarmente esaminato dalla direzione, che verifica l'attinenza con i temi trattati dalla rivista e il rispetto dei requisiti minimi della pubblicazione.

In caso di esito positivo di questa prima valutazione, la direzione invia il contributo in forma anonima a due revisori, individuati secondo criteri di rotazione tra i membri dell'Editorial Advisory Board in relazione alla rispettiva competenza per materia e alle conoscenze linguistiche. I revisori ricevono una scheda di valutazione, da consegnare compilata alla direzione entro il termine da essa indicato. Nel caso di tardiva o mancata consegna della scheda, la direzione si riserva la facoltà di scegliere un nuovo revisore.

La direzione comunica all'autore l'esito della valutazione, garantendo l'anonimato dei revisori. Se entrambe le valutazioni sono positive, il contributo è pubblicato. Se una o entrambe le valutazioni raccomandano modifiche, il contributo è pubblicato previa revisione dell'autore, in base ai commenti ricevuti, e verifica del loro accoglimento da parte della direzione. Il contributo non è pubblicato se uno o entrambi i revisori esprimono parere negativo alla pubblicazione.

La direzione si riserva la facoltà di pubblicare, in casi eccezionali, contributi non previamente sottoposti alla procedura di peer review. Di ciò è data notizia nella prima pagina del contributo, con indicazione delle ragioni relative.

I contributi da sottoporre alla Rivista possono essere inviati al seguente indirizzo mail: editor.criminaljusticenetwork@gmail.com. I contributi che saranno ritenuti dalla direzione di potenziale interesse per la rivista saranno sottoposti alla procedura di peer review sopra descritta. I contributi proposti alla rivista per la pubblicazione dovranno rispettare i criteri redazionali scaricabili qui.

Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale es una publicación periódica *on line*, de libre acceso y sin ánimo de lucro. Todas las colaboraciones de carácter organizativo y editorial se realizan gratuitamente y no se imponen a los autores costes de maquetación y publicación.
La Revista, registrada en el Tribunal de Milan, en el n. 554 del 18 de noviembre de 2011, se edita actualmente por la asociación "Progetto giustizia penale", con sede en Milán, y se publica con la colaboración científica y el soporte de la *Università Commerciale Luigi Bocconi* di Milano, la *Università degli Studi di Milano,* la *Università di Roma Tre*, la *Università LUISS Guido Carli*, la *Universitat de Barcelona* y la *Universidad Diego Portales de Santiago de Chile.*
La Revista publica contribuciones inéditas, sobre temas de interés para la ciencia penal a nivel internacional, escritas en lengua italiana, española, inglesa, francesa, alemana o portuguesa. Todas las contribuciones van acompañadas de un breve abstract en italiano, español e inglés.
El lector puede leer, compartir, reproducir, distribuir, imprimir, comunicar a terceros, exponer en público, buscar y señalar mediante enlaces de hipervínculo todos los trabajos publicados en "Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale", con cualquier medio y formato, para cualquier fin lícito y no comercial, dentro de los límites que permite la licencia *Creative Commons - Attribuzione - Non commerciale 3.0 Italia* (CC BY-NC 3.0 IT) y, en particular, debiendo mantenerse la indicación de la fuente, el logo, el formato gráfico original, así como el autor de la contribución.
La Revista se puede citar de forma abreviada cn el acrónimo *DPC-RT*, indicando el año de edición y el fascículo.
La Revista asume el Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors elaborado por el COPE (*Comitte on Publication Ethics*).
La Revista cumple lo dispuesto en el Reglamento UE 2016/679 en materia de protección de datos personales (clica aquí para los detalles sobre protectión de la privacy y uso de cookies).
Todas las contribuciones cuya publicación se propone serán examinadas previamente por la Dirección, que verificará la correspondencia con los temas tratados en la Revista y el respeto de los requisitos mínimos para su publicación.
En el caso de que se supere con éxito aquella primera valoración, la Dirección enviará la contribución de forma anónima a dos evaluadores, escogidos entre los miembros del *Editorial Advisory Board*, siguiendo criterios de rotación, de competencia por razón de la materia y atendiendo también al idioma del texto. Los evaluadores recibirán un formulario, que deberán devolver a la Dirección en el plazo indicado. En el caso de que la devolución del formulario se retrasara o no llegara a producirse, la Dirección se reserva la facultad de escoger un nuevo evaluador.
La Dirección comunicará el resultado de la evaluación al autor, garantizando el anonimato de los evaluadores. Si ambas evaluaciones son positivas, la contribución se publicará. Si alguna de las evaluaciones recomienda modificaciones, la contribución se publicará después de que su autor la haya revisado sobre la base de los comentarios recibidos y de que la Dirección haya verificado que tales comentarios han sido atendidos. La contribución no se publicará cuando uno o ambos evaluadores se pronuncien negativamente sobre su publicación.
La Dirección se reserva la facultad de publicar, en casos excepcionales, contribuciones que no hayan sido previamente sometidas a *peer review*. Se informará de ello en la primera página de la contribución, indicando las razones.

Si deseas proponer una publicación en nuestra revista, envía un mail a la dirección editor.criminaljusticenetwork@gmail.com. Las contribuciones que la Dirección considere de potencial interés para la Revista se someterán al proceso de *peer review* descrito arriba. Las contribuciones que se propongan a la Revista para su publicación deberán respetar los criterios de redacción (se pueden descargar aquí).

Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale is an on-line, open-access, non-profit legal journal. All of the organisational and publishing partnerships are provided free of charge with no author processing fees. The journal, registered with the Court of Milan (n° 554 - 18/11/2011), is currently produced by the association "Progetto giustizia penale", based in Milan and is published with the support of Bocconi University of Milan, the University of Milan, Roma Tre University, the University LUISS Guido Carli, the University of Barcelona and Diego Portales University of Santiago, Chile.

The journal welcomes unpublished papers on topics of interest to the international community of criminal scholars and practitioners in the following languages; Italian, Spanish, English, French, German and Portuguese. Each paper is accompanied by a short abstract in Italian, Spanish and English.

Visitors to the site may share, reproduce, distribute, print, communicate to the public, search and cite using a hyperlink every article published in the journal, in any medium and format, for any legal non-commercial purposes, under the terms of the Creative Commons License - Attribution – Non-commercial 3.0 Italy (CC BY-NC 3.0 IT). The source, logo, original graphic format and authorship must be preserved.

For citation purposes the journal's abbreviated reference format may be used: *DPC-RT,* indicating year of publication and issue.

The journal strictly adheres to the Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors drawn up by COPE (Committee on Publication Ethics).

The journal complies with the General Data Protection Regulation (EU) 2016/679 (GDPR) (click here for details on protection of privacy and use of cookies).

All articles submitted for publication are first assessed by the Editorial Board to verify pertinence to topics addressed by the journal and to ensure that the publication's minimum standards and format requirements are met.

Should the paper in question be deemed suitable, the Editorial Board, maintaining the anonymity of the author, will send the submission to two reviewers selected in rotation from the Editorial Advisory Board, based on their areas of expertise and linguistic competence. The reviewers are provided with a feedback form to compile and submit back to the editorial board within an established timeframe. If the timeline is not heeded to or if no feedback is submitted, the editorial board reserves the right to choose a new reviewer.

The Editorial Board, whilst guaranteeing the anonymity of the reviewers, will inform the author of the decision on publication. If both evaluations are positive, the paper is published. If one or both of the evaluations recommends changes the paper will be published subsequent to revision by the author based on the comments received and verification by the editorial board. The paper will not be published should one or both of the reviewers provide negative feedback.

In exceptional cases the Editorial Board reserves the right to publish papers that have not undergone the peer review process. This will be noted on the first page of the paper and an explanation provided.

If you wish to submit a paper to our publication please email us at editor.criminaljusticenetwork@gmail.com. All papers considered of interest by the editorial board will be subject to peer review process detailed above. All papers submitted for publication must abide by the editorial guidelines (download here).

Contents

Diritto penale e diritti fondamentali

Derecho Penal y Derechos Fundamentales

Criminal Law and Fundamental Rights

Il principio dell'intangibilità del corpo: riflessioni penalistiche sull'*habeas corpus* contemporaneo 1
El Principio de la Intangibilidad del Cuerpo: Reflexiones Penales sobre el* Habeas Corpus *Contemporáneo
***The Principle of the Inviolability of the Body: Criminal Law Reflections on Contemporary* Habeas Corpus**
Stefano Canestrari

Questioni di parte speciale

Cuestiones de Parte Especial

Special Part Issues

L'accertamento del reato di corruzione internazionale nell'ordinamento italiano 19
La determinación del delito de corrupción internacional en el ordenamiento jurídico italiano
The Establishment of International Corruption Offences under Italian Law
Francesco Centonze

Il reato di *Rechtsbeugung* (§ 339 StGB) e il controllo penale della funzione giudiziaria nell'ordinamento italiano: spunti comparatistici 40
El Delito de* Rechtsbeugung *(§ 339 del Código Penal Alemán) y el Control Penal de la Función Judicial en el Ordenamiento Jurídico Italiano: Apuntes Comparativos
The Crime of* Rechtsbeugung *(§ 339 German Criminal Code) and Criminal Oversight of the Judicial Function in the Italian Legal System: Comparative Insights
Manfredi Parodi Giusino

Il sesso come oggetto dello scambio illecito 56
El sexo como objeto de intercambio ilícito
Sex as an Object of Illicit Exchange
Roberta De Paolis

La tutela penale dell'obbligo di istruzione, tra riforme contingenti e progettualità sociale* 78
La protección penal de la obligación de escolarización: entre reformas contingentes y planificación social
The Criminal Protection of Compulsory Education: Between Contingent Reforms and Social Planning
Federico Bacco

Contents

Responsabilità da reato degli enti

Responsabilidad penal de las personas jurídicas

Corporate Criminal Liability

La persona giuridica come centro di punibilità permanente 108
La persona jurídica como centro permanente de punibilidad
The Legal Entity as a Permanent Center of Punishability
Federico Consulich

La colpa di reazione e il suo coordinamento con la colpa di organizzazione 131
La culpabilidad reactiva y su coordinación con la culpabilidad organizativa
Reactive Fault and Its Coordination with Organizational Fault
Amalia Orsina

Il processo penale "oltre le frontiere"

El proceso penal "más allá de las fronteras"

Criminal Proceedings "Beyond Borders"

Equivalenza a doppio standard nell'acquisizione della prova precostituita tramite OEI 184
Equivalencia de doble rasero en la obtención de pruebas preconstituídas a través de la OEI
Double standard equivalence in the acquisition of pre-constituted evidence through the EIO
Susanna Schiavone

"Misurare" il rischio con l'intelligenza artificiale? 200
¿"Medir" el Riesgo con Inteligencia Artificial?
"Measuring" Risk with Artificial Intelligence?
Alessia Di Domenico

Il focus su...

El enfoque en...

Focus on...

La giustizia riparativa e i reati senza vittima. Teorie, prassi e nuove prospettive 233
Justicia restaurativa y delitos sin víctima: teorías, prácticas y nuevas perspectivas
Restorative Justice and Victimless Crimes: Theories, Practices, and New Perspectives
Giuseppe Losappio

Il tempo perduto e il tempo ritrovato: questioni aperte in materia di sospensione dell'ordine di esecuzione 253
El tiempo perdido y el tiempo recuperado: cuestiones pendientes en materia de suspensión de la orden de ejecución
Lost Time and Time Regained: Open Issues Regarding the Suspension of Enforcement Orders
Stefania Carnevale

Legge penale, interpretazione e retroattività favorevole 271
Ley penal, interpretación y retroactividad favorable
Criminal Law, Interpretation, and Favorable Retroactivity
Gaspare Stallone

Contents

Recensioni

Recensiones

Reviews

Considerazioni in tema di *ne bis in idem* sostanziale, a proposito del libro di Marco Scoletta, *Idem Crimen*, 2023 309
Reflexiones sobre el principio de* ne bis in idem *sustantivo, a propósito del libro de Marco Scoletta,* Idem Crimen, *2023
Reflections on the Principle of Substantive* Ne Bis in Idem, *with Reference to Marco Scoletta's Book,* Idem Crimen, *2023
Ignazio Giacona

Il processo penale "oltre le frontiere"
El proceso penal "más allá de las fronteras"
Criminal Proceedings "Beyond Borders"

184 **"Equivalenza a doppio standard nell'acquisizione della prova precostituita tramite OEI"**
Equivalencia de doble rasero en la obtención de pruebas preconstituídas a través de la OEI
Double standard equivalence in the acquisition of pre-constituted evidence through the EIO
Susanna Schiavone

200 **"Misurare" il rischio con l'intelligenza artificiale?**
¿"Medir" el Riesgo con Inteligencia Artificial?
"Measuring" Risk with Artificial Intelligence?
Alessia Di Domenico

Equivalenza a doppio standard nell'acquisizione della prova precostituita tramite OEI

Equivalencia de doble rasero en la obtención de pruebas preconstituídas a través de la OEI

Double standard equivalence in the acquisition of pre-constituted evidence through the EIO

Susanna Schiavone
Assegnista di ricerca in Diritto Processuale Penale presso l'Università degli studi di Milano-Bicocca
susanna.schiavone@unimib.it

Ordine europeo di indagine | Orden europea de investigación | European Investigation Order

Abstracts

Il presente contributo si propone di decostruire il paradigma dell'equivalenza quale architrave della disciplina che governa l'applicazione dell'OEI a livello domestico ed eurounitario. Muovendo dall'indagine sul rapporto con il principio di mutuo riconoscimento, si evidenziano le principali criticità che attualmente affliggono il procedimento di acquisizione della prova raccolta all'estero, anche attraverso l'esame dei casi "*Encrochat*" e "*Sky-Ecc*". Il quadro che ne emerge configura un doppio *standard* nell'interpretazione del principio da parte delle supreme Corti che, oltre a minare la certezza del diritto, incide direttamente sulle esigenze cognitive imposte dalle regole processuali interne, anche a detrimento delle garanzie individuali dell'accusato.

El presente trabajo se propone deconstruir el paradigma de la equivalencia como pilar fundamental del régimen jurídico que regula la aplicación de la Orden Europea de Investigación (OEI) tanto a nivel nacional como en el ámbito de la Unión Europea. A partir del análisis de su relación con el principio de reconocimiento mutuo, se ponen de relieve las principales problemáticas que actualmente afectan al procedimiento de obtención de pruebas recogidas en el extranjero, también a través del examen de los casos "Encrochat" y "Sky-ECC". El panorama resultante configura un doble rasero en la interpretación del principio por parte de los tribunales supremos, lo que no solo pone en entredicho la seguridad jurídica, sino que además incide directamente en los requerimientos probatorios establecidos por las normas procesales internas, en detrimento de las garantías individuales del acusado.

This contribution aims to deconstruct the paradigm of equivalence as the cornerstone of the legal framework governing the application of the European Investigation Order (EIO) at both domestic and EU levels. Starting from an analysis of its relationship with the principle of mutual recognition, it highlights the main critical issues currently affecting the procedure for acquiring evidence collected abroad, including through the examination of the "Encrochat" and "Sky-ECC" cases. The emerging picture reveals a double standard in the interpretation of the principle by supreme courts, which not only undermines legal certainty but also directly impacts the evidentiary requirements imposed by domestic procedural rules, to the detriment of the individual rights of the accused.

Sommario

1. L'utilizzabilità tra mutuo riconoscimento ed esigenze cognitive processuali. – 2. Il paradigma dell'equivalenza e la *governance* delle disarmonie normative. – 2.1. L'"equivalenza" nella disciplina sull'OEI. – 2.1.1. Operatività e insofferenze applicative della regola di equivalenza. – 3. L'equivalenza nel dialogo fra Corti. – 3.1. Il caso *Sky ECC*. – 3.2. Il caso *Encrochat*. – 4. Notazioni conclusive.

1. L'utilizzabilità probatoria tra mutuo riconoscimento ed esigenze cognitive processuali.

Con l'introduzione dell'ordine europeo di indagine penale (OEI), ad opera della direttiva 2014/41/UE[1], si è inteso istituire uno strumento unico e flessibile per la ricerca, raccolta e trasmissione della prova transfrontaliera, nella prospettiva di rendere più efficiente la cooperazione giudiziaria in materia penale, affrancandola dai limiti derivanti dal tradizionale sistema rogatoriale.

Cionondimeno, quello relativo alla circolazione della prova in ambito eurounitario può dirsi un processo ancora *in fieri*, ben lungi – com'è – dall'operare a pieno regime. A dieci anni dall'emanazione della disciplina europea sull'OEI, infatti, permangono alcune criticità sullo strumento, denunciate dai più attenti commentatori[2] ancor prima della sua attuazione a livello domestico[3].

È stato osservato, ad esempio, come, nonostante la direttiva in parola abbia meritoriamente innovato la materia della circolazione transfrontaliera della prova[4], essa preservi taluni tratti distintivi del sistema di assistenza giudiziaria, sì da aver ingenerato una disciplina "ibrida"[5].

Una probabile spiegazione del fenomeno è stata rinvenuta nella decisione del legislatore europeo di rinunciare alla piena attuazione del principio del mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie quale fondamento della disciplina sull'OEI[6], temperandone la portata con una serie di limitazioni dirette a salvaguardare le più rilevanti regole probatorie dello Stato in cui la prova è reperibile[7].

A questa logica risponde, del resto, la regola espressa dall'art. 9 § 1 della direttiva 2014/41/UE che impone allo Stato richiesto di assicurare l'esecuzione dell'OEI «nello stesso modo e secondo le stesse modalità con cui procederebbe se l'atto d'indagine», di cui sia stato ordinato il compimento, «fosse stato disposto da una sua autorità».

Tuttavia, l'aver mutuato simili soluzioni normative nella disciplina sull'OEI[8] è parso collidere con la *ratio* ispiratrice della direttiva, originariamente volta a rinsaldare la libertà nella circolazione della prova transfrontaliera, in funzione di una opposta logica di tipo protezionistico, tesa a valorizzare istanze di sovranità nazionale[9].

[1] Direttiva 2014/41/UE del Parlamento europeo e del Consiglio relativa all'ordine europeo di indagine penale, 3 aprile 2014, in *GUUE*, 1 maggio 2014. In proposito, si rinvia all'analisi di Camaldo (27 maggio 2014); Barrocu (2017), pp. 205 ss.

[2] Cfr. Caianiello (2015), pp. 6 ss.; Daniele (2015), pp. 86 ss.; Bene (2016), 1 ss.; Piccirillo (2016), pp. 64 ss.; Pisani (2011), pp. 925 ss.

[3] Il recepimento interno è avvenuto ad opera del d.lgs. 21 giugno 2017, n. 108, recante "Norme di attuazione della direttiva 2014/41/UE, relativa all'ordine europeo di indagine penale", in GU, 13 luglio 2017. Per un commento alla normativa, si rinvia a Barrocu (2017) pp. 251 ss.; Caianiello (2017), pp. 37 ss.; Daniele (28 luglio 2017); De Amicis (2018), pp. 22 ss.; Falato (2018), pp. 8 ss.; Lorenzetto (2020), pp.1304 ss.; Trogu (2018), pp. 1004 ss.

[4] In senso critico si esprime, Daniele (2015), p. 87, il quale, condivisibilmente, non ravvisa nella direttiva «un contenuto rivoluzionario».

[5] Di questo avviso, Caianiello (2015), p. 4; Daniele (2015), p. 364 e 368, ove si richiama il Considerando n. 6 della direttiva OEI: «[…] Il Consiglio europeo ha rilevato che gli strumenti esistenti nel settore costituiscono una disciplina frammentaria e che è necessaria una nuova impostazione che, pur ispirandosi al principio del riconoscimento reciproco, tenga conto altresì della flessibilità del sistema tradizionale di assistenza giudiziaria». In senso adesivo, si v. anche: Lorenzetto (2020), p. 1303; Marafioti (2016), pp. 20 ss.; Piccirillo (2016), p. 63.

[6] Cfr. l'art. 1 § 2 della direttiva OEI: «Gli Stati membri eseguono un OEI in base al principio del riconoscimento reciproco e conformemente alla presente direttiva».

[7] Così, Daniele (2015), pp. 359 ss.: l'applicazione in senso rigorista del principio di mutuo riconoscimento avrebbe preteso l'adozione dello «schema dell'ordine», comportandone l'esecuzione sulla base delle regole probatorie vigenti nello Stato di emissione (*lex fori*). Più ampiamente, Kostoris (2022), pp. 126 ss.

[8] Cfr. l'art. 9 § 2 della direttiva OEI: «L'autorità di esecuzione si 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».

[9] Caianiello (2015), 4, in cui l'A., con riferimento alla direttiva OEI, riscontra un'ipotesi di prevalenza della *lex loci* nell'introduzione tra i motivi di rifiuto della "clausola di territorialità", prevista ai sensi dell'art. 11, lett. *e)* della direttiva 2014/41/UE. La norma consente allo Stato destinatario della richiesta di negare la propria cooperazione qualora il reato si presuma essere stato commesso, anche solo parzialmente, sul suo territorio. Nel favorire la sovranità dello Stato di esecuzione, essa sortisce l'effetto collaterale di svilire l'efficacia del contrasto alla criminalità transnazionale. Si v., inoltre, Belfiore (2014), pp. 147 ss.; Del Coco (2016), p. 174; Piccirillo (2016), p. 63; Siracusano

Eppure, nelle intenzioni del legislatore europeo, la scelta di informare il procedimento di acquisizione della prova *ultra fines* all'assetto di valori prediletto dallo Stato di esecuzione sarebbe stata controbilanciata dai risultati derivanti dal processo di armonizzazione delle legislazioni nazionali[10].

Invero, il modello di acquisizione della prova trasposto nella direttiva 2014/41/UE è stato concepito al fine di realizzare una collaborazione di tipo orizzontale tra autorità giudiziarie appartenenti a diversi Stati membri, sul presupposto di un alto livello di integrazione delle rispettive normative interne[11]. Così, il ravvicinarsi degli ordinamenti avrebbe agevolato l'operatività del mutuo riconoscimento, sollecitando la creazione di un clima di *confiance mutuelle,* utile a irrobustire la trama dei rapporti tra Stati membri[12]; come pure, la condivisione di *standard* garantistici comuni avrebbe asseverato l'intrinseca genuinità del dato probatorio sì da assicurarne l'utilizzabilità nell'ambito di un diverso ordinamento.

Sennonché, l'auspicato intento di armonizzazione è progressivamente scemato[13] dinanzi ai più immediati risultati conseguiti in virtù dell'applicazione del principio del mutuo riconoscimento[14].

La sua consacrazione a fondamento generale della cooperazione in materia penale (art. 82 § 1, TFUE[15]) si è indubbiamente rivelata strategica rispetto all'esigenza di addivenire a una più agevole esecuzione dei provvedimenti giudiziari da parte delle autorità straniere[16]; d'altro canto, però, imponendo allo Stato richiedente di riconoscere la prova acquisita all'estero (con formalità minime), questa ha contribuito a frustrare l'utilità del proposito di armonizzazione[17], a beneficio dei particolarismi statuali.

Sicché, contrariamente a quanto immaginato dal legislatore europeo, il riconoscimento reciproco ha costituito una «una via di fuga»[18] dall'armonizzazione, un percorso più attrattivo – ancorché meno ambizioso – che ha di fatto appianato le differenze esistenti tra ordinamenti[19].

Gli effetti di questa impostazione, lungi dal rimanere relegati a una dimensione meramente teorica, si manifestano con forza anche sul piano pratico. Tanto è vero che, nell'incapacità di attuare sinergicamente gli obiettivi condivisi, l'Europa dei ventisette si trova oggi dinanzi al pericolo di vanificare gli esiti della cooperazione giudiziaria giacché, in assenza di regole comuni, l'operatività del principio di mutuo riconoscimento, pur declinato nella sua accezione temperata, non sempre garantisce l'effettiva spendibilità della prova formata in territorio straniero[20].

Per vero, in non pochi casi l'acquisizione del prodotto istruttorio importato dall'estero,

(2017), p. 9. Quanto alla regola di prevalenza della *lex loci*, criticamente: Ruggeri (2015), pp.166 ss.

[10] Autorevolmente, Grevi (2006), pp. 2783 ss.; Illuminati (2009), pp. 10 ss., il quale ravvisa nell'accelerazione dei tempi di armonizzazione una «scelta obbligata» per far fronte al fenomeno della criminalità transnazionale.

[11] In senso critico: Mazza, *La procedura penale* (2011), p. 34; Nieto Martìn (2018), p. 244.

[12] Sul rapporto tra armonizzazione e mutuo riconoscimento, cfr. Illuminati (2006), pp. 2265 ss.

[13] Un minimo avanzamento nella creazione di uno statuto europeo delle garanzie individuali è stato registrato con la direttiva 2012/29/EU del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2012 che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI. Tuttavia, detta normativa rappresenta un *unicum* quanto all'obiettivo di armonizzazione del diritto processuale europeo: Del Coco (2016), p. 170; Mazza, *La procedura penale* (2011), p. 34; Sicurella (2017), XV ss.

[14] Sul piano dell'armonizzazione, il principio di mutuo riconoscimento produce due importanti risultati: da un lato, obbliga gli Stati a cooperare fra loro «senza possibilità di obiettare alcunché in ordine alle modalità con cui vengono trattate le singole questioni dal proprio *partner* fiduciario»; dall'altro, sposta l'asse della cooperazione ad un livello semplicemente giudiziario, riscattandola così dal filtro politico: Mazza, *La procedura penale* (2011), p. 34.

[15] Cfr. il Considerando n. 2 della direttiva OEI: «A norma dell'articolo 82, paragrafo 1, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), la cooperazione giudiziaria in materia penale nell'Unione deve fondarsi sul principio di riconoscimento reciproco delle sentenze e delle decisioni giudiziarie, il quale, a partire dal Consiglio europeo di Tampere del 15 e 16 ottobre 1999, è comunemente considerato una pietra angolare della cooperazione giudiziaria in materia penale nell'Unione.»

[16] *Amplius*, Mazza, *Il garantismo* (2011), pp. 56 ss.

[17] L'assunto è condiviso da: Belfiore (2014), pp. 189 ss.; Campilongo (2014), pp. 707 ss.; Daniele (2015), 87; Del Coco (2016), pp. 170 ss.; Spencer (2010), pp. 604 ss.; Rafaraci (2014), p. 38.

[18] Autorevolmente, Illuminati (2009), 12. Sul punto, cfr., inoltre, Mitsilegas (2006), p. 1279 in cui l'A. puntualizza che, a partire dal Consiglio europeo di Tampere, tenutosi nel 1999, il principio del mutuo riconoscimento è divenuto «the cornerstone of judicial co-operation». Nello stesso senso, Allegrezza (2007), p. 693.

[19] Così Mitsilegas (2022), p. 196; Spencer (2010), p. 277. Cfr. la comunicazione della Commissione europea al Consiglio e al Parlamento europeo, *Mutual Recognition of Final Decisions in Criminal Matters*, COM(2000)495 final, Bruxelles 26 luglio 2000: «Thus, borrowing from concepts that have worked very well in the creation of the Single Market, the idea was born that judicial co-operation might also benefit from the concept of mutual recognition which, simply stated, means that once a certain measure, such as a decision taken by a judge in exercising his or her official powers in one Member State, has been taken, that measure – in so far as it has extranational implications – would automatically be accepted in all other Member States, and have the same or at least similar effects there». Ne enfatizza l'automatismo Mitsilegas (2006), p. 1279.

[20] Daniele (2015), p. 372; Mazza, *Il garantismo* (2011), p. 61.

nell'accontentarsi di *standard* qualitativamente inferiori rispetto a quelli assicurati dalla legislazione dello Stato emissario di un OEI, rischia di minare le esigenze cognitive imposte dalle regole processuali interne, anche a detrimento delle garanzie individuali previste a livello nazionale.

Il monito, benché potenzialmente estendibile alla circolazione di ogni tipologia di prova[21], si rivolge in modo particolarmente pregnante alla c.d. prova elettronica dal momento che, indipendentemente dal modello di circolazione adottato[22], sono connaturati ad essa significativi problemi di controllabilità nella sua formazione.

Alla luce di quanto esposto, pertanto, è necessario che l'interprete, nell'esaminare le molteplici questioni che involgono l'applicazione della disciplina sull'OEI, si confronti prioritariamente con l'ineludibile esigenza dello Stato richiedente di conoscere del procedimento genetico seguito dallo Stato di esecuzione nella formazione della prova, contemperandola con l'essenza stessa del principio del mutuo riconoscimento che promana dall'ordito dei rapporti tra i diversi Stati *partners*.

Su questo presupposto, il prosieguo dell'elaborato si concentrerà sulla disamina delle principali soluzioni interpretative formulate dalla giurisprudenza in ambito domestico e sovranazionale, attraverso la lente dei principi che regolano l'operatività dell'OEI. Nello specifico, l'analisi verterà sul principio di equivalenza in virtù del ruolo centrale che esso riveste nell'ambito della complessiva disciplina sull'acquisizione transnazionale della prova.

2. Il paradigma dell'equivalenza e la *governance* delle disarmonie normative.

Da un punto di vista sistematico, il principio di equivalenza integra un canone generale, legato ai caratteri originari dell'ordinamento europeo e, più in particolare, alla sua natura plurale.

Collocandosi in una dimensione sovranazionale, il principio in parola si nutre delle differenze intercorrenti tra le legislazioni degli Stati membri, indi prospera operando, alla stregua del riconoscimento reciproco, come strumento di gestione delle disarmonie normative[23]. Del resto, nel contesto di un ordinamento unitario ma non uniforme, com'è quello europeo, il governo di tali asimmetrie si rivela l'unico rimedio, ancora credibile, per tenere insieme le instabili fondamenta della cooperazione giudiziaria in materia penale.

In questa prospettiva, la scelta di ancorare la disciplina sull'OEI al paradigma dell'equivalenza risponde alla più generale necessità di enucleare un compendio di principi comuni con la funzione di livellare le asperità rivenienti dall'interazione fra regole disomogenee[24].

2.1. *L'"equivalenza" nella disciplina sull'OEI.*

Nel delineare la disciplina applicativa dell'OEI, la direttiva 2014/41/UE articola un sistema di principi volti a regolarne l'intero ciclo di vita.

In questo quadro, tipico della c.d. "postmodernità" giuridica[25], il rispetto del principio di equivalenza, è invocato con riferimento a ogni fase del procedimento (di emissione[26], esecuzione[27] e impugnazione[28]), costituendo, al pari del mutuo riconoscimento, un elemento por-

[21] Come rilevato da Camaldo (2014): dall'ambito applicativo dell'OEI esula soltanto il materiale raccolto dalle squadre investigative comuni (art. 3, direttiva 2014/41/UE).
[22] Sul punto, si rinvia all'analisi di Di Paolo (13 maggio 2024).
[23] Nell'ambito del diritto amministrativo europeo, la tesi è sostenuta da Torchia (2009), pp. 19 ss.
[24] Nel sistema di principi congegnato a tale scopo, il canone di equivalenza assume rilevanza centrale sia per la varietà di tecniche con cui può essere applicato sia per la carica riduttiva che sprigiona in rapporto alla potestà legislativa degli Stati membri: *idem*, p. 68.
[25] Sul concetto di "diritto postmoderno", Grossi (2012), pp. 3 ss. Tale nozione è stata sviluppata con specifico riferimento alla giustizia penale da Kostoris (2015), pp.1185 ss.; Id. (2016), pp. 18 ss.
[26] Cfr. l'art. 6, § 1, lett. *b)* della direttiva OEI: «L'autorità di emissione può emettere un OEI solamente quando ritiene soddisfatte le seguenti condizioni: […] l'atto o gli atti di indagine richiesti nell'OEI avrebbero potuto essere emessi alle stesse condizioni in un caso interno analogo».
[27] Cfr., ad esempio, l'art. 11, § 1, lett. *c)* della direttiva OEI che, tra i motivi di non riconoscimento o di non esecuzione contempla il caso in cui l'atto investigativo, oggetto di OEI, «non sia ammesso a norma del diritto dello Stato di esecuzione in un caso interno analogo»; l'art. 12, § 1 della direttiva OEI: «L'adozione della decisione sul riconoscimento o sull'esecuzione e il compimento dell'atto d'indagine hanno luogo con la stessa celerità e priorità usate in un caso interno analogo e, in ogni caso, entro i termini previsti dal presente articolo».
[28] L'art. 14 della direttiva OEI: [§ 1] «Gli Stati membri assicurano che i mezzi d'impugnazione equivalenti a quelli disponibili in un caso

tante della normativa in discorso[29].

Sul piano fenomenologico, il principio di equivalenza può variamente dispiegarsi.

Segnatamente, nell'ambito della direttiva 2014/41/UE, esso si sostanzia nella previsione di clausole dirette a contemperare l'interazione tra la *lex fori* e la *lex loci*, determinando una generale prevalenza della prima sulla seconda[30].

In questo senso, la garanzia di equivalenza può fungere da argine a certe derive applicative del mutuo riconoscimento: pur in assenza di un compiuto grado di armonizzazione, l'applicazione rigorosa di dette clausole, diversamente dall'attuazione del principio del riconoscimento reciproco, assicura allo Stato di emissione l'importazione di un prodotto probatorio realizzato in conformità con i propri *standard* processuali. Ciò in quanto i due canoni operano essenzialmente in modo distinto. Infatti, laddove il riconoscimento reciproco sprigiona una carica "riduttiva" in rapporto ad eventuali disallineamenti normativi, fino al punto di sterilizzarli del tutto, il principio di equivalenza, all'opposto, sembra contribuire alla loro esaltazione, favorendo – all'esito di un bilanciamento – l'assetto di valori che informa l'ordinamento nell'ambito del quale la prova sarà utilizzata.

Nello specifico, le clausole di equivalenza previste nella direttiva 2014/41/UE agiscono secondo due modalità.

Per un verso, impediscono l'incedere del procedimento di emissione dell'OEI ove la legge dello Stato di esecuzione non assicuri condizioni corrispondenti a quelle contemplate nello Stato di emissione. Così, ad esempio, per effetto del disposto dell'art. 6, § 1, lett. *b)* della direttiva 2014/41/UE, la possibilità di emettere un OEI è subordinata alla circostanza che l'autorità richiedente ritenga che «l'atto o gli atti di indagine richiesti nell'OEI avrebbero potuto essere emessi alle stesse condizioni in un caso interno analogo».

Per l'altro, esse impongono agli Stati membri di garantire, con riferimento all'esecuzione e all'impugnazione dell'OEI, la sussistenza di condizioni e mezzi equipollenti a quelli previsti nello Stato di emissione. In proposito, val bene richiamare le disposizioni di cui agli artt. 12, § 1 e 14, § 1 della direttiva 2014/41/UE che, nel dettare la disciplina sui termini per l'esecuzione e sui rimedi impugnatori dell'OEI, prevedono – rispettivamente – che «l'adozione della decisione […] sull'esecuzione e il compimento dell'atto d'indagine [abbiano] luogo con la stessa celerità e priorità usate in un caso interno analogo» e che «gli Stati membri [assicurino] agli atti di indagine richiesti nell'OEI l'applicabilità di mezzi d'impugnazione equivalenti a quelli disponibili in un caso interno analogo».

Sempre sul versante applicativo, occorre rilevare come il disposto di dette clausole si rifletta anche sul contenuto del d.lgs. n. 108/2017, che ha recepito la direttiva europea in ambito domestico. Solo a titolo esemplificativo, è possibile menzionare la previsione di cui all'art. 9 del decreto legislativo in forza della quale «quando l'atto richiesto per l'esecuzione dell'OEI non è previsto dalla legge italiana o non ricorrono i presupposti che la legge italiana impone per il suo compimento, il procuratore della Repubblica provvede […] mediante il compimento di uno o più atti diversi e comunque idonei al raggiungimento del medesimo scopo» e che, tuttavia, in assenza di un atto investigativo fungibile quanto allo scopo, si configura un «motivo di rifiuto del riconoscimento» dell'OEI; allo stesso modo, l'art. 23 del decreto legislativo, nel disciplinare il riconoscimento dell'OEI emesso per le operazioni di intercettazione, stabilisce che a provvedere deve essere il procuratore della Repubblica, «sempre che sussistano le condizioni di ammissibilità previste dall'ordinamento interno».

Dal contesto della normativa nazionale, inoltre, emerge come l'operatività del principio di equivalenza investa indistintamente l'OEI emesso nell'ambito sia di una procedura "passiva" (artt. 4 ss., d.lgs. n. 108/2017), sia di una procedura "attiva" (artt. 27 ss., d.lgs. n. 108/2017)[31].

L'assunto è suffragato, in primo luogo, dall'assenza di prescrizioni di segno contrario rivenienti dalla direttiva 2014/41/UE e, in secondo luogo, dalla lettera della Relazione illustrativa

interno analogo siano applicabili agli atti di indagine richiesti nell'OEI»; [§ 4]: «Gli Stati membri assicurano che i termini per l'impugnazione siano uguali a quelli previsti in casi interni analoghi e siano applicati in modo da garantire che il diritto a tale impugnazione possa essere esercitato efficacemente dalle persone interessate»; [§ 6]: «Un'impugnazione non sospende l'esecuzione dell'atto di indagine, a meno che ciò non abbia tale effetto in casi interni analoghi».

[29] In termini, Calavita (2025), pp. 38 ss.

[30] A parere di Caianiello (2018), p. 2215, la prevalenza della *lex fori* comporterebbe una forma di efficacia extraterritoriale delle regole interne. In generale, sul rapporto tra *lex fori* e *lex loci* nella disciplina dell'OEI, si rinvia alla lucida analisi di Kostoris (2022), pp. 133 ss.

[31] Tali procedure trovano applicazione, rispettivamente, quando l'autorità italiana è chiamata a dare esecuzione all'OEI proveniente da uno Stato membro ovvero quando è l'autorità italiana a emettere un OEI da eseguire nel territorio dell'UE.

allo schema di decreto[32], nella parte in cui si afferma espressamente che, in sintonia con i dettami europei, «le condizioni per l'emissione dell'OEI per la procedura [attiva] sono stabilite in maniera tendenzialmente speculare rispetto alla procedura passiva».

Sul punto, tuttavia, è stato osservato come l'articolato del decreto legislativo difetti di una specifica disposizione che, alla stregua del menzionato art. 9, assicuri l'applicazione della garanzia di equivalenza anche in relazione alla procedura "attiva"[33]. In particolare, a parere di un'attenta dottrina, il legislatore nazionale si sarebbe astenuto dal recepire l'art. 6, § 1, lett. *b)* della direttiva 2014/41/UE che, come già rilevato, subordina l'emissione dell'OEI al superamento del "vaglio di equivalenza" ad opera dell'autorità richiedente[34].

Nel silenzio del decreto di attuazione, l'*impasse* interpretativa è stata superata alla luce del testo della direttiva che, attraverso la previsione di una disposizione cogente (art. 6), si esprime in modo chiaro nel senso di prevedere presupposti generalizzati quanto all'emissione di un OEI[35]. Sicché, le condizioni sancite dalla norma europea devono ritenersi applicabili in via precettiva indipendentemente dalla procedura applicata.

Peraltro, a volersi spingere oltre questa ipotesi ricostruttiva, sarebbe pure sufficiente procedere alla lettura del modello allegato al decreto legislativo con il quale, a conferma dell'impostazione delineata nella Relazione illustrativa, si impone all'autorità di emissione di certificare preliminarmente la sussistenza delle condizioni di equivalenza, senza riguardo per la tipologia di OEI di cui si richiede l'esecuzione[36]. Il che, evidentemente, vale ad asseverare un'interpretazione estensiva dell'art. 6, § 1, lett. *b)* il cui ambito operativo investe, parimenti, l'emissione di un OEI, "passivo" e "attivo", quando sia diretto all'acquisizione di prove *costituende* e di prove precostituite[37].

Precisato il perimetro applicativo del canone di equivalenza, è opportuno tornare ad analizzare il testo della Relazione illustrativa nella parte in cui, dopo aver ribadito che l'OEI «non può essere emesso per atti che non potrebbero essere compiuti in un caso interno analogo», si puntualizza che «l'ordine è emesso per il compimento di un atto o l'assunzione di una prova alle condizioni stabilite dalla legge italiana», al fine di scongiurare «ogni pericolo che si vogliano aggirare, tramite l'OEI, limiti o vincoli posti dal diritto interno».

Oltre a dare corpo al principio di equivalenza, il richiamato passaggio contribuisce a rivelare la finalità ad esso sottesa: nella misura in cui assicura l'emissione di un OEI a condizioni corrispondenti a quelle vigenti nello Stato procedente, la garanzia di equivalenza consente di sventare il rischio che, in nome della libertà di circolazione dei provvedimenti giudiziari, imperversino fenomeni elusivi di *forum shopping* probatorio, diretti all'acquisizione di prove formate all'estero attraverso pratiche vietate ovvero non espressamente autorizzate nello Stato richiedente[38].

Come si dimostrerà nei paragrafi seguenti, simili insidie, per vero non infrequenti, sono alimentate dalle falle nel processo di armonizzazione delle legislazioni nazionali e di sovente trovano sponda nelle rassicurazioni offerte dall'operatività del principio di mutuo riconoscimento.

2.1.1. *Operatività e insofferenze applicative della regola di equivalenza.*

In base ai presupposti sanciti dall'art. 6 § 1, lett. *b)* della direttiva 2014/41/UE, l'emissione di un OEI è condizionata all'espletamento di un vaglio positivo da parte dell'autorità procedente in ordine alla circostanza che l'atto o gli atti di indagine richiesti nell'OEI avrebbero

[32] Cfr. la Relazione illustrativa al d.lgs. n. 108/2017, reperibile al sito *www.giustizia.it*.
[33] Così, Daniele (2017), § 3. Dello stesso avviso, Lorenzetto (2020), pp. 1311 s.; Calavita (2025), p. 108.
[34] Puntualmente, Daniele (2017), § 3.
[35] In termini, Caianiello (2018), p. 2203.
[36] Cfr. il d.lgs. n. 108/2017, allegato *A)*: «L'autorità di emissione certifica che gli atti di indagine richiesti avrebbero potuto essere disposti alle stesse condizioni in un caso interno analogo».
[37] In base all'art. 1 § 1 della direttiva 2014/41/UE, con l'OEI può essere richiesto «il compimento di uno o più atti investigativi da parte dello Stato di esecuzione» ai fini dell'acquisizione della prova *(costituenda)* ovvero l'acquisizione di «una prova già in possesso delle autorità» estere competenti *(precostituita)*.
[38] Autorevolmente, Amodio (2002), p. 107 il quale, trovando sconfortante che la prova illegittima diventi utilizzabile solo in quanto «battezzata come europea», avverte come questa «capacità rigeneratrice» della circolazione probatoria contrasti «con il principio di doppia legalità sempre applicato nell'assistenza giudiziaria internazionale».

potuto essere emessi alle stesse condizioni in un caso interno analogo.

Come anticipato, in virtù del valore precettivo della norma, il suo ambito di applicazione si estende ad ogni tipologia di OEI, sia esso trasmesso nell'ambito di una procedura "passiva" o "attiva", per l'acquisizione di prove in relazione alle quali si esige il compimento di uno o più atti investigativi da parte dello Stato di esecuzione ovvero di prove già in possesso delle autorità estere competenti.

Sicché, nel vigore di questa disposizione, si può enunciare un canone generale che promana dalla disciplina europea e innerva in profondità il contenuto della normativa domestica: l'acquisizione tramite OEI della prova transnazionale non è consentita in violazione della *lex fori*, in quanto è la legge dello Stato richiedente a costituire la cifra selettiva del materiale probatorio.

Sul piano effettuale, la norma assolve una funzione limitativa del potere attribuito in capo all'autorità procedente, cui risulta precluso emettere l'ordine ogni qual volta le condizioni vigenti nello Stato di esecuzione non superino il "vaglio di equivalenza". In tal senso, il precetto veicola la logica applicativa del «tutto o niente», atteggiandosi tipicamente a mo' di regola: esso vieta l'emissione di un OEI in assenza di presupposti normativi equiparabili a quelli operanti nello Stato *a quo*[39].

La pretesa di collocare l'emissione dell'OEI entro argini normativi ben precisi risponde all'esigenza di presidiare, attraverso l'osservanza delle forme imposte dall'art. 6 della direttiva 2014/41/UE, il sistema di garanzie in vigore nell'ordinamento richiedente[40]. E, del resto, una soluzione normativa di segno diverso non avrebbe avuto ragion d'essere, considerato che è nell'ambito di quest'ultimo che la prova acquisita è destinata ad essere utilizzata.

Si coglie, così, il valore contenutistico della regola di equivalenza che, nell'estendere l'efficacia spaziale della *lex fori*, giustappone un complemento al *corpus* di norme di diritto interno stabilite a tutela delle libertà dell'individuo.

Sul piano applicativo, la regola di equivalenza opera alla stregua di un divieto legale, alla cui violazione consegue la sanzione dell'inutilizzabilità della prova raccolta all'estero, in applicazione dell'art. 191, comma 1 c.p.p. Come rilevato in dottrina, infatti, sul piano lessicale, l'impiego del termine "inutilizzabilità" equivale a indicare «un divieto d'uso», con la conseguenza che, se – come nel caso di specie – questa è riferita a un dato probatorio, chiamato a integrare la cognizione del giudice, si impone una barriera all'attività di acquisizione e di valutazione della prova[41]. Nell'operatività della clausola di equivalenza, in altri termini, si stabilisce un limite acquisitivo e, dunque, cognitivo in forza del quale selezionare anticipatamente il materiale probatorio che, permeando la sfera conoscitiva del giudice, sia idoneo a fondare il suo libero convincimento.

Pertanto, avendo riguardo al carattere del precetto espresso dall'art. 6 § 1, lett. *b)*, sembrerebbe che esso integri una regola di esclusione e non già di valutazione della prova nella misura in cui indica al giudice «cosa valutare» e non già «come valutare»[42].

In ragione di ciò, alla regola di equivalenza sembra pure ascrivibile una valenza preventiva giacché, agendo a monte del procedimento acquisitivo – ovvero nella fase che precede il riconoscimento e l'esecuzione dell'OEI –, essa impedisce l'importazione a valle di prodotti probatori non processualmente spendibili nel contesto domestico.

Tale profilo assume primaria importanza dal punto di vista pratico, specie in mancanza di una normativa che, a livello europeo, consenta agli Stati membri di condividere delle norme minime volte a regolare l'ammissibilità e l'utilizzabilità probatoria[43]. Eppure, un intervento

[39] Sulla fondamentale distinzione tra regole e principi Dworkin (1982), pp. 51 ss.: «La differenza tra regole e principi è di tipo logico. Entrambi i tipi ci guidano a particolari decisioni sui quali siano gli obblighi giuridici in determinate circostanze, ma differiscono nel carattere della direttiva che forniscono. Le regole sono applicabili nella forma del «tutto o niente». Se i fatti previsti da una regola si realizzano, allora o la regola è valida, nel qual caso la risposta che essa fornisce deve essere accettata, o non lo è, nel qual caso essa non contribuisce in alcun modo alla decisione. […] I principi non dispongono conseguenze giuridiche che seguano in maniera automatica il verificarsi delle condizioni stabilite. […] I principi hanno una dimensione che le regole non hanno: la dimensione del «peso» o dell'importanza. […] Le regole non presentano questo aspetto. Si può dire che le regole sono funzionalmente importanti o irrilevanti».

[40] Sul valore delle forme processuali, Nobili (1994), pp. 66 ss.; Id. (1974), pp. 50 ss.; con particolare riferimento al metodo probatorio Carrara (1886), p. 215; più specificatamente, con riguardo all'utilizzabilità probatoria, si v. Dinacci (2008), pp. 15 ss.; Id. (2013), pp. 64 ss. Evidenzia la connessione tra il principio di legalità processuale e la vocazione garantista del processo penale Mazza (2012).

[41] Così, Dinacci (2008), p. 25.

[42] In argomento, Ferrua (2007), pp. 330 ss.; Galantini (1997), p. 701.

[43] In argomento, Bargis (2012), pp. 912 ss. in cui si richiama l'autorevole pensiero di Grevi (2006), pp. 2783 ss.: «Sull'esigenza del «ravvicinamento» delle legislazioni processuali, per facilitare la cooperazione giudiziaria attraverso la previsione di «norme minime» […] in tema di ammissibilità reciproca delle prove tra gli Stati membri dell'Unione, Grevi osserva in modo condivisibile come si tratti di [una]

legislativo in questa direzione è stato ambiziosamente proposto da autorevoli interpreti anche attraverso la sollecitazione ad adottare «una decisione quadro nella quale stabilire «i limiti oggettivi e soggettivi» e «le modalità procedurali», la cui osservanza costituisca «condizione necessaria e sufficiente» per dare il via libera all'ingresso delle prove, formate o acquisite dall'autorità giudiziaria di uno Stato membro, nei processi in corso nei vari Paesi dell'Unione»[44]. In tale prospettiva, la definizione di un quadro di regole comuni «sarebbe funzionale al solo ingresso delle prove aliene, [laddove] ciascun Stato membro potrebbe poi liberamente prevedere «ulteriori criteri per […] la valutazione» di simili prove, pur senza svuotare di significato la regola della reciproca ammissibilità»[45].

A ben vedere, un'azione legislativa di questa portata sarebbe legittimata, quantomeno con riferimento all'ammissibilità, in applicazione del diritto primario dell'Unione che, con molta lungimiranza, ha riconosciuto, in capo ai corrispondenti organi di governo, specifiche competenze volte ad adottare misure legislative in riferimento ad alcuni settori specifici della procedura penale, con la finalità di agevolare il riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie[46]. Si allude, in particolare, all'art. 82 § 2 TFUE che, nel disciplinare la cooperazione giudiziaria in materia penale, consente al Parlamento europeo e al Consiglio di stabilire, mediante direttive, delle «norme minime» con riguardo all'«ammissibilità reciproca delle prove» *(lett. a)*, tenendo in debita considerazione «le differenze tra le tradizioni giuridiche e gli ordinamenti giuridici degli Stati membri».

Sul punto, il testo della direttiva 2014/41/UE non appare risolutivo dal momento che trascura di fissare dei parametri normativi unitari in tema di ammissibilità e utilizzabilità probatoria, lasciando così alla giurisprudenza l'arduo compito di colmare questa lacuna normativa.

Tuttavia, la diretta conseguenza di un simile approccio casistico consiste nella creazione di una molteplicità di *standard* di ammissibilità probatoria che, mutando a seconda dell'interpretazione elaborata dalle Corti nazionali, sfidano la concreta esigenza di garantire la certezza del diritto e l'equo trattamento dei soggetti nei cui confronti è assunta la prova[47]. Pertanto, nel contesto di un ordinamento plurale, che nondimeno anela a una progressiva uniformità, tali preoccupazioni dovrebbero assumere una più elevata priorità nell'agenda del legislatore europeo, con la prospettiva di offrire un'adeguata protezione alle istanze difensive dell'accusato.

4. La regola di equivalenza nel dialogo fra Corti.

Le problematiche di cui si è appena dato conto, e, nello specifico, quelle relative all'ammissibilità e all'utilizzabilità della prova transnazionale, si sono imposte nuovamente all'attenzione degli interpreti con i recenti casi *Sky ECC*[48] ed *Encrochat*[49], entrambi vertenti sull'acquisizione tramite OEI di *e-evidence* precostituite all'estero.

Come noto, rispettivamente, la Corte di Cassazione e la Corte di Giustizia, sono state chiamate a dirimere questioni di essenziale rilievo in relazione alla legittimità di OEI trasmessi dalle autorità nazionali competenti, al fine di acquisire dati di comunicazioni crittografate attraverso l'impiego di *smartphone* modificati.

Tali pronunciamenti – su cui si concentrerà la residua parte della trattazione – hanno costituito l'occasione per definire alcuni tratti primari della disciplina dell'OEI[50], risultante dalla direttiva 2014/41/UE e dalla normativa di recepimento nazionale, adottando – per quanto qui d'interesse – differenti approcci nell'interpretazione della regola di equivalenza.

«prospettiv[a] di intervento legislativo di grande importanza», che [potrebbe] rappresentare, mediante l'impiego di «uno strumento *soft*», […] una «base di sperimentazione» verso un sistema comune di giustizia penale europea».

[44] *Idem.*

[45] *Idem*.

[46] In termini Bachmaier Winter (2023), pp. 223 ss.; Belfiore (2023), pp. 3870 ss.

[47] Il rischio di «unequal treatment between the level of protection of the rights of defendants» è paventato da Vervaele (2019), p. 56.

[48] Cass. pen., Sezioni unite, 14 giugno 2024, n. 23755 - Pres. Cassano; est. Corbo; ric. Gjuzi; 29 febbraio 2024, n. 23756 – Pres. Cassano; est. Corbo; ric. Giorgi, con autorevole commento di Spangher (20 giugno 2024). Cfr., tra gli altri, Daniele (2024); Murro e Nocerino (2024).

[49] CGUE, Grande Sezione, 30 aprile 2024 - Pres. K. Lenaerts - C-670/22 - M.N., con nota di Lorenzetto (2024), pp. 2876 ss.; Grandi (2024), pp. 1245 ss.

[50] Criticamente, Marafioti (7 dicembre 2024).

3.1. *Il caso* Sky-ECC.

Le vicende all'esame delle Sezioni unite involgono l'impiego di OEI aventi ad oggetto l'acquisizione, da parte dell'autorità giudiziaria italiana, di comunicazioni criptate già in possesso dell'autorità giudiziaria francese. Nell'intento di rendere intellegibili i dati elettronici, quest'ultima otteneva dai servizi segreti le chiavi di cifratura a loro volta ricavate mediante l'esecuzione di una perquisizione informatica occulta della piattaforma *Sky ECC*. Più in particolare, l'esplorazione veniva condotta attraverso l'inoculazione di un *trojan horse* nel server centrale, nell'ambito di un'operazione di *hacking* informatico sulla quale era successivamente apposto il segreto di Stato.

In proposito, si è posto quindi il problema di saggiare la legittimità dell'OEI trasmesso dalle autorità italiane per l'acquisizione di *e-evidence* raccolte attraverso attività investigative condotte in base alla *lex loci* eppure non consentite alla luce della *lex fori*[51].

Invero, l'ordinamento processuale italiano permette l'espletamento del sequestro informatico nel rigoroso ossequio delle forme imposte dall'art. 247, comma 1 *bis* c.p.p. il quale nulla prevede in ordine all'impiego del captatore informatico né alla possibilità di svolgere l'operazione in modo occulto[52].

A ciò si aggiunga che, nel legittimare tali modalità di assunzione della prova, si aprirebbe un varco nella disciplina codicistica, consentendo di fatto l'elusione del compendio normativo posto a presidio dell'intervento dell'interessato e del suo difensore nella fase di ricerca della prova. In particolare, con riferimento al codice di rito penale, vengono in rilievo le disposizioni di cui agli artt. 250, comma 1; 253, comma 4; 365, comma 1 e 369, comma 1 c.p.p. che, nel delineare i contorni di attività partecipate e garantite, assicurano al soggetto interessato la conoscibilità del decreto di perquisizione/sequestro e le condizioni per l'attuazione del suo diritto di difesa.

D'altronde, in considerazione dell'impossibilità di effettuare un controllo in ordine alla duplicazione, estrazione e trasmissione dei dati a seguito dell'apposizione del segreto di Stato, o comunque di ottenere, a tal fine, le chiavi di decrittazione che, pure, non sono state rese ostensibili alla difesa, non v'è dubbio che ci si trovi al cospetto di una palese violazione della legge 18 marzo 2008, n. 48[53], volta a intensificare la prevenzione della criminalità informatica[54]. Del resto, la *ratio* di detta normativa riposa sulla volontà di rafforzare le garanzie di ripetibilità del procedimento di copia dei dati acquisiti, allo scopo di arginare il rischio che da complesse operazioni informatiche risultino esiti falsati, inidonei a rappresentare fedelmente il contenuto delle comunicazioni.

Alla luce di tali argomentazioni, che sembrerebbero coralmente deporre per la sussistenza di una violazione del parametro di equivalenza, intesa come regola di esclusione, si è imposta la differente lettura elaborata dalle Sezioni unite.

Con l'emanazione delle pronunce "gemelle", infatti, la suprema Corte ha ritenuto pienamente soddisfatte le condizioni imposte dall'art. 6, § 1, lett. *b)* della direttiva 2014/41/UE in relazione all'emissione di un OEI, riconducendo le prove già in possesso di uno Stato estero sotto l'egida della disciplina nazionale riservata alla loro "circolazione" e non già alla loro "formazione".

Più in particolare, è stato sostenuto che, qualora l'emissione dell'ordine sia diretta alla trasmissione di prove precostituite, il "vaglio di equivalenza" debba essere effettuato in rapporto al disposto dell'art. 78 disp. att. c.p.p., relativo all'acquisizione della "documentazione di atti di un procedimento penale compiuti da autorità giudiziaria straniera" il quale, a sua volta, rinvia alle prescrizioni di cui all'art. 238 c.p.p. che regola la circolazione delle prove da un procedimento penale ad un altro; deve, inoltre, farsi riferimento alle previsioni di cui all'art. 270

[51] Le questioni, tendenzialmente sovrapponibili, devolute all'esame delle Sezioni unite, possono essere riassunte nei seguenti termini: «*a)* definire la natura giuridica dell'attività di acquisizione, mediante Ordine Europeo di Indagine (O.E.I.), del contenuto di comunicazioni effettuate attraverso i criptofonini, già decriptate dall'autorità giudiziaria estera in un proprio procedimento penale; *b)* verificare la sussistenza delle condizioni per legittimare il p.m. ad acquisire, per il tramite dell'O.E.I., dati informatici all'estero; *c)* delineare i confini entro cui è possibile esperire un sindacato giurisdizionale nello Stato di emissione dell'O.E.I. circa l'utilizzabilità degli esiti investigativi di attività svolte all'estero». Così, Murro e Nocerino (2024).

[52] Coglie l'antinomia Mazza (7 dicembre 2024).

[53] L. 18 marzo 2008, n. 48: "Ratifica ed esecuzione della Convenzione del Consiglio d'Europa sulla criminalità informatica, fatta a Budapest il 23 novembre 2001, e norme di adeguamento dell'ordinamento interno".

[54] In argomento, Gaito (2024), p. 4.

c.p.p., nell'eventualità in cui le prove siano state acquisite con le forme delle intercettazioni di comunicazioni.

Così, nel silenzio della normativa europea e nazionale sull'OEI, il problema dell'operatività della regola di equivalenza rispetto a prove plasmate in base alla *lex loci*, in spregio alla disciplina vigente nello Stato di emissione, è stato risolto con l'applicazione delle menzionate disposizioni, in qualità di uniche regole probatorie che disciplinano l'acquisizione della documentazione di atti relativi a un procedimento penale compiuti da un'autorità giudiziaria straniera.

Considerato che, sulla scorta di queste ultime, il pubblico ministero è abilitato a disporre l'acquisizione di risultati captativi ordinati in altro procedimento penale pur in assenza dell'autorizzazione del giudice competente, le Sezioni unite hanno ritenuto soddisfatto il "vaglio di equivalenza" con riferimento all'OEI presentato da un pubblico ministero, senza previa autorizzazione del giudice italiano, per la trasmissione di intercettazioni ordinate dall'autorità straniera[55].

Tale conclusione, prosegue la Corte, «resta ferma anche se le operazioni di intercettazione siano state realizzate mediante l'inserimento di un captatore informatico sui *server* della piattaforma al fine di acquisire le chiavi di cifratura, in quanto tale operazione non costituisce un mezzo investigativo "atipico"»[56], determinando un'intrusione nel domicilio informatico di una persona allo scopo di captare non comunicazioni bensì dati necessari a rendere intellegibili le comunicazioni[57].

Pur legittimando l'assenza di un controllo giudiziale preventivo, le Sezioni unite preservano il potere del giudice, competente nel procedimento penale *a quo,* di effettuare un controllo successivo sull'OEI, in ordine ai presupposti di ammissione e di utilizzazione delle prove precostituite di cui si è domandata la trasmissione[58].

Sarebbe quindi la fase di acquisizione della prova e non già di emissione dell'OEI, quella deputata a verificare la sussistenza delle condizioni stabilite dall'art. 6, § 1, lett. *b)* della direttiva 2014/41/UE, in funzione di garanzia del diritto di impugnazione nello Stato richiedente e del rispetto dei diritti fondamentali riconosciuti dalla Costituzione e dalla Carta di Nizza. In particolare, ai fini dell'utilizzabilità delle prove precostituite «è necessario che sia garantito il rispetto del diritto di difesa e del diritto ad un giusto processo ma non anche l'osservanza, da parte dello Stato di esecuzione, di tutte le disposizioni previste dall'ordinamento giuridico italiano in tema di formazione ed acquisizione di tali atti» dal momento che «nessuna norma concernente la disciplina sull'OEI contempla, ai fini dell'utilizzabilità delle prove formate all'estero, la necessità di una puntuale applicazione di tutte le regole che l'ordinamento giuridico italiano fissa, in via ordinaria, per la formazione degli atti corrispondenti formati sul territorio nazionale»[59].

A parere della Corte, infine, l'onere di allegare i fatti da cui inferire l'eventuale violazione dei diritti fondamentali grava sulla difesa, quando sia quest'ultima a dedurre l'inutilizzabilità o l'invalidità di atti istruttori precostituiti mediante OEI[60]. L'approdo consegue all'applicazione della presunzione di conformità ai diritti fondamentali dell'attività investigativa svolta dall'autorità giudiziaria estera. Quest'ultima discende dall'essenza stessa del mutuo riconoscimento ed è riconosciuta nel sistema della direttiva 2014/41/UE[61] per espresso richiamo del Considerando 19 in cui si configura una presunzione relativa, superabile attraverso la prova che lo Stato di esecuzione non abbia ottemperato ai suoi obblighi in materia di protezione dei diritti fondamentali[62].

[55] Cfr. § 15.3 del Considerato in diritto, sentenza "Giorgi". Più ampiamente, Daniele (2024).
[56] Cfr. § 15.4.1. del Considerato in diritto, sentenza "Giorgi".
[57] Cfr. § 15.4.2. del Considerato in diritto, sentenza "Giorgi".
[58] Cfr. § 9.4 s. del Considerato in diritto, sentenza "Gjuzi"; § 12.4 s. del Considerato in diritto, sentenza "Giorgi".
[59] Cfr. § 7.5 s. del Considerato in diritto, sentenza "Gjuzi"; § 10.5 s. del Considerato in diritto, sentenza "Giorgi".
[60] Cfr. § 10.6 del Considerato in diritto, sentenza "Giorgi".
[61] *Idem.*
[62] Considerando 19, direttiva 2014/41/UE: «La creazione di uno spazio di libertà, di sicurezza e di giustizia nell'Unione si fonda sulla fiducia reciproca e su una presunzione di conformità, da parte di tutti gli Stati membri, al diritto dell'Unione e, in particolare, ai diritti fondamentali. Tuttavia, tale presunzione è relativa. Di conseguenza, se sussistono seri motivi per ritenere che l'esecuzione di un atto di indagine richiesto in un OEI comporti la violazione di un diritto fondamentale e che lo Stato di esecuzione venga meno ai i suoi obblighi in materia di protezione dei diritti fondamentali riconosciuti nella Carta, l'esecuzione dell'OEI dovrebbe essere rifiutata».

3.2. *Il caso* Encrochat.

La Corte di Giustizia UE è stata chiamata a pronunciarsi in via pregiudiziale in ordine all'interpretazione di alcune disposizioni della direttiva 2014/41/UE[63].

La domanda era presentata nell'ambito di un procedimento penale concernente l'emissione di tre OEI, trasmessi dalla Procura generale di Francoforte al fine di acquisire una massiccia quantità di dati di comunicazioni cifrate, raccolti dalla polizia francese attraverso l'inoculazione di un captatore informatico in un *server* appartenente alla piattaforma *Encrochat*.

Per quanto qui d'interesse, il giudice del rinvio interrogava la Corte del Lussemburgo in merito all'interpretazione dell'art. 6 § 1, lett. *b)* della direttiva OEI con riferimento all'operatività del principio di equivalenza. In particolare, si domandava se l'emissione di un OEI, diretto all'acquisizione di prove precostituite, riconducibili alla tipologia del caso di specie, dovesse essere assoggettata alle stesse condizioni applicate nello Stato richiedente in materia di raccolta di tali prove in un caso interno analogo.

Sul punto, i giudici europei rispondono in senso positivo, precisando che, nell'imporre l'effettuazione di un "vaglio di equivalenza", la norma subordina alla sola *lex fori* la determinazione delle specifiche condizioni richieste per l'emissione di un OEI[64]. Ne consegue che la legittimità di un OEI, della tipologia di quelli trasmessi nel procedimento principale, deve essere valutata al metro delle condizioni applicabili per l'assunzione dell'*e-evidence* nello Stato di emissione[65].

Nondimeno, si afferma che l'operatività della regola di equivalenza non implica che l'emissione di un OEI, volto ad acquisire prove già in possesso dello Stato di esecuzione, sia soggetta alle stesse condizioni sostanziali vigenti nello Stato richiedente[66]. Peraltro, si aggiunge che, in applicazione della presunzione relativa che gli Stati membri rispettino il diritto dell'Unione e, in particolare, i diritti fondamentali, l'autorità che abbia richiesto la trasmissione dell'OEI non è autorizzata a verificare la regolarità del procedimento di acquisizione della prova seguito nello Stato di esecuzione[67].

Sicché, l'espletamento di un controllo in ordine a questi elementi è demandato a una fase postuma rispetto a quella di emissione dell'OEI, sulla scorta dell'art. 14 § 1 della direttiva 2014/41/UE che impone agli Stati membri di provvedere affinché mezzi di impugnazione equivalenti a quelli disponibili in un caso interno analogo siano applicabili agli atti di indagine richiesti nell'ordine[68].

In definitiva, a parere della Corte europea, spetta all'organo giurisdizionale, investito dell'impugnazione, l'onere di verificare che tale strumento sia stato adottato in ossequio alle prescrizioni di cui all'art. 6 § 1, lett. *b)* della direttiva e, eventualmente, trarre le conseguenze che si impongono in base al diritto nazionale[69].

4. Notazioni conclusive.

Dalla breve disamina effettuata, emergono interpretazioni del principio di equivalenza in parte non sovrapponibili con riferimento all'individuazione del parametro in rapporto al quale valutare l'osservanza della regola in discorso.

In particolare, la Corte di Giustizia, nell'interpretare l'art. 6, § 1, lett. *b)* della direttiva 2014/41/UE, assume che il rispetto della regola di equivalenza debba essere vagliato alla luce delle previsioni che disciplinano l'assunzione della prova nello Stato di emissione, con la conseguente illegittimità dell'OEI emesso in violazione delle condizioni imposte dalla *lex fori*.

Diversamente, nella lettura prospettata dalle Sezioni unite, il "vaglio di equivalenza" si sostanzia in una valutazione in astratto, da espletare in base al compendio delle regole che

[63] Cfr. § 1 della sentenza "Sky-ECC": «La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione dell'articolo 2, lettera *c)*, dell'articolo 6, paragrafo 1, e dell'articolo 31 della direttiva 2014/41/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 3 aprile 2014, relativa all'ordine europeo di indagine penale (GU 2014, L 130, pag. 1), nonché sui principi di equivalenza e di effettività».
[64] Cfr. § 92 s. della sentenza "Encrochat".
[65] Cfr. § 94 della sentenza "Encrochat".
[66] Cfr. § 96 della sentenza "Encrochat".
[67] Cfr. § 99 s. della sentenza "Encrochat".
[68] Cfr. § 101 s. della sentenza "Encrochat".
[69] Cfr. § 103 della sentenza "Encrochat".

disciplinano la "circolazione" della prova tra procedimenti penali nazionali. Ne discende che l'oggetto del controllo giurisdizionale non si estende al rispetto delle disposizioni che presiedono, a livello domestico, il procedimento di formazione della prova.

D'altro canto, tale esegesi sembra soffrire di un'ulteriore criticità dal momento che, nell'ammettere la circolazione degli atti investigativi compiuti dall'autorità francese per il tramite dell'art. 238 c.p.p., trascura di vagliarne la legittimità alla luce dei parametri normativi interni. Come già rilevato, infatti, la disposizione in parola disciplina la trasmigrazione degli atti di altro procedimento penale, assicurando – per quanto qui d'interesse – il trasferimento della documentazione di atti irripetibili. Su questo presupposto, infatti, le Sezioni unite ritengono che l'art. 238 c.p.p. operi limitatamente all'acquisizione al procedimento *a quo* della documentazione relativa all'attività di perquisizione effettuata sui *server* di pertinenza di Sky-ECC[70]. Sennonché, il supremo Collegio sembrerebbe non attribuire la dovuta rilevanza alle modalità con cui tale attività investigativa è stata effettivamente posta in essere, tralasciando così di considerare l'illegittimità della perquisizione ai fini dell'applicazione dell'art. 238 c.p.p.

Non v'è dubbio, infatti, che detta previsione, nel riferirsi alla possibilità di acquisire la documentazione di atti non ripetibili, sottintenda che il compimento di tali atti debba essere espletata nel rispetto dei dettami codicistici, con la conseguenza di inibire la circolazione di documentazione di attività investigativa non consentita nel nostro ordinamento. Del resto, a voler ritenere diversamente, si incorrerebbe in una paralogia: in applicazione dell'art. 238 c.p.p., si consentirebbe l'ingresso nel procedimento interno di atti che fotografano l'espletamento di accertamenti non ripetibili, compiuti in difformità rispetto alle cautele prescritte dal codice di rito penale in relazione a questa tipologia di atti investigativi (art. 360 c.p.p.).

Invero, la disciplina dell'atto irripetibile si fonda sulla possibilità che lo stato dell'oggetto accertativo possa subire modificazioni, con la conseguenza per cui, alla luce di tale eventualità, la legge impedisce il differimento delle operazioni tecniche, giustificando l'applicazione di dettagliate procedure poste a garanzia della difesa. Ebbene, in violazione di detto speciale statuto garantistico, si ammetterebbe, per il tramite dell'art. 238 c.p.p., l'introduzione nel procedimento domestico di verbali di una perquisizione illegittima in quanto, pur qualificandosi come accertamento irripetibile, è stata effettuata in maniera occulta, non partecipata né garantita.

In disparte i richiamati profili di discrepanza, nelle sentenze attenzionate sussiste unanimità nel ritenere che, in applicazione della presunzione di conformità ai diritti fondamentali, l'accertamento in ordine all'osservanza dei principi che governano l'ammissibilità della prova sia demandata a una fase successiva a quella di emissione dell'OEI, sul presupposto (meramente eventuale) che sia promossa l'impugnazione del provvedimento.

Secondo questa impostazione, dunque, il precetto espresso dall'art. 6 § 1, lett. *b)* della direttiva 2014/41/UE non assumerebbe i connotati propri della regola di esclusione, dal momento che la conformità della prova al canone di equivalenza diviene oggetto di una verifica *ex post* che segue all'acquisizione della prova precostituita tramite OEI. Essa, in altri termini, non esperirebbe una funzione preventiva, volta ad impedire l'introduzione nell'ordinamento dello Stato di emissione di prove acquisite in spregio alla *lex fori*, facilitando – all'opposto – l'elusione delle garanzie assicurate dall'applicazione delle disposizioni processuali interne.

Inoltre, per come modellata dalla giurisprudenza, la regola in discorso smarrirebbe anche la sua funzione di limite alla cognizione del giudice, il quale è ammesso a conoscere della prova per poi, solo eventualmente, dichiararla inutilizzabile in forza dell'art. 191, comma 1 c.p.p.

Infine, rilevano alcune osservazioni sul piano del rispetto dei diritti fondamentali e, in particolare, del diritto di difesa. Appare, invero, piuttosto gravoso per l'imputato l'onere di superare la presunzione di conformità ai diritti fondamentali, considerata l'impossibilità di ottenere le chiavi di cifratura necessarie a verificare l'integrità e l'esattezza delle captazioni acquisite. Se, del resto, si conviene sulla premessa che la prova debba concepirsi come il "risultato giuridico"[71], oltreché logico, di un *iter* procedimentale complesso, che consta di diverse fasi progressive[72], risulta particolarmente difficile immaginare come, nel vigore dell'esegesi pretoria, sia garantito il rapporto tra la genesi della prova raccolta all'estero e la sua funzionalità dimostrativa[73].

[70] Diversamente, la circolazione delle comunicazioni intercettate è ammessa ai sensi dell'art. 270 c.p.p.
[71] Allegrezza (2007), p. 701. Di contro, si esprime in termini di «legal costruct» Gless (2005), p. 123.
[72] Sul punto, autorevolmente, Cordero (1963), p. 65; Conso (1982), p. 131.
[73] In tema, Siracusano (2012), p. 1.

Bibliografia

Allegrezza Silvia (2007): "Cooperazione giudiziaria, mutuo riconoscimento e circolazione della prova penale nello spazio giudiziario europeo", in Rafaraci, Tommaso (ed.): *L'area di libertà sicurezza e giustizia: alla ricerca di un equilibrio fra priorità repressive ed esigenze di garanzia* (Milano, Giuffrè), p. 693

Amodio Ennio (2002): "Diritto di difesa e diritto alla prova nello spazio europeo", in Lanzi, Alessio, Ruggeri, Francesca, Camaldo, Lucio (eds.): *Il difensore e il pubblico ministero europeo* (Padova, Cedam), p. 107

Bachmaier Winter Lorena (2023): "Mutual Admissibility of Evidence and Electronic Evidence in the EU. A New Try for European Minimum Rules in Criminal Proceedings?", *Eucrim,* 2, pp. 223 ss.

Bargis Marta (2012): "La cooperazione giudiziaria penale nell'Unione europea tra mutuo riconoscimento e armonizzazione: analisi e prospettive", *Riv. dir. proc.*, pp. 912 ss.

Barrocu Giovanni (2017): *La cooperazione investigativa in ambito europeo. Da Eurojust all'ordine europeo di indagine* (Milano, Cedam), pp. 205 e 251 ss.

Belfiore Rosanna (2014): *La prova penale "raccolta" all'estero* (Roma, Aracne Editrice), pp. 147 ss.

Belfiore Rosanna (2023): "Quali prospettive per l'ammissibilità reciproca delle prove tra gli Stati membri dell'Unione europea", *Cass. pen.*, 11, pp. 3870 ss.

Bene Teresa (2016): "L'ordine europeo di indagine: criticità e prospettive", in Bene, Teresa, Luparia Donati, Luca, Marafioti Luca (eds.): *L'ordine europeo di indagine. Criticità e prospettive* (Torino, Giappichelli), pp.1 ss.

Caianiello Michele (2015): "La nuova direttiva UE sull'ordine europeo di indagine penale tra mutuo riconoscimento e ammissione reciproca delle prove", *Processo Penale e Giustizia*, 3, pp. 4 e 6 ss.

Caianiello Michele (2017): "L'OEI dalla direttiva al decreto n. 108 del 2017", in Daniele, Marcello, Kostoris, Roberto E. (eds): *L'ordine europeo di indagine penale. Il nuovo volto della raccolta transnazionale delle prove nel d. lgs. n. 108 del 2017* (Torino, Giappichelli), pp. 37 ss.

Caianiello Michele (2018): "L'attuazione della direttiva sull'ordine europeo di indagine penale e le sue ricadute nel campo del diritto probatorio", *Cass. pen.*, 6, p. 2215

Calavita Oscar (2025): *L'ordine europeo di indagine penale. Presente e futuro della cooperazione probatoria nell'unione europea* (Milano, Cedam), pp. 38 ss.

Camaldo Lucio (2014): "La Direttiva sull'ordine europeo di indagine penale (OEI): un congegno di acquisizione della prova dotato di molteplici potenzialità, ma di non facile attuazione", *Diritto Penale Contemporaneo*, 27 maggio 2014

Campilongo Valentina (2014): "La circolazione della prova nel contesto europeo, tra mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie ed armonizzazione normativa", *Cass. pen.*, 2, pp. 707 ss.

Carrara Francesco (1886): *Programma del corso di diritto criminale - Parte generale* (Prato, Tipografia Giachetti), 3, p. 215

Conso Giovanni (1982): *I fatti giuridici processuali penali* (Milano, Giuffrè), p. 131.

Cordero Franco (1963): *Tre studi sulle prove penali* (Milano, Giuffrè), p. 65

Daniele Marcello (2015): "La metamorfosi del diritto delle prove nella direttiva sull'ordine europeo di indagine penale", *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale*, 4, pp. 86 ss.

Daniele Marcello (2015): "Ricerca e formazione della prova", in Kostoris, Roberto E. (ed.): *Manuale di procedura penale europea* (Milano, Giuffrè), pp. 364 e 368.

Daniele Marcello (2017): "L'ordine europeo di indagine penale entra a regime. Prime riflessioni sul d. lgs. n. 108 del 2017", *Diritto Penale Contemporaneo*, 28 luglio 2017

Daniele Marcello (2024): "Le sentenze "gemelle" delle Sezioni Unite sui criptofonini", *Sistema Penale*, 17 luglio 2024

De Amicis Gaetano (2018): "Dalle rogatorie all'ordine europeo di indagine: verso un nuovo diritto della cooperazione giudiziaria penale", *Cass. pen.*, 1, pp. 22 ss.

Del Coco Rosita (2016): "Ordine europeo di indagine e poteri sanzionatori del giudice", in Bene, Teresa, Luparia Donati, Luca, Marafioti Luca (eds.): *L'ordine europeo di indagine. Criticità e prospettive* (Torino, Giappichelli), pp. 170, 174 e 189 ss.

Di Paolo Gabriella (2024): "La circolazione transfrontaliera delle prove elettroniche", *Penale Diritto e Procedura*, 13 maggio 2024

Dinacci Filippo (2008): *L'inutilizzabilità nel processo penale* (Milano, Giuffrè), pp.15 ss.

Dinacci Filippo (2013): "Regole di giudizio", *Archivio Penale*, 3, 64 ss.

Dworkin Ronald (1982): *I diritti presi sul serio* (Bologna, Il Mulino), pp. 51 ss.

Falato Fabiana (2018): "La proporzione innova il tradizionale approccio al tema della prova: luci ed ombre della nuova cultura probatoria promossa dall'ordine europeo di indagine penale", *Archivio Penale,* 1, pp. 8 ss.

Ferrua Paolo (2007): "Il giudizio penale: fatto e valore giuridico", in Ferrua, Paolo, Grifantini, Fabio M., Illuminati, Giulio, Orlandi, Renzo (eds.): *La prova nel dibattimento penale* (Torino, Giappichelli), pp. 330 ss.

Gaito Alfredo (2024): "Comunicazioni criptate ed esigenze difensive (da *Blackberry* a *Sky-ECC*)", *Archivio Pen*ale, 1, p. 4.

Galantini Novella (1997): voce, "Inutilizzabilità", *Enciclopedia del Diritto* (Milano, Giuffrè), p. 701.

Gless Sabine (2005): "Mutual Recognition, Judicial Inquiries, Due Process and Fundamental Rights", in Vervaele, John A.E. (ed.): *European evidence warrant - transnational judicial inquiries in the EU* (Cambridge, Intersentia), p. 123.

Grandi Ciro (2024): "Le garanzie dell'ordine europeo di indagine penale alla prova della vicenda encrochat", *Diritto Pen. e Proc.*, 9, pp. 1245 ss.

Grevi Vincenzo (2006): "Linee di cooperazione giudiziaria in materia penale nella Costituzione europea", in Dolcini, Emilio, Paliero, Carlo Enrico (eds.): *Studi in onore di G. Marinucci* (Milano, Giuffrè), 3, pp. 2783 ss.

Grossi Paolo (2012): *Novecento giuridico: un secolo pos-moderno* (Roma-Bari, Laterza)

Illuminati Giulio (2009): "L'armonizzazione della prova nell'Unione Europea", in Illuminati, Giulio (ed.): *Prova penale e Unione Europea* (Bologna, Bononia University Press), pp. 10 ss.

Kostoris Roberto E. (2016): "Presentazione. Un diritto postmoderno", in Kostoris, Roberto E. (ed.): *Percorsi giuridici della postmodernità* (Bologna, Il Mulino), pp. 18 ss.

Kostoris Roberto E. (2022): *Processo penale e paradigmi europei* (Torino, Giappichelli), pp. 126 ss.

Kostoris Roberto E. (2015): "Processo penale, diritto europeo e nuovi paradigmi del pluralismo giuridico postmoderno", *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 3, pp. 1185 ss.

Lorenzetto Elisa (2020): "L'ordine europeo di indagine penale: efficienza e garanzie per le acquisizioni probatorie in ambito eurounitario", *Cass pen.*, 3, pp. 1304 ss.

Lorenzetto Elisa (2024): "Le condizioni per la trasmissione e l'utilizzo dei dati di comunicazioni criptate "Encrochat" acquisiti tramite Ordine europeo di indagine penale", *Cass. pen.*, 9, pp. 2876 ss.

Marafioti Luca (2024): "*Chat* criptate e tirannie tecnologiche sulla prova", *Il Riformista*, 7 dicembre 2024

Marafioti Luca (2016): "Orizzonti investigativi, assistenza giudiziaria e mutuo riconoscimento", in Bene, Teresa, Luparia Donati, Luca, Marafioti Luca (eds.): *L'ordine europeo di indagine. Criticità e prospettive* (Torino, Giappichelli), pp. 20 ss.

Mazza Oliviero (2012): "I diritti fondamentali dell'individuo come limite della prova nella fase di ricerca e in sede di assunzione", *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale, 3*

Mazza Oliviero (2011): *Il garantismo al tempo del giusto processo* (Milano, Giuffrè), pp. 56 ss.

Mazza Oliviero (2011): "La procedura penale", in Viganò, Francesco, Mazza, Oliviero (eds.): *Europa e giustizia penale*, *Diritto penale e processo*, p. 34

Mazza Oliviero (2024): "*Sky-Ecc* e l'ipocrisia del mutuo riconoscimento", *Il Riformista*, 7 dicembre 2024

Melillo Giovanni (2006): "Il mutuo riconoscimento e la circolazione della prova", *Cass. pen.*, pp. 2265 ss.

Mitsilegas Valsamis (2006): "Constitutional Implications of Mutual Recognition in Criminal Matters in the EU", *Common Market L. Rev.*, 43, p. 1279

Mitsilegas Valsamis (2022): *EU Criminal Law* (Londra, Bloomsbury Publishing), p. 196

Murro Ottavia, Nocerino Wanda (2024): "Più ombre che luci nelle sentenze delle Sezioni Unite in tema di criptofonini", *Penale Diritto e Procedura*, 21 ottobre 2024

Nieto Martìn Adàn (2018): "Reconoscimiento mutuo, orden público e identidad nacional: la doble incriminación como ejemplo", *Diritto penale contemporaneo,* 7-8, p. 244

Nobili Massimo (1994): "Cosa si può rispondere all'invettiva di Robespierre contenuta nel discorso per la condanna a morte del Re: "Voi invocate le forme perché non avete principi"?, *Critica del Diritto*, 2, pp. 66 ss.

Nobili Massimo (1974): *Il principio del libero convincimento del giudice* (Milano, Giuffrè), pp. 50 ss.

Piccirillo Raffaele (2016): "I profili funzionali e strutturali dell'Ordine europeo di indagine penale", in Bene, Teresa, Luparia Donati, Luca, Marafioti Luca (eds.): *L'ordine europeo di indagine. Criticità e prospettive* (Torino, Giappichelli), pp. 63 ss.

Pisani Maria Mercedes (2011): "Problemi di prova in materia penale. La proposta di direttiva sull'Ordine europeo di indagine", *Archivio Penale*, 3, pp. 925 ss.

Rafaraci Tommaso (2014): "General consideration on the european investigation order", in Ruggeri, Stefano (ed.): *Transnational evidence and multicultural inquiries in Europe* (Cham, Heidelberg, New York, Dordrecht, London, Springer), p. 38

Ruggeri Stefano (2015): "Transnational Prosecutions, Methods of Obtaining Overseas Evidence, Human Rights Protection in Europe", in Ruggeri Stefano (ed.): *Human Rights in European Criminal Law. New Developments in European Legislation and Case Law after the Lisbon Treaty* (Cham, Heidelberg, New York, Dordrecht, London, Springer), pp. 166 ss.

Sicurella Rosaria (2017): "Fostering a European Criminal Law Culture: in Trust We Trust", in Lucifora, Annalisa, Mitsilegas, Valsamis, Parizot, Raphaele, Sicurella, Rosaria (eds.): *General principles for a common criminal law framework in the EU* (Milano, Giuffrè), XV ss.

Siracusano Fabrizio (2012): "Tra mutuo riconoscimento e armonizzazione preventiva: quali prospettive per la circolazione della prova dichiarativa nell'ambito dell'Unione europea?", *Archivio Penale*, 1, p. 1

Siracusano Fabrizio (2017): "Tra semplificazione e ibridismo: insidie e aporie dell'Ordine europeo di indagine penale", *Archivio Pen*ale, 2, p. 9

Spangher Giorgio (2024): "Criptofonini: le sentenze delle Sezioni Unite", *Giustizia Insieme, 20 giugno 2024.*

Spencer John Rason (2015): "Mutuo riconoscimento, armonizzazione e tradizionali modelli intergovernativi", in Kostoris, Roberto E. (ed.): *Manuale di procedura penale europea* (Milano, Giuffrè), p. 277.

Spencer John Rason (2010): "The Green Paper on obtaining evidence from one Member State to another and securing its admissibility: the Reaction of one British Lawyer", *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik,* 9, pp. 604 ss.

Torchia Laura (2009): *Il governo delle differenze. Il principio di equivalenza nell'ordinamento europeo* (Bologna, Il Mulino), pp. 19 ss.

Trogu Mauro (2018): "L'ordine europeo di indagine penale (d.lg. n. 108/2017)", in Marandola, Antonella (ed.): *Cooperazione giudiziaria penale* (Milano, Giuffrè), pp. 1004 ss.

Vervaele John A. E. (2019): "Lawful and fair use of evidence from a European human rights perspective", in Giuffrida, Fabio, Ligeti, Katalin (eds.): *Admissibility of OLAF Final Reports as Evidence in Criminal Proceedings* (Luxembourg, University of Luxembourg), p. 56.



Diritto Penale Contemporaneo

RIVISTA TRIMESTRALE

REVISTA TRIMESTRAL DE DERECHO PENAL

A QUARTERLY REVIEW FOR CRIMINAL JUSTICE

http://dpc-rivista-trimestrale.criminaljusticenetwork.eu