

ALESSANDRO MALACARNE

**Le investigazioni difensive nel prisma delle
“nuove” indagini preliminari: per una parità delle
armi a vocazione digitale e *ultra fines***

Lo scritto, dopo aver messo in luce l'impatto della digitalizzazione e della transnazionalità dei fenomeni criminosi sulla fase delle indagini preliminari, ne esamina le ricadute con riguardo all'istituto delle investigazioni difensive.

Defence investigations in the context of the “new” preliminary investigation phase: towards a digital and ultra-fines equality of arms.

Following an examination of how digitalisation and the transnational dimension of criminality shape the preliminary (pre-trial) phase, the paper explores the extent to which these paradigms affect the conduct of defence investigations.

SOMMARIO: 1. Le indagini preliminari tra digitalizzazione e transnazionalità. - 2. L'auspicato rafforzamento dei poteri del giudice e del pubblico ministero nella “fase previa”. - 3. ... e il difensore? Questo (in parte) dimenticato. - 4. La struttura “analogica” e a “proiezione nazionale” dell'attuale inchiesta parallela. - 5. Il formante tecnologico. - 5.1 Apprensione diretta del materiale probatorio. - 5.1.1 Operazioni *online* atipiche. - 5.2 Acquisizione di dati conservati presso terzi. - 6. Il formante extra-territoriale. - 6.1 L'ordine europeo di indagine. - 6.2 EPPO ed “eurodifensore 2.0”. - 7. Alcune osservazioni di sintesi.

1. *Le indagini preliminari tra digitalizzazione e transnazionalità.* Costituisce affermazione ricorrente – nonché dato di realtà agevolmente osservabile – quella per cui la fase delle indagini preliminari, specie il momento di ricerca e apprensione del materiale probatorio, sia oggi divenuta «l'effettivo baricentro del rito [penale]»¹. È, anzitutto, la sociologia giudiziaria a restituire l'immagine di un segmento investigativo dai tratti profondamente mutati rispetto a quelli

¹ Così, CANZIO-FIECONI, *Giustizia. Per una riforma che guarda all'Europa*, Milano, 2021, 49. Negli stessi termini, v., tra i molti, CAMON, *La fase che “non conta e non pesa”: indagini governate dalla legge?*, in AA.VV., *Legge e potere. Pensando a Massimo Nobili. Atti del convegno Bologna, 4 e 5 novembre 2016*, Milano, 2017, 93; CASSIBBA, “*Trasfigurazione*” delle indagini preliminari, principio di proporzionalità e controllo giurisdizionale effettivo, in *Annali di Arch. pen.*, 2024, 62; MACCHIA, *Le “nuove” indagini preliminari: aggiustamenti o metamorfosi?*, in www.sistemapenale.it, 27 gennaio 2025, 149; MAFFEO, *Potenzialità del pubblico ministero e “finestre” giurisdizionali*, in *Proc. pen. giust.*, 2020, 474; MARANDOLA, *Le finestre di giurisdizione e il giudice del procedimento*, *ivi*, 2023, 9; MAZZA, *L'efficientismo del processo post accusatorio*, in *Arch. n. proc. pen.*, 2022, 501; MORELLI, *Osservazioni critiche sulla funzione dell'indagine alla luce della nuova udienza preliminare*, in www.sistemapenale.it, 2023, 5, 24. Di un processo «a trazione anteriore» ha parlato G. SPANGHER, *Riforma Cartabia: un processo a “trazione anteriore”*, in *Dir. pen. proc.*, 2022, 1485.

delineati dai *conditores* al momento della redazione del “nuovo” codice dell’88.

Un tanto pare essere dovuto a due fattori che, unitamente ad altri², hanno contribuito, negli ultimi anni, a mettere in luce “l’ingenuo convincimento” dei Padri compilatori, ossia l’idea che le informazioni raccolte anteriormente al dibattimento siano «“sfornite d’efficacia probatoria”, costituendo solo “lo strumento di cui l’organo dell’accusa si vale per saggiare il probabile fondamento di un’eventuale domanda”»³.

Sotto un primo profilo, il riferimento è all’incrementato impiego della tecnologia digitale onde agevolare l’accertamento dei fatti di reato⁴.

Al riguardo, non appare peregrino affermare come, nell’attuale quotidianità, l’apprensione di informazioni nel corso della fase investigativa avvenga attraverso i “cavi” che collegano i numerosi dispositivi elettronici di uso

² Indubbia incidenza va riconosciuta, ad esempio, all’enunciazione del principio di completezza delle indagini, alle diverse novelle che hanno interessato il rito abbreviato (cfr. CASSIBBA, voce *Investigazioni ed indagini preliminari*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. II, Torino, 2004, 515 ss.) e, da ultimo, alla modifica, in senso marcatamente rafforzativo, della regola di giudizio in sede di archiviazione operata dalla riforma Cartabia (L. 27 settembre 2021, n. 134 e d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150); MARZADURI, *La riforma Cartabia e la ricerca di efficaci filtri predibattimentali: effetti dellativi e riflessi sugli equilibri complessivi del processo penale*, in www.laegislazionepenale.eu, 25 gennaio 2022, 27 s., secondo cui «se è vero che l’innalzamento della soglia stabilita per l’esercizio dell’azione penale o per il rinvio a giudizio può anche determinare un alleggerimento del carico delle notizie di reato destinate al giudizio abbreviato o dibattimentale, è altrettanto vero che ciò comporterà un ulteriore appesantimento delle indagini preliminari, per le quali, invece, si ricerca una minore e comunque più sicura durata massima con la riforma. Si determinerà una crescita dell’importanza di una fase nella quale la raccolta probatoria vede l’indagato, se non disarmato rispetto ai poteri del pubblico ministero, quantomeno in una posizione di netta inferiorità»; RUGGERI, *Azione e inazione*, in *Riforma Cartabia: la nuova giustizia penale*, a cura di Castronuovo-Donini-Mancuso-Varraso, Milano, 2023, 667.

³ Così, MARZADURI, *Il declino del paradigma accusatorio ed il ritorno all’istruzione sommaria*, in www.laegislazionepenale.eu, 3 agosto 2023, 1 s., ove l’A. richiama testualmente il pensiero di CORDEIRO, *Linee di un processo accusatorio*, in AA.VV., *Criteri direttivi per una riforma del processo penale*, Milano 1965, 66 s. Ovvero, per dirla con le parole di GIOSTRA, *Indagine e prova: dalla non dispersione ai nuovi scenari cognitivi*, in AA.VV., *Verso la riscoperta di un modello processuale. Convegno in memoria di Antonino Garlati*, Milano, 2003, 48, una fase investigativa limitata al «procacciamento di quanto è indispensabile per l’esercizio dell’azione penale».

⁴ Nello stesso senso, v. CASSIBBA, *“Trasfigurazione” delle indagini preliminari*, cit., 62. Come autorevolmente rilevato, ancora, da MARZADURI, *Qualche considerazione sui rapporti tra principio di obbligatorietà dell’azione penale e completezza delle indagini preliminari*, in www.sistemapenale.it, 14 maggio 2020, 203 s., «gli equilibri interni al procedimento penale hanno subito le conseguenze delle spinte esercitate dal materiale investigativo», specie a causa del «sempre più intenso ricorso a tecniche idonee a sottrarre spazi alla prova orale, tecniche la cui aggressività nei confronti dei diritti individuali non riceve alcun freno stante l’assenza di disposizioni seriamente attuative del principio di proporzionalità».

comune. È fuor di dubbio, in effetti, che la ricerca degli elementi di prova – e, ancor prima, della stessa notizia di reato – sia realizzata non più, o non soltanto, attraverso la «*perception intuitiva humana*»⁵ – ossia nelle strade delle città –, bensì negli uffici delle Procure e, più precisamente, attraverso i *computer* e i *tablet* posizionati sulle scrivanie dei pubblici ministeri e della polizia giudiziaria. Siffatti *device*, sfruttando le potenzialità delle “connessioni di rete”, sono in grado di compiere numerose attività utili al reperimento di dati⁶.

Sembrano essersi avverate, così, le profezie di quell’acuta dottrina che, anni or sono, preconizzava l’avvento di un’epoca nella quale «qualsiasi tipo di fonte di prova [sarebbe stata] “digitale”, in quanto il processo di informatizzazione e digitalizzazione della nostra società condiziona direttamente il mondo giuridico e, soprattutto, il suo aspetto processuale»⁷.

Ne è conseguito il radicale mutamento dei tratti «essenziali [del] metodo investigativo e, con esso, [del] “codice genetico” del sapere processuale»⁸: si è passati, cioè, da un sistema (idealmente) accusatorio imperniato sulla prova

⁵ Assai icasticamente, nel descrivere questo fenomeno, BARONA VILAR, *Algoritmización del derecho y de la Justicia. De la Inteligencia Artificial a la Smart Justice*, Valencia, 2021, 598.

⁶ Si condividono, dunque, le osservazioni di CECANESE, *Le pre-investigazioni informatiche e i controlli sui social*, in *Pre-investigazioni (Espedienti e mezzi)*, a cura di Scalfati, Torino, 2020, 270, per il quale «oggi [...] l’inquirente non esce più sul territorio – o per lo meno esce sempre meno – poiché l’acquisizione delle informazioni tende a realizzarle tutte all’interno dell’ufficio attraverso l’utilizzo del *computer* e di sistemi informatici capaci di controllare la vita, gli spostamenti e le abitudini di ogni individuo» e di TROGU, *Intrusioni segrete nel domicilio informatico*, in *Le indagini atipiche*, a cura di Scalfati, Torino, 2019, 567, ove sottolinea come la rete *internet* si stia rivelando «uno strumento attraverso il quale i soggetti processuali possono ricercare ed acquisire le fonti di prova con l’uso di strumenti sempre più sofisticati». Negli stessi termini, v. DELGADO MARTÍN, *Investigación tecnológica y prueba digital en todas las jurisdicciones*, Madrid, 2018, 38.

⁷ ZICCARDI, *Scienze forensi e tecnologie informatiche*, in Lupária-Ziccardi, *Investigazione penale e tecnologia informatica. L’accertamento del reato tra progresso scientifico e garanzie fondamentali*, Milano, 2007, 9. Il tema è approfondito dall’A. in ID., *Informatica giuridica. Privacy, sicurezza informatica, computer forensics e investigazioni penali*, Milano, 2012, 296 ss. E non si dovrà rimanere stupiti, pertanto, qualora, negli anni a venire, dovesse rivelarsi veritiera l’affermazione di chi ha sostenuto come nel giro pochi lustri «*prácticamente el cien por cien de los conflictos estarán relacionado con algún elemento tecnológico*»: così, BUENO DE MATA, *Las diligencias de investigación penal en la cuarta revolución industrial. Principios teóricos y problemas prácticos*, Cizur Menor, 2019, 21.

⁸ LORUSSO, *Investigazioni scientifiche, verità processuale ed etica degli esperti*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 1346. Ad avviso di CONTI-TORRE, *Spionaggio informatico nell’ambito dei social network*, in *Le indagini atipiche*, a cura di Scalfati, Torino, 2014, 400, si è al cospetto di una vera e propria «“deriva tecnologica” delle investigazioni [penali]».

dichiarativa a un modello soggiogato al *bit* digitale⁹.

Invero, scorrendo le disposizioni contenute nel Capo III del Titolo II del Libro VII del codice di rito ci si accorge di come le norme in tema di istruzione dibattimentale siano, in gran parte, dedicate alla disciplina della prova orale, *regina probatorum* del sistema penale accusatorio. Nelle intenzioni dei compilatori, l'esame delle fonti dichiarative, in linea di continuità con l'opinione tradizionale¹⁰, rappresentava il metodo per eccellenza di formazione della prova, poiché diretta manifestazione della regola del contraddittorio. Quest'ultimo, a partire dall'entrata in vigore della Costituzione, è stato elevato a presupposto di legittimità della decisione e, al contempo, valore epistemologico della conoscenza giudiziale (art. 111 Cost.). Esso, difatti, rappresenta il miglior metodo (o quantomeno il meno imperfetto) «escogitato dagli uomini per stabilire la verità di enunciati fattuali, in qualsiasi campo e specialmente in quello giudiziario»¹¹. Da questa prospettiva, la *cross examination* esprimeva (ed esprime tuttora) in modo

⁹ Non è un mistero, del resto, che la macchina giudiziaria muti la propria fisionomia «attraverso i nuovi strumenti del conoscere almeno altrettanto che attraverso le riscritture interne alla scienza del diritto»: così, nel cogliere lo stretto legame tra *novum* digitale e innovazione processuale, ALESSI, *Il processo penale. Profilo storico*, Roma-Bari, 2007, 180. La crisi della prova dichiarativa, in realtà, è da ricondurre anche agli studi – sempre più numerosi – in tema di psicologia della testimonianza, ove si evidenzia come la memoria del dichiarante sia un qualcosa di estremamente “fragile”, tutt'altro che infallibile e, di conseguenza, non così affidabile come tradizionalmente sostenuto: cfr., per una recente panoramica, SARTORI, *La memoria del testimone. Dati scientifici utili a Magistrati, Avvocati e Consulenti*, Milano, 2021, 35 ss.

¹⁰ Plasticamente rappresentata dalle parole di Florian, per il quale «nel quadro delle prove, la prova testimoniale è quella cui sempre il processo penale attinse il più copiosamente: la testimonianza è il modo più ovvio di ricordare e ricostruire gli avvenimenti umani; è la prova in cui l'indagine giudiziaria si esplica con maggiore energia. Di essa non si può fare a meno»: FLORIAN, *Delle prove penali*, vol. II, Milano, 1924, 62.

¹¹ UBERTIS, *Sisifo e Penelope. Il nuovo codice di procedura penale dal progetto preliminare alla ricostruzione del sistema*, Torino, 1993, 268. Nello stesso senso, v. MAZZA, *Il garantismo al tempo del giusto processo*, Milano, 2011, 5: una verità che, precisa quest'ultimo A., non è certamente «quella illusoria verità oggettiva, umanamente irraggiungibile [...], ma della verità giudiziale che è direttamente influenzata e condizionata dal metodo di indagine prescelto»; DINACCI, *Il contraddittorio per la prova nel processo penale*, Padova, 2012, 22 ss. E, del resto, è stato da tempo messo in luce come il concetto di “certezza” esuli dal panorama processuale: v. STELLA, *Il giudice corpuscolariano. La cultura delle prove*, Milano, 2005, 98, il quale sottolinea come «occorre prendere atto che nella scienza non vi sono certezze, né verità definitive e che l'idea della verità scientifica [e tecnologica] come verità certa è esattamente un mito, cioè una falsa storia. [...] La storia della scienza, in altre parole, è un cimitero di errori»; PAGANO, *La logica dei probabili. Per servire di teoria alle prove nei giudizi criminali*, Salerno, 1924, 6, ove afferma che «il regno della probabilità è confinante con quello della certezza, ma è diviso da quello».

inequivocabile l'adesione a un modello accusatorio¹², nel quale la maieutica è posta a fondamento della concezione argomentativa della prova.

Con il passare del tempo, tuttavia, la "prova per testimoni" ha man mano perso la sua centralità, lasciando il posto alla prova informatico-digitale¹³. È ormai tramontata, dunque, l'epoca in cui la *declaratio* rappresentava il modo più appropriato e scientificamente affidabile per ricostruire *ex post* le vicende umane, giacché le «manifestazioni della delinquenza» erano, «d'ordinario, ben lungi dal prestarsi a modi precostituiti di prova»¹⁴. Le moderne tecnologie, per contro, sono in grado di cristallizzare, con un semplice *click*, tutti quegli eventi del passato di rilevanza processuale o, quantomeno, il materiale probatorio utile alla loro ricostruzione.

Le statistiche avallano quanto qui sostenuto: valgano, per tutti, il contenuto di un accreditato *report* elaborato dal *National Police Chiefs Council*, dal quale si apprende come nel 90% dei procedimenti penali aventi ad oggetto reati commessi sul territorio inglese sia richiesta l'apprensione di materiale avente una componente intrinsecamente digitale¹⁵; nonché la *Raccomandazione* della

¹² Come ricorda FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 2004, 576, si può «chiamare accusatorio» solo quel modello che configura «il giudizio come una contesa paritetica [...] ingaggiata con la difesa mediante un contraddittorio pubblico ed orale».

¹³ Lo rilevano altresì, in termini espliciti, CASSIBBA, *"Trasfigurazione" delle indagini preliminari*, cit., 64; DELLA TORRE, *Spunti di riflessione sulla proposta di legge in materia di sequestro di dispositivi e di dati*, in *www.sistemapenale.it*, 19 giugno 2025, 12, secondo cui «la "prova regina" non è più quella dichiarativa, ma quella tecnologica»; GIALUZ, *Premessa*, in *Le nuove intercettazioni. Legge 28 febbraio 2020 n. 7*, a cura di Id., in *Dir. Internet*, 2020, Suppl. al n. 3, 1, per il quale i nuovi strumenti di indagine tecnologica «hanno scalzato la testimonianza dal ruolo di regina *probationum*»; DI PAOLO, voce *Prova informatica* (dir. proc. pen.), in *Enc. dir.*, Annali VI, Milano, 2013, 736; KOSTORIS, *Ricerca e formazione della prova elettronica: qualche considerazione introduttiva*, in *Nuove tendenze della giustizia penale di fronte alla criminalità informatica. Aspetti sostanziali e processuali*, a cura di F. Ruggieri-L. Picotti, Torino, 2011, 181; ORLANDI, *Itinerari processuali sulle vie della verità. Qualche spunto di riflessione*, in *Discrimen*, 10 luglio 2025, 9, secondo cui «nel quadro attuale delle disponibilità probatorie, la testimonianza continua a mantenere un proprio spazio, ma viene marginalizzata e magari ridotta a strumento sussidiario della prova informatica». Pure ad avviso di CURTOTTI, *Indagini hi-tech, spazio cyber, scambi probatori tra Stati e Internet provider service e "Vecchia Europa": una normativa che non c'è (ancora)*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, 745, «che la prova digitale sia ormai la prova "regina" del processo penale è un dato evidente. Che sia destinata a diventarlo sempre più è altrettanto certo perché non c'è processo che non passi attraverso almeno un atto d'indagine e una prova di tipo informatico».

¹⁴ FLORIAN, *Delle prove penali*, cit., 63.

¹⁵ NATIONAL POLICE CHIEFS COUNCIL, *Digital Forensic Science Strategy*, luglio 2020, 5, 12. Come rilevava già DAMAŠKA, *Il diritto delle prove alla deriva*, Bologna, 2003, 205, «un numero sempre più ele-

Commissione europea che ha autorizzato il Consiglio all'avvio di negoziati in vista di un accordo tra l'Unione e gli Stati Uniti d'America sull'accesso transfrontaliero alle prove elettroniche, ove si afferma che queste ultime sono oggi necessarie per lo svolgimento dell'85% delle indagini penali¹⁶. Si è detto, con plastica efficacia, che «*en la actualidad la investigación o es tecnológica o no es investigación*»¹⁷. La metamorfosi della fase investigativa costituisce, da questo angolo visuale, un fatto ormai acquisito: solo chi sia pervaso da un «tecnofobico [...] *horror noví*»¹⁸ potrebbe non rendersene conto.

Sotto un diverso profilo – che rappresenta, quantomeno in parte, la diretta conseguenza della digitalizzazione –, il secondo fenomeno al quale pare doversi imputare la trasformazione delle indagini preliminari è il loro carattere marcatamente transnazionale. Non può, a ben vedere, disconoscersi come la ricerca di materiale conoscitivo sia sempre meno “patriocentrica” e sempre più orientata *ultra fines*.

Ciò è dovuto, in primo luogo, alla necessità di realizzare indagini dirette al contrasto della criminalità “a mezzo *internet*”¹⁹. La progressiva trasposizione della vita reale sugli schermi dei *computer* e dei dispositivi mobili – quale effetto dell'utilizzo pervasivo della Rete – ha inevitabilmente determinato, difatti, un incremento del suo impiego anche per scopi illeciti. Se, in passato, il compimento di condotte costituenti reato era necessariamente legato alla corporalità della persona e delle cose che la circondavano, oggi, all'opposto,

vato di fatti rilevanti nel processo può essere oggetto di accertamento soltanto con strumenti tecnici sofisticati».

¹⁶ COMMISSIONE EUROPEA, *Recommendation for a Council Decision. Authorising the Opening of Negotiations in View of an Agreement between the European Union and the United States of America on Cross-Border Access to Electronic Evidence for Judicial Cooperation in Criminal Matters*, 5 febbraio 2019, 1. Nello stesso senso, v., più di recente, EUROPEAN PARLIAMENTARY RESEARCH SERVICE, *Access to Data for Law Enforcement: Digital Forensics*, luglio 2025, 2; EUROPEAN COMMISSION, *Roadmap for effective and lawful access to data for law enforcement*, 24 giugno 2025, 1.

¹⁷ PÉREZ GIL, *Medidas de investigación tecnológica en el proceso penal español: privacidad vs. eficacia en la persecución*, in *Informatica giuridica e informatica forense al servizio della società della conoscenza. Scritti in onore di Cesare Maioli*, a cura di Brighi-Palmirani-Sánchez Jordán, Roma, 2018, 187.

¹⁸ Queste sono le parole impiegate da DI CHIARA, *Il canto delle sirene. Processo penale e modernità scientifico-tecnologica: prova dichiarativa e diagnostica della verità*, in *Criminalia*, 2007, 23.

¹⁹ Sulla natura intrinsecamente transnazionale delle indagini digitali, v., per tutti, le considerazioni di SIGNORATO, *Le indagini digitali. Profili strutturali di una metamorfosi investigativa*, Torino, 2018, 52 ss., alla quale si rinvia anche per gli opportuni riferimenti bibliografici.

la possibilità di muoversi indisturbati nel *web* – luogo virtuale privo di frontiere, architettura acefala e decentralizzata – offre nuove opportunità criminose. Chiunque è in grado di realizzare offese a interessi giuridici volti a tutelare beni o individui che si trovano ben al di là dei confini nazionali. Tutto ciò, come ben si intuisce, ha comportato una diversa allocazione (fuori confine) delle tracce, degli indizi e degli elementi di prova necessari per la ricostruzione del fatto di reato.

Nondimeno, va osservato, in secondo luogo, come pure il contrasto a forme di delinquenza comuni (*rectius*, analogiche) passi oggi dalla ricerca di informazioni spesso allocate *aliunde*.

Onde far fronte a tutto ciò, il legislatore (internazionale, europeo e interno) va via via predisponendo strumenti diretti a facilitare l'apprensione extra-territoriale di materiale probatorio “cartaceo” e di *file* digitali.

Sul primo versante, la mente corre, ad esempio, all'ordine europeo di indagine penale (OEI)²⁰, alle squadre investigative comuni²¹ e, da ultimo, alla procura europea²². Si tratta, in linea generale, di strumenti – pur aventi ambiti di operatività assai differenti – il cui obiettivo comune è quello di superare i limiti investigativi territoriali, rafforzando contestualmente forme di cooperazione fra Stati, nella ragionevole convinzione che un mondo (e una criminalità) globalizzato²³ richieda istituti processuali a vocazione altrettanto globale.

Quanto al secondo, si pensi alla Convenzione di Budapest del 2001 sul *cybercrime*²⁴, al regolamento 2023/1543/UE (c.d. regolamento *e-evidence*) relativo agli ordini europei di produzione e agli ordini europei di

²⁰ Salva la dottrina citata in seguito, v., per un recente commento organico, CALAVITA, *L'ordine europeo di indagine penale*, Milano, 2025; ERTOLA, *L'ordine europeo di indagine penale*, Milano, 2025.

²¹ A livello monografico, v. GERACI, *Le squadre investigative comuni. Uno studio introduttivo*, Torino, 2017; PULITO, *Le squadre investigative comuni. Prodromi, retrospettive, avanguardie*, Bari, 2023.

²² Per una prima trattazione generale, v. BARROCU, *La procura europea. Dalla legislazione sovranazionale al coordinamento interno*, Milano, 2021; PALMIERI, *La procura europea. Struttura e legittimazione dell'ufficio. Adeguamento dell'ordinamento nazionale e diritti della difesa*, Milano, 2024. Sulla nascita dell'istituto, v., per tutti, LUPÁRIA DONATI-DELLA TORRE, *Origen y antecedentes de la Fiscalía Europea*, in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, 2022, 4, 38 ss.

²³ Cfr., *amplius*, lo studio di NIETO MARTÍN, *Global Criminal Law: Postnational Criminal Justice in the Twenty-First Century*, Cham, 2022.

²⁴ Convenzione del Consiglio d'Europa sulla criminalità informatica, 23 novembre 2001, recepita in Italia con l. 18 marzo 2008, n. 48.

conservazione di prove elettroniche²⁵ o, più di recente, alla *United Nations Convention against Cybercrime* adottata il 24 dicembre 2024. A quest'ultimo riguardo, la linea di tendenza (che si condivide) parrebbe essere quella volta a istituzionalizzare un approccio “*provider oriented*”: dal momento che numerose informazioni si trovano nella disponibilità delle *Big Tech* – i cui *server* sono allocati in territorio straniero (*rectius*, diverso da quello nel quale le indagini vengono condotte) – appare inevitabile un loro coinvolgimento sin dalle prime battute delle indagini.

Ma non è tutto. Sono stati implementati – e negli anni man mano rafforzati – pure meccanismi di cooperazione di polizia, con il dichiarato obiettivo di rendere la “fase previa” più celere ed efficace anche attraverso uno scambio mirato di informazioni (banche dati), specie a livello comunitario²⁶.

Orbene, la presa d'atto della vocazione digitale e transnazionale delle odierne indagini preliminari contribuisce a produrre una conseguenza di non poco rilievo, destinata a incidere su un portante chiave del modello accusatorio: il

²⁵ Regolamento 2023/1543/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 luglio 2023, relativo agli ordini europei di produzione e agli ordini europei di conservazione di prove elettroniche nei procedimenti penali e per l'esecuzione di pene detentive a seguito di procedimenti penali. A commento, v. GAUDIERI, *Novità in tema di cooperazione giudiziaria: i nuovi ordini europei di conservazione e produzione delle prove elettroniche*, in *Dir. pen. proc.*, 2023, 1231 ss.; HOYOS SANCHO, *La nueva regulación en la Unión Europea sobre obtención transfronteriza de información electrónica en procesos penales análisis y valoración del «e-evidence package»*, Pamplona, 2024; JUSZCZAK-SASON, *The Use of Electronic Evidence in the European Area of Freedom, Security, and Justice. An Introduction to the New EU Package on E-evidence*, ivi, 19 ottobre 2023; TOSZA, *The E-Evidence Package is Adopted: End of a Saga or Beginning of a New One?*, in *European Data Protection Law Review*, 2023, 163 ss. In merito ai lavori preparatori, v., *ex multis*, CALAVITA, *La proposta di regolamento sugli ordini di produzione e conservazione europei: Commissione, Consiglio e Parlamento a confronto*, in *www.laegislazionepenale.eu*, 30 marzo 2021; GERACI, *La circolazione transfrontaliera delle prove digitali in UE: la proposta di regolamento e-evidence*, in *Cass. Pen.*, 2019, 1340 ss.; GIALUZ-DELLA TORRE, *Lotta alla criminalità nel cyberspazio: la Commissione presenta due proposte per facilitare la circolazione delle prove elettroniche nei processi penali*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, 5, 277 ss. Con la L. 13 giugno 2025, n. 91, il Parlamento italiano ha delegato il Governo, tra le altre, al recepimento del predetto regolamento: v., per un primo commento, GAUDIERI, *La legge di delegazione per l'adeguamento al regolamento relativo agli ordini europei di produzione e di conservazione*, in *www.penedp.it*, 12 ottobre 2025.

²⁶ Cfr., *amplius*, BARROCU, *La cooperazione investigativa in ambito europeo. Da Eurojust all'ordine di indagine*, Milano, 2017, 101 ss.; DE AMICIS, *Organismi europei di cooperazione e coordinamento investigativo*, in AA.VV., *Investigazioni e prove transnazionali*, Milano, 2017, 77 ss.; GIALUZ, *Banche dati europee e procedimento penale italiano*, in *Cooperazione informativa e giustizia penale nell'Unione europea*, a cura di Peroni-Gialuz, Trieste, 2009, 235 ss.; ID., *Le forme e gli strumenti della cooperazione di polizia*, in *Manuale di procedura penale europeo*, a cura di Kostoris, Milano, 2025, 347 ss.

«principio dell'irrelevanza probatoria delle attività compiute prima del giudizio»²⁷ (a presidio del quale si pone la c.d. inutilizzabilità fisiologica)²⁸ rischia oggi di rimanere lettera morta, sottoposto, com'è, a «erosioni [non troppo] silenziose»²⁹. Si vuol dire, cioè, che, se il baricentro del procedimento penale va spostandosi “a valle”, l'effetto inevitabile è quello di svuotare parzialmente il contraddittorio dibattimentale, che diviene «il più delle volte, una sorta di *divertissement* estetico a fronte di una partita già giocata *aliunde*»³⁰. Con frequenza sempre maggiore, difatti, atti “investigativi” finiscono per generare vere e proprie “prove”.

Con ciò – si badi – non vuole mettersi in discussione la centralità e la fondamentale importanza che occorre riconoscere, in un modello accusatorio, al confronto dialettico nella dinamica del giudizio: il suo valore deve essere indubbiamente preservato. D'altro canto, «è proprio con il contraddittorio dibattimentale che molte certezze, apparentemente granitiche nella fase delle indagini, mostrano tutta la loro debolezza»³¹.

Neppure può ignorarsi, tuttavia, come, a fronte di strumenti che consentono all'autorità pubblica di ottenere, già nel segmento dell'inchiesta, elementi di

²⁷ Così, MARZADURI, *Inviolabilità della difesa e trasformazioni del processo*, in *Nei limiti della Costituzione. Il Codice Repubblicano e il processo penale contemporaneo*, a cura di Negri-Zillett, Milano, 2019, 122.

²⁸ Per tutti, v. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, Padova, 2007, 34 ss.

²⁹ Il riferimento è alla colletanea dal titolo *Le erosioni silenziose del contraddittorio*, a cura di Negri-Orlandi, Torino, 2017. Più in generale, sulle “elusioni” cui detto principio è sottoposto nella prassi, v. DINACCI, *Il contraddittorio per la prova nel processo penale*, cit., 125 ss.

³⁰ Così, LUPÁRIA DONATI, *La promessa della giustizia tecnologica*, in www.sistemapenale.it, 1° agosto 2024, 2; ma, v. già ID., *La disciplina processuale e le garanzie difensive*, in Lupária-Ziccardi, *Investigazione penale e tecnologia informatica. L'accertamento del reato tra progresso scientifico e garanzie fondamentali*, cit., 128. Sottolineano parimenti questo aspetto, tra gli altri, DANIELE-FERRUA, *Prospettive di rifondazione del processo accusatorio. Riflessioni a partire dal pensiero di Giovanni Conso*, in *Annali Arch. pen.*, 2024, 111; KOSTORIS, *Ricerca e formazione della prova elettronica*, cit., 181; ORLANDI, *Itinerari processuali sulle vie della verità*, cit., 9; SIGNORATO, *Le indagini digitali*, cit., 7; EAD., *Indagini e prove digitali*, in *Riv. dir. proc.*, 2024, 1151, 1172 s., la quale, con la consueta efficacia, sottolinea come «si tratta di un fenomeno registrato dallo stesso lessico in uso nella prassi, ove si impiega di frequente la locuzione “prova digitale” anche per designare gli elementi di prova digitali»; PITTIRUTI, *Digital evidence e procedimento penale*, Torino, 2017, 138. Nella letteratura straniera, v. le osservazioni di BACHMAIER WINTER, *La lucha por las garantías procesales y el cambio de paradigma en materia de prueba: del proceso penal liberal a la “Mass Surveillance” en Europa*, in *Prueba Penal y Derecho de Defensa en la era digital: Nuevos paradigmas y nuevos retos*, a cura di Ead., Cizur Menor, 2024, 59.

³¹ DANIELE, *La riforma del processo penale e il modello perduto*, in www.discrimen.it, 13 luglio 2021, 4.

prova precostituiti (o, meglio, *ab origine* irripetibili)³², sarebbe illusorio ritenere che l'efficacia delle investigazioni si esaurisca nel solo momento pre-processuale³³. E non si disconosca, ancora, come la crescente necessità di acquisire dati ubicati all'estero comporti inevitabilmente un appesantimento del segmento "previo", a causa della complessità delle procedure di cooperazione internazionale.

Sembra tornare in auge, così, l'interrogativo posto dall'illustre Autore all'indomani dell'entrata in vigore del codice Vassalli: «ma è poi vero che quelle acquisizioni conoscitive [apprese nelle indagini preliminari] non costituiscono in alcun senso delle prove?»³⁴.

2. *L'auspicato rafforzamento dei poteri del giudice e del pubblico ministero nella "fase previa"*. La progressiva centralità assunta dall'inchiesta preliminare – divenuta il "centro di gravità permanente" del procedimento – impone, quale fisiologica conseguenza, una riflessione profonda sul ruolo che in essa sono chiamati ad assumere i principali soggetti coinvolti, nonché sui poteri che dovrebbero essere loro attribuiti. Si vuole sostenere, cioè, che, se è in tale frangente che si costruisce, di fatto, l'"impianto probatorio", è proprio lì che devono essere rafforzate le prerogative di tutti gli attori processuali. A ben pensare, in effetti, non risponde a canoni di ragionevolezza un sistema in cui, nella contingenza storica contemporanea, la fase delle indagini preliminari sia modellata su una dinamica sostanzialmente unilaterale (il cui ruolo di "*dominus solutus*" è attribuito al pubblico ministero) e a "partecipazione limitata".

È proprio in questa direzione che sembrano collocarsi i recenti interventi normativi e talune suggestioni dottrinali relative, anzitutto, alla figura del giudice per le indagini preliminari.

³² Nel senso che l'avvento delle nuove tecnologie di indagine importa un ampliamento di atti sostanzialmente irripetibili, v. DANIELE-FERRUA, *Prospettive di rifondazione del processo accusatorio*, cit., 88, n. 31, 100; MIRAGLIA, *Il "Trojan (non) di Stato": una disciplina da completare*, in *Proc. pen. giust.*, 2023, 1227 ss.; NICOLICCHIA, *I controlli occulti e continuativi come categoria probatoria. Una sistematizzazione dei nuovi mezzi di ricerca della prova tra fonti europee e ordinamenti nazionali*, Milano, 2020, 11 s.; SIGNORATO, *Le indagini digitali*, cit., 7.

³³ Nella stessa direzione, v. CASSIBBA, *"Trasfigurazione" delle indagini preliminari*, cit., 72; DANIELE-FERRUA, *Prospettive di rifondazione del processo accusatorio*, cit., 100.

³⁴ NOBILI, *Scenari e trasformazioni del processo penale*, Padova, 1998, 35.

La riforma Cartabia (L. 27 settembre 2021, n. 134, attuata poi dal d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150), nell'intento di «assicurare un efficace controllo del giudice in taluni momenti salienti delle indagini»³⁵, ha accresciuto i poteri di intervento di quest'ultimo³⁶ con riguardo, tra gli altri, al momento dell'iscrizione della notizia di reato (art. 335-*quater* c.p.p.)³⁷, all'istituto dei termini delle indagini³⁸, ai rimedi avverso la stasi conseguente alla mancata assunzione da parte dell'organo d'accusa delle determinazioni inerenti all'esercizio dell'azione penale (c.d. «*discovery* patologica obbligatoria»: art. 415-*ter* c.p.p.)³⁹, nonché al presupposto per disporre l'archiviazione⁴⁰. Al netto della condivisibilità (e dell'efficacia) di tali interventi, pare evidente la volontà del legislatore di implementare le occasioni di esercizio ad opera del g.i.p. di poteri di controllo sulle iniziative e sulle scelte del pubblico ministero (c.d. finestre di giurisdizione)⁴¹.

³⁵ CANZIO-FIECCONI, *Giustizia. Per una riforma che guarda all'Europa*, cit., 149.

³⁶ Per più ampie riflessioni, v. CABIALE, *Le rinnovate dinamiche dell'attività investigativa: iscrizione della notizia di reato, tempi delle indagini e rimedi 'anti-stasi'*, in www.legislazionepenale.eu, 3 dicembre 2023; CASSIBBA-MANCUSO, *Le indagini preliminari fra innovazione e continuità*, in *Riforma Cartabia. La nuova giustizia penale*, cit., 605 ss.; DE CARO, *Riflessioni sulle recenti modifiche della fase investigativa e della regola di giudizio: un percorso complesso tra criticità e nuove prospettive*, in *Arch. pen. web*, 7 dicembre 2022; GARUTI, *L'efficienza del processo tra riduzione dei tempi di indagine, rimedi giurisdizionali e "nuova" regola di giudizio*, in *Arch. pen. web*, 28 ottobre 2022; GIALUZ-DELLA TORRE, *Giustizia per nessuno. L'inefficienza del sistema penale italiano tra crisi cronica e riforma Cartabia*, Torino, 2022, 339 ss.

³⁷ Cfr. CAMON, *Registrazione della notizia di reato e tempi dell'indagine*, in *Arch. pen. web*, 22 marzo 2023; CONTI, *L'iscrizione della notizia di reato nel prisma dell'azione: nuovi requisiti e finestre di giurisdizione*, in *Dir. pen. proc.*, 2023, 142 ss.; CURTOTTI, *L'iscrizione della notizia di reato e il controllo del giudice*, in *La riforma Cartabia*, a cura di Spangher, Pisa, 2022, 198 ss.; VALENTINI, *The untouchables: la fase delle indagini preliminari, l'ufficio del pubblico ministero e i loro misteri*, in *questa Riv. web*, 2022, 2, 1 ss.

³⁸ NOCERINO, *La durata delle indagini e il controllo giurisdizionale sui tempi del procedimento*, in *Cass. Pen.*, 2023, 2616; Cfr., *amplius*, TRAPELLA, *La durata delle indagini preliminari. Profili di una patologia*, Milano, 2022.

³⁹ GIALUZ, *Per un processo più efficiente e giusto. Guida alla lettura della riforma Cartabia*, in www.sistemapenale.it, 2 gennaio 2022, 47.

⁴⁰ I contributi circa la nuova regola della «ragionevole previsione di condanna» sono assai numerosi; pertanto, ci si permette di rinviare all'ampia bibliografia in materia già raccolta nel corposo studio condotto da DELLA TORRE, *La ragionevole previsione di condanna alla prova della realtà giudiziaria*, in www.la-legislazionepenale.eu, 19 luglio 2024, 11, n. 59.

⁴¹ CANZIO, *Le linee del modello "Cartabia". Una prima lettura*, in www.sistemapenale.it, 25 agosto 2021, 4 ss.; MARANDOLA, *Le finestre di giurisdizione e il giudice del procedimento*, cit., 7 ss.; MAFFEO, *Potenzialità del pubblico ministero e "finestre" giurisdizionali*, cit., 474 ss. Auspicava già un rafforzamento

Nella medesima logica si pone, altresì, l'idea (che trova, a ben vedere, solidi ancoraggi in recenti orientamenti sviluppati in seno alla Corte di giustizia)⁴² di introdurre un vaglio giurisdizionale operato da un organo *super partes* tutte le volte in cui l'accusa intenda compiere atti di indagine (specie di matrice tecnologica) che incidono in modo significativo sulle libertà fondamentali del cittadino⁴³. L'attuale metamorfosi delle indagini preliminari, del resto, non può che condurre naturalmente verso un potenziamento di quella "giurisdizione di garanzia" che, unitamente alla "giurisdizione sulle libertà", contribuisce a qualificare il g.i.p. come figura «polifunzionale»⁴⁴, il cui compito primario è, appunto, quello di assicurare un'adeguata tutela dei diritti dell'indagato⁴⁵. Una tutela – vale la pena precisarlo – che, a tutto concedere, non potrebbe concretizzarsi (in modo effettivo) in sede dibattimentale, quando ormai i diritti fondamentali della persona (indagato o terzo) sono stati

mento in tal senso anche CASSIBBA, *Troppi ma ineffettivi controlli sulla durata delle indagini preliminari nel codice riformato*, in *Arch. pen. web*, 2018, 413. Esprimono riserve sul punto, motivate dal rischio di un ritorno del giudice istruttore, MACCHIA, *Le "nuove" indagini preliminari*, cit., 149; RUTA, *Il nuovo volto delle indagini preliminari ed il rischio della fuga dalla giurisdizione*, in *www.questionegiustizia.it*, 2023, 2, 24; ID., *Verso una nuova istruzione formale? Il ruolo del pubblico ministero nella fase delle indagini preliminari*, ivi, 2021, 4, 115 ss.; VALORI, *Pubblico ministero e giurisdizione nelle indagini e nell'esercizio dell'azione penale: il punto di vista del giudice per le indagini preliminari*, ivi, 2018, 1, 30.

⁴² Si allude a quelle prese di posizione sviluppatesi, perlomeno fino ad oggi, in tema di *data retention* (Corte giust. UE, 2 marzo 2021, *H.K. c. Prokuratuur*, C-746/18, par. 58; Corte giust. UE, 5 aprile 2022, *Commissioner of An Garda Síochána e. a.*, C-140/20, par. 112; Corte giust. UE, 6 ottobre 2020, *La Quadrature du Net*, C 511/18, C 512/18 e C 520/18, par. 189), trattamento dei dati personali ai sensi della direttiva 2016/680/UE (Corte giust. UE, 4 ottobre 2024, *C.G.*, C-548/21, par. 104) e investigazioni transfrontaliere della Procura europea ex artt. 31 e 32 del Regolamento 2017/1939/UE (Corte giust. UE, 21 dicembre 2023, *G.K. e a.*, C-281/22, par. 75, 78).

⁴³ Per spunti in tal senso, v., volendo, MALACARNE, *"Tentativo di accesso" ai dati contenuti nello smartphone: le (ondivaghe) indicazioni provenienti dalla Corte di giustizia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2025, 373 ss. Come rileva anche CASSIBBA, *"Trasfigurazione" delle indagini preliminari*, cit., 67, «a fronte dell'espansione (qualitativa, quantitativa e cronologica) dell'attività investigativa del pubblico ministero, le prerogative del giudice per le indagini preliminari appaiono inadeguate ad adempiere la funzione di controllo sul rispetto dei diritti fondamentali e della legalità processuale assegnatagli dal sistema».

⁴⁴ GREVI, *Funzioni di garanzia e funzioni di controllo del giudice nel corso delle indagini preliminari*, in AA.VV., *Il nuovo processo penale. Dalle indagini preliminari al dibattimento*, Milano, 1989, 15.

⁴⁵ RUGGIERI, *La giurisdizione di garanzia nelle indagini preliminari*, Milano, 1996, 16. Del resto, come ha osservato AMODIO, *Il diritto di difesa tra equilibri formali ed equilibri sostanziali*, in *Dir. pen. cont. - Riv. Trim.*, 2013, 3, 14, il «gip non ha mai spiccato il volo fino a diventare il vero garante dell'indagato. È la frammentazione delle sue funzioni a farne un attore incapace di frenare la sovranità procedimentale del pubblico ministero». Nello stesso senso, v., già, NOBILI, *Scenari e trasformazioni del processo penale*, cit., 104.

irrimediabilmente pregiudicati dall'impiego di strumentazioni altamente intrusive, in assenza di un controllo *ex ante*⁴⁶. È nella direzione qui auspicata, ad esempio, che si collocano il d.lgs. 30 settembre 2021, n. 132 in materia di *data retention*⁴⁷ – con il quale il Parlamento ha attribuito al giudice il potere di autorizzare l'acquisizione dei tabulati telefonici –, nonché il recente disegno di legge⁴⁸ volto a introdurre nel codice di rito un nuovo art. 254-ter relativo al sequestro probatorio di apparecchi digitali⁴⁹.

⁴⁶ Come sottolinea anche NICOLICCHIA, *I controlli occulti e continuativi come categoria probatoria*, cit., 13, «se è vero che [...] la fase delle indagini è quella che “non conta e non pesa” nella formazione del convincimento giudiziale, è però proprio in tale frangente che si producono le più intense limitazioni alle libertà fondamentali». In termini non dissimili, v. MARCOLINI, *Le indagini atipiche a contenuto tecnologico nel processo penale: una proposta*, in *Cass. pen.*, 2015, 773.

⁴⁷ Per un commento alla novella, v., tra i molti, FILIPPI, *La nuova disciplina dei tabulati: il commento “a caldo” del Prof. Filippi*, in *www.penaledp.it*, 1° ottobre 2021; MALACARNE, *La decretazione d'urgenza del Governo in materia di tabulati telefonici: breve commento a prima lettura del d.l. 30 settembre 2021, n. 132*, in *www.sistemapenale.it*, 8 ottobre 2021; PASTA, *Luci e ombre nella disciplina dei tabulati telefonici nel processo penale*, in *Cass. Pen.*, 2022, 4458 ss.; TAVASSI, *Acquisizione di tabulati, tutela della privacy e rispetto del principio di proporzionalità*, in *Arch. pen. web*, 20 gennaio 2022.

⁴⁸ ... ove si prevede un intervento autorizzativo *ex ante* ad opera del g.i.p. (co. 1 e 12 della proposta di riforma): «Modifiche al codice di procedura penale in materia di sequestro di dispositivi, sistemi informatici o telematici o memorie digitali», approvato dal Senato in data 10 aprile 2024 e attualmente assegnato all'esame della Camera. Cfr. CHELO, *Tanto tuonò che piovve: il nuovo sequestro di dispositivi informatici*, in *www.penaledp.it*, 29 febbraio 2024; LA REGINA, *Il sequestro dei dispositivi di archiviazione digitale*, *ivi*, 12 ottobre 2024; MALACARNE, *Sequestro probatorio (informatico): proporzionalità, segreto professionale e garanzie dell'attività difensiva*, in *Dir. Internet*, 2025, 131 ss.; MURRO, *Lo smartphone come fonte di prova. Dal sequestro del dispositivo all'analisi dei dati*, Padova, 2024, 253 ss.; EAD., *Prospettive in tema di sequestro dello smartphone: le novità approvate dal Senato*, in *Dir. pen. proc.*, 2024, 1619 ss.; PARODI, *Signori, si cambia: la nuova disciplina sul sequestro di p.c. e device*, in *www.ilpenalista.it*, 13 marzo 2024.

⁴⁹ Se un'effettiva estensione dei poteri del g.i.p. in tal senso rischi di provocare un “ritorno” del giudice istruttore è tematica – assai complessa e dibattuta – sulla quale non è possibile soffermarsi in questa sede. Basti osservare, però, come, nell'ottica qui avallata, il magistrato giudicante, quale garante dei diritti fondamentali dell'indagato a fronte di atti investigativi che incidono gravemente sui diritti fondamentali, non verrebbe ad assumere alcun ruolo attivo né con riguardo alla scelta della misura, né in relazione alla sua esecuzione. Si richiamano, sul punto, gli spunti offerti, in senso adesivo, dalla relazione del Prof. Fabio Cassibba (*Strategie per l'effettività della giurisdizione senza processo*) al convegno *L'identità smarrita delle indagini preliminari. Crisi del modello e ripristino delle garanzie*, Firenze, 9 maggio 2025, nonché le riflessioni dello stesso A. in ID., *“Trasfigurazione” delle indagini preliminari*, cit., 72. Si badi: l'imputazione al g.i.p. di siffatto potere autorizzativo non può ritenersi, di per sé sola, sufficiente a tutelare efficacemente i diritti dei soggetti coinvolti. La posizione di terzietà del giudice non è elemento esaustivo di garanzia: ciò che rileva in termini di effettività è la sostanza del controllo giurisdizionale, che deve essere esercitato in modo rigoroso sui presupposti di legittimità e proporzionalità dell'intervento investigativo richiesto dall'accusa.

Nel modello della “nuova inchiesta digitale e transfrontaliera” che va delineandosi, però, dovrebbero essere oggetto di un profondo adattamento, in senso marcatamente rafforzativo, pure i poteri *stricto sensu* investigativi in capo alla parte pubblica inquirente. Questa affermazione – se ne ha piena consapevolezza – potrebbe destare un certo scalpore e, dunque, onde evitare equivoci, merita di essere subito precisata.

Con essa, più precisamente, si allude alla necessità di aggiornare le disposizioni relative a quei mezzi di ricerca della prova capaci di acquisire dati informatici (le quali non appaiono attualmente calibrate sulla nuova realtà virtuale ove operano i “criminali 2.0”) e di normare *ex novo* metodologie di indagine digitale. Non è un mistero, d’altro canto, che, nonostante le censure sollevate in dottrina⁵⁰, l’ordinamento italiano continui a non regolamentare un ampio novero *digital tool* oggi essenziali per realizzare un’efficace persecuzione dei reati.

Si badi: un’opera di compiuta sistematizzazione in tal senso consentirebbe di raggiungere un duplice obiettivo.

Da un lato, tutelare i diritti fondamentali dei soggetti interessati dalle misure, allineando in tal modo il sistema codicistico al canone di legalità processuale (art. 111, co. 1 Cost.)⁵¹. In assenza di una disciplina legislativa, oggi è la prassi (si legga, gli ondivaghi orientamenti giurisprudenziali, con il *placet* del

⁵⁰ Il riferimento corre, ad esempio, al pedinamento GPS, alle videoriprese investigative e al *trojan horse* impiegato in modalità diversa rispetto alla semplice captazione ambientale. In generale, sulla necessità di un intervento legislativo volto a regolamentare queste nuove strumentazioni, v., pur con differenti prospettive di riforma, DANIELE, *La vocazione espansiva delle indagini informatiche e l’obsolescenza della legge*, in *Proc. pen. giust.*, 2018, 831 ss.; DELLA TORRE-MALACARNE, *L’utilizzo dei file di log per scopi di contrasto alla criminalità: nodi problematici e possibili soluzioni*, in *Arch. pen. web*, 22 dicembre 2023; FELICIONI, *La perquisizione informatica: il gap tra “contenitore” e “contenuto”*, in *Proc. pen. giust.*, 2025, 685; GIALUZ, *Premessa*, cit., 7; MARCOLINI, *Le indagini atipiche a contenuto tecnologico nel processo penale*, cit., 789 ss.; NICOLICCHIA, *I controlli occulti e continuativi come categoria probatoria*, cit., *passim*; NOCERINO, *Il captatore informatico nelle indagini penali interne e transfrontaliere*, Milano, 2021, 317 ss.

⁵¹ Nello stesso senso, v. CASSIBBA, *Indagini tecnologicamente assistite e tecniche investigative speciali. Note introduttive*, in *Indagini e prove nella società digitale. Questioni attuali e prospettive future*, a cura di Di Paolo-Pressacco, Trento, 2025, 116; DELLA TORRE, *Quale spazio per i tools di riconoscimento facciale nella giustizia penale?*, in *Intelligenza artificiale e processo penale. Indagini, prove, giudizio*, a cura di Di Paolo-Pressacco, Trento, 2022, 52; DELLA TORRE-MALACARNE, *Riforma Cartabia e digitalizzazione della giustizia penale*, in *Riv. italiana di inf. e diritto*, 2024, 309; GIALUZ, *Premessa*, cit., 6; MAZZA, *I diritti fondamentali dell’individuo come limite della prova nella fase di ricerca e in sede di assunzione*, in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, 2013, 3, 11.

passerpartout rappresentato dall'art. 189 c.p.p.) che crea la regola, cioè l'enucleazione dei presupposti circa l'impiego di strumenti limitativi di libertà garantite a livello costituzionale. Epperò, in uno Stato di diritto (perlomeno quello di derivazione liberale-continentale) qualunque restrizione alle libertà, pur giustificata dalla legittima istanza di repressione dei reati, deve essere esplicitamente ammessa dalla Fonte suprema ed espressamente disciplinata dalla fonte primaria (artt. 13, 14, 15 Cost.), in ossequio al principio secondo cui «ogni atto processuale ha presupposti di legittimità indicati dalla legge»⁵². Dall'altro, fornire agli organi inquirenti i mezzi necessari onde contrastare in modo efficace ed efficiente una delinquenza (digitale e analogica) «sempre più immotivatamente e sproporzionalmente violenta, crudele, sanguinaria, spregiudicata, irridente, precoce e minorile»⁵³. L'evoluzione dei fenomeni delinquenziali, caratterizzata da un crescente grado di sofisticazione tecnologica e organizzativa, ha generato un marcato squilibrio tra i mezzi a disposizione dell'autorità inquirente e gli obiettivi di tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza (individuale e collettiva). Sicché, non può disconoscersi come la complessità e la pericolosità delle nuove forme di offesa impongano necessariamente un potenziamento della capacità investigativa degli organi perquirenti. In tale contesto, il ricorso a tecniche intrusive fondate su tecnologie ad alto impatto non è più una scelta, bensì una necessità funzionale alla tenuta dell'ordinamento costituito⁵⁴. D'altro canto, già illustre dottrina, agli albori degli anni 80, sottolineava la necessità di «modernizzare e specializzare» gli organi di polizia, dal momento che questi «non devono continuare ad operare isolati, con strumenti arcaici, in una torre d'avorio, ma devono essere muniti di una preparazione che permetta loro di

⁵² È questa la definizione di legalità processuale proposta da NUVOLONE, *Legalità penale, legalità processuale e recenti riforme*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, 3.

⁵³ Sono le pungenti parole di MANTOVANI, *Insicurezza e controllo della criminalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 1003 s.

⁵⁴ Si pensi, ad esempio, alle innumerevoli funzionalità del *trojan horse*, talune delle quali consentono all'autorità inquirente di controllare ogni singolo istante di vita dell'utente. Sicché, parte della dottrina ritiene condivisibilmente che si tratti di operazioni investigative lesive del "diritto all'inviolabilità della psiche": MIRAGLIA, *Il "Trojan (non) di Stato": una disciplina da completare*, cit., 1227 ss.; NOCERINO, *Il captatore informatico nelle indagini penali interne e transfrontaliere*, cit., 232; TONINI-CONTI, *Il diritto delle prove penali*, Milano, 2014, 482.

conoscere [e affrontare] l'individuo delinquente»⁵⁵. Per questa ragione, dovrebbe essere interesse primario delle autorità inquirenti operare in un quadro normativo certo, coerente e agevolmente intellegibile, che consenta loro di svolgere le proprie funzioni in conformità al canone di legalità. Una cornice legislativa chiara, infatti, non solo garantisce legittimità dell'azione investigativa, ma tutela altresì la stessa efficacia degli accertamenti svolti, scongiurando, ad esempio, che mesi di indagini complesse e delicate vengano (giustamente) compromesse dalla declaratoria di inutilizzabilità patologica del materiale probatorio illegittimamente raccolto.

È, dunque, il principio di persecuzione penale (che trova indubbio e solido ancoraggio costituzionale negli artt. 2 e 112 Cost.)⁵⁶ che impone al legislatore ordinario di predisporre tutti gli strumenti necessari per contenere il fenomeno criminale, nel pieno rispetto, *ça va sans dire*, delle garanzie che la Costituzione e le Carte dei diritti pongono a tutela dell'indagato⁵⁷.

3. ... e il difensore? Questo (in parte) dimenticato. Seguendo la medesima logica che vorrebbe ampliare, nella fase previa e nei limiti di cui si è detto,

⁵⁵ NUVOLONE, *Funzionamento e prospettive della giustizia penale in un mondo in evoluzione*, in *Ind. pen.*, 1983, 240. Non deve mai dimenticarsi, d'altro canto, che «gli organi di polizia (sia di sicurezza che giudiziaria) e la magistratura devono essere dotati di mezzi adeguati e di uomini anche tecnologicamente preparati, in modo da raggiungere il massimo grado di efficienza possibile contro il terrorismo e la delinquenza»: UBERTIS-PALTRINIERI, *Intercettazioni telefoniche e diritto umano alla privacy*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1979, 603. Nello stesso senso, v., di recente, DELLA TORRE, *Spunti in tema di criptoattività e procedimento penale*, in *www.la legislazione penale*, 28 febbraio 2025, 36, ove l'A. giustamente sottolinea come sia «indispensabile avere a disposizione un ecosistema normativo capace di affrontare le grandi sfide poste dalla criminalità contemporanea».

⁵⁶ Corte cost., 17 luglio 1998, n. 281, in *www.cortecostituzionale.it*. Il perseguimento delle condotte illecite, difatti, non può che considerarsi la più evidente estrinsecazione del bisogno di sicurezza individuale e collettivo, a sua volta manifestazione di «un interesse pubblico primario, costituzionalmente rilevante, il cui soddisfacimento è assolutamente inderogabile»: Corte cost., 23 luglio 1991, n. 366, *ivz*. In tal senso, v. anche CONTI, *Sicurezza e riservatezza*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 1572.

⁵⁷ SABATINI, *Principi di diritto processuale penale*, vol. I, Catania, 1948, 39 s. La necessità di individuare il «giusto mezzo» nella predisposizione della normativa penalprocessuale è stata recentemente messa in evidenza da GIALUZ-DELLA TORRE, *Giustizia per nessuno*, cit., 10, n. 50, ove gli A. richiamano il passaggio di uno scritto di Alessandro Stoppato del 1912, nel quale egli rilevava come «la preponderanza dei mezzi inquisitori ed accusatori fece scattare una rivoluzione giuridica a difesa della libertà individuale, una rivoluzione giuridica in opposto farebbe sorgere la preponderanza dell'attività dell'imputato per esigenza di sicurezza». Osservava DE MARSICO, *Uguaglianza fra accusa e difesa*, in *L'eloquenza*, 1962, 55: «il giusto punto d'incontro fra le due esigenze [la difesa del reo e la difesa della società] non potrà essere trovato senza porre decisamente da parte sia la statolatria sia il pietismo per il reo».

poteri e facoltà del giudice per le indagini preliminari e del pubblico ministero, occorrerebbe rafforzare, altresì, il ruolo della difesa e, in specie, del patrocinante legale; una parte che non può essere relegata in una posizione marginale e puramente formale. È necessario, infatti, predisporre strumenti che ne assicurino una presenza attiva, informata e tempestiva sin dall'avvio delle indagini: è questo il presupposto indefettibile affinché il diritto di difesa non resti un'astrazione, ma si traduca in un'effettiva possibilità di incidere sul corso del procedimento.

Al riguardo, mette conto precisare – come rilevato da autorevole dottrina – che la scelta di incrementare gli spazi di intervento dell'avvocato in siffatto segmento «non deve essere condizionata dalla preoccupazione che, così facendo, si corre il rischio di spostare il baricentro del procedimento penale verso la fase investigativa»⁵⁸. Tale spostamento, come si è avuto modo di osservare, è già avvenuto, e di esso occorre prendere atto, con una buona dose di sano realismo.

Onde perseguire tale scopo, duplice è il terreno sul quale è indispensabile intervenire, ovverosia rafforzare congiuntamente i “poteri reattivi” e le “facoltà proattive” del difensore.

Con la prima espressione, si allude all'insieme di attribuzioni che consentono a quest'ultimo di partecipare ad attività promosse da altre parti (o dal giudice) nel corso delle indagini preliminari. In questo contesto, l'avvocato agisce, dunque, come garante dei diritti del cliente nell'ambito di operazioni (anche investigative) realizzate d'impulso da altri organi del procedimento.

In una diversa prospettiva, la locuzione “facoltà proattive” del difensore vuole riferirsi, più in generale, all'istituto delle indagini difensive (artt. 327-*bis* e 391-*bis* ss. c.p.p.), nell'ambito delle quali, come noto, è attribuito al patrocinante il diritto di ricercare elementi di prova a favore del proprio assistito⁵⁹.

⁵⁸ MARZADURI, *Il declino del paradigma accusatorio ed il ritorno all'istruzione sommaria*, cit., 127.

⁵⁹ Rinviamo alle note seguenti per riferimenti maggiormente puntuali, v., tra le numerose monografie in argomento, APRILE-SILVESTRI, *La formazione della prova penale dopo le leggi sulle indagini difensive e sul “giusto processo”*, Milano, 2002; CARLI, *Le indagini preliminari nel sistema processuale penale: accusa e difesa nella ricerca e predisposizione della prova penale*, Milano 2005; CRISTIANI, *Guida alle indagini difensive nel processo penale*, Torino, 2001; DI MAIO, *Le indagini difensive. Dal diritto di difesa al diritto di difendersi provando*, Padova, 2001; GUALTIERI, *Le investigazioni del difensore*, Padova, 2002; MAGI, *Le indagini difensive. Commento organico alla l. 7 dicembre 2000, n. 397*, Napoli, 2001; RUGGIERO, *Compendio delle investigazioni difensive*, Milano,

Con riferimento a quest'ultimo profilo, però, non sembra che l'attuale disciplina italiana, né le fonti sovraordinate, siano pienamente adeguate per far fronte al duplice fenomeno sinora descritto, ossia l'imponente digitalizzazione e "transnazionalizzazione" delle indagini preliminari.

È su questo delicato aspetto, pertanto, che si soffermeranno le riflessioni a seguire.

4. *La struttura "analogica" e a "proiezione nazionale" dell'attuale inchiesta parallela.* È dato acquisito e incontestabile lo stretto legame che intercorre tra l'istituto delle investigazioni difensive e il modello accusatorio (al quale aspirava il riformatore italiano dell'88): un processo "di parte" presuppone un'inchiesta "delle parti"⁶⁰. In un sistema improntato alla dialettica dibattimentale, l'attività di individuazione e raccolta delle fonti di conoscenza – quale preconditione onde garantire l'effettivo esercizio del «diritto alla prova»⁶¹ nel corso del giudizio, cristallizzato all'art. 190 c.p.p.⁶² – deve essere

2003; LORENZETTO, *Il diritto di difendersi indagando nel sistema processuale penale*, Napoli, 2013; PARLATO, *Le nuove disposizioni in materia di indagini difensive. Commento alla legge 7 dicembre 2000, n. 397*, Torino, 2001; SURACI, *Le indagini difensive*, Torino, 2014; ID., *Le indagini difensive penali*, Pisa, 2021; TRIGGIANI, *Le investigazioni difensive*, Milano, 2002. Cfr. pure SIRACUSANO, voce *Investigazioni difensive*, in *Enc. dir.*, Annali II, Milano, 2008, 498 ss.

⁶⁰ Sottolineano questo aspetto, tra i molti, DI CHIARA, *Le linee prospettiche del «difendersi ricercando»: luci e ombre delle «nuove» investigazioni difensive (l. 7-12-2000 n. 397)*, in *Leg. pen.*, 2002, 2; DI MAIO, *Le indagini difensive*, cit., 50; FANCHIOTTI, *L'indagine della difesa negli Stati Uniti d'America*, in *Cass. Pen.*, 1995, 430; ID., *La difesa prima del dibattimento nel modello anglo-americano*, ivi, 1996, 1655 ss.; GIARDA, *Un cammino appena iniziato*, in AA.VV., *Le indagini difensive. Legge 7 dicembre 2000, n. 397*, Milano, 2001, 9; LORENZETTO, *Il diritto di difendersi indagando nel sistema processuale penale*, cit., 5; TRECHSEL, *Human Rights in Criminal Proceedings*, Oxford, 2005, 227; TRIGGIANI, *Le investigazioni difensive*, cit., 5 s.

⁶¹ VASSALLI, *Il diritto alla prova nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1968, 3. Come osserva NOBILI, *La nuova procedura penale. Lezione agli studenti*, Bologna, 1989, 133, «l'art. 190 è un principio cardine di tutto il procedimento. Esso ha forza di espansione nei suoi vari momenti».

⁶² FOSCHINI, *Sistema di diritto processuale penale*, vol. I, Milano, 1965, 302, ove si afferma che «nel processo di tipo accusatorio, nel quale il giudice deve limitarsi alla valutazione delle prove offertegli dalle parti, non può essere dubbio che all'ufficio della difesa competano poteri e facoltà istruttorie analoghi a quelli dell'ufficio dell'accusa»; PERCHINUNNO, *Il ruolo del difensore nella ricerca delle fonti di prova*, in AA.VV., *Il nuovo processo penale. Dalla codificazione all'attuazione*, Milano, 1991, 153, secondo cui «l'art. 190 c.p.p. non può ritenersi adeguatamente attuato nel momento dibattimentale di formazione della prova se non sul necessario presupposto che il difensore sia in grado di acquisire, nella immediatezza dei fatti, le fonti di prova ritenute utilizzabili». Come rileva anche FRIGO, *Presentazione*, in Brichetti-Randazzo, *Le indagini della difesa dopo la legge 7 dicembre 2000 n. 397*, Milano, 2001, «appartiene alla natura intrinseca del processo penale *adversary* riconoscere – accanto al potere di indagine

riconosciuta quale prerogativa tanto dell'accusa (pubblica) quanto della difesa⁶³.

Da questa prospettiva, la L. 7 dicembre 2000, n. 397 – sulla scia della riforma costituzionale dell'art. 111 Cost.⁶⁴, specie nella parte in cui attribuisce all'imputato il diritto di disporre del tempo e delle condizioni necessarie per preparare la difesa – ha definitivamente superato il vecchio sistema imperniato sull'art. 38 disp. att. c.p.p., che riconosceva al difensore dell'indagato e della persona offesa la generica «facoltà di svolgere indagini per ricercare e individuare elementi di prova a favore del proprio assistito»⁶⁵. La nuova regolamentazione, da questo punto di vista, ha cercato di realizzare quell'agognata parità delle armi in sede di indagine⁶⁶, ponendo le basi per quello che sarebbe stato l'auspicato passaggio «dal diritto di difendersi provando al diritto di difendersi cercando»⁶⁷.

La rivoluzione – quantomeno dal punto di vista teorico – è davvero palpabile: si è passati, infatti, da un difensore quale “studioso” di materiale da altri

della polizia e del pubblico ministero – il diritto di indagine dei soggetti privati (indagato, imputato, offeso dal reato), quale prima espressione del diritto di difendersi provando e del diritto alla prova, altrimenti impraticabili, benché ormai assistiti da una tutela costituzionale».

⁶³ “Sventurato” e (condivisibilmente) censurato dalla dottrina è l'*obiter dictum* di una recente pronuncia della Corte costituzionale, ove si legge, al contrario, che «le indagini preliminari, all'evidenza, non sono strutturate dal legislatore come luogo idoneo per esercitare un tale diritto alla prova»: Corte cost., 24 gennaio 2024, n. 41, in www.cortecostituzionale.it, sulla quale, v. le considerazioni critiche di TRAPPELLA, *Distorsioni sul diritto “di difendersi provando” dell'indagato, archiviazione e presunzione di non colpevolezza*, in *Dir. pen. proc.*, 2024, 1189 ss.; VALENTINI, *Conso e la “rivoluzionaria” legalità costituzionale (ovvero: come scoprimmo che il diritto di difendersi provando non esiste durante le indagini preliminari)*, in *Annali Arch. pen.*, 2024, 319 ss.

⁶⁴ Sullo stretto legame tra le due novelle, v. NOBILI, *Giusto processo e indagini difensive*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 5 ss.; RUGGERI, *Equality of arms, impartiality of the judiciary and the role of the parties in the pre-trial inquiry: the perspective of Italian criminal justice*, in *Rev. Bras. Direito Processual Penal*, 2018, 595, n. 126; SPANGHER, *Le investigazioni difensive: considerazioni generali*, in *Studium iuris*, 2001, 530; TRIGGIANI, *Le investigazioni difensive*, cit., 55 ss.

⁶⁵ Cfr., per una panoramica sulla disciplina anteriore alla riforma del 2000, *Le indagini difensive*, a cura di Fargiuele, Napoli, 1998; BERNARDI, *Le indagini del difensore nel processo penale*, Milano, 1996; STEFANI, *Manuale delle indagini difensive nel processo penale. Aspetti teorico-pratici di investigazione privata. Utilizzabilità processuale degli atti*, Milano, 1999.

⁶⁶ Tanto che «si ritiene che il principio “parità delle armi” sia tanto più effettivo quanto più ampi sono i poteri di indagine preliminare riconosciuti dal difensore»: così, GENNARO, *Presentazione*, in Brichetti-Randazzo, *Le indagini della difesa dopo la legge 7 dicembre 2000 n. 397*, cit.,

⁶⁷ GIARDA, *Un cammino appena iniziato*, cit., 9.

formato (pubblico ministero e polizia giudiziaria)⁶⁸ a un patrocinante impegnato in prima persona nella ricerca sul campo di elementi a favore del proprio assistito⁶⁹.

A tal proposito, conviene rammentare – ai fini della presente analisi – come l'*equality of arms*, riconosciuta ormai in numerose fonti sovranazionali⁷⁰, non possa che riverberare i suoi effetti anche nelle fasi antecedenti al processo. Non appare possibile, del resto, ipotizzare una piena affermazione di questo principio nel contesto *stricto sensu* processuale qualora la stessa parità non sia stata perseguita e realizzata anche nella fase delle indagini.

Ciò non significa – è quasi superfluo precisarlo – che il sistema debba aspirare a una parificazione degli strumenti investigativi (e, più in generale, dei poteri) a disposizione dell'accusa e delle altre parti private (in specie, del difensore dell'indagato)⁷¹, perché diversi sono i ruoli e le funzioni ricoperti dal

⁶⁸ SURACI, *Le indagini difensive*, cit., 13; TRIGGIANI, *Le investigazioni difensive*, cit., 362.

⁶⁹ ... o, per usare le parole di DOMINIONI, *Le investigazioni del difensore ed il suo intervento nella fase delle indagini preliminari*, in AA.VV., *Il nuovo rito penale. Linee di applicazione*, in fasc. monografico di *Dif. Pen.*, 1990, 2, 26, si è passati da una «difesa di posizione» a una «difesa di movimento».

⁷⁰ *Ex plurimis*, artt. 10 e 11 Dichiarazione universale dei diritti umani, 1948; art. 14 Patto internazionale dei diritti civili e politici, 1966; art. 6 C.E.D.U., 1950; art. 7 Carta dei diritti umani africana, 1981: cfr. CHIAVARIO, *Processo e garanzie della persona*, vol. II, Milano, 1984, 191.

⁷¹ Se è vero, infatti, che il canone di parità deve essere assoluto nella fase processuale, «esso non è postulabile negli stessi termini *ex ante*»: così, CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2012, 1294. Nello stesso senso, v., *ex multis*, CHIAVARIO, *Processo e garanzie della persona*, cit., 24, il quale rileva «l'imperfetta simmetria nei rapporti tra le parti, che è in certa misura ineliminabile dalla struttura del processo penale» (27); FERRUA, *Il "giusto processo"*, Torino, 2007, 49; GARUTI, *Il contraddittorio nelle dinamiche dell'accertamento*, in *Fisionomia Costituzionale del processo penale*, a cura di Dean, Torino, 2007, 186; GIOSTRA, voce *Contraddittorio* (principio del), in *Enc. giur.*, vol. III, Roma, 2001, 3; GREVI, *Alla ricerca di un processo penale "giusto". Itinerari e prospettive*, Milano, 2000, 159; LORENZETTO, *Il diritto di difendersi indagando nel sistema processuale penale*, cit., 43; MARZADURI, *La parità delle armi nel processo penale*, in *Quaderni costituzionali*, 2007, 2, 378; ID., *Commento all'art. 1 l. cost. 23 novembre 1999 n. 2*, in *Leg. pen.*, 2000, 769; NOBILI, *La nuova procedura penale*, cit., 34-36. Si noti come tale posizione risulti consolidata anche nel contesto della Corte penale internazionale, ove il canone *de quo* non è inteso quale «parità delle risorse» e, specialmente, di risorse investigative; queste ultime descritte in senso di «*assets which improve the functioning capacity to search for, find and procure information and sources relating to the criminal charges against this defendant*»: JALLOH-DI BELLA, *Equality of Arms in International Criminal Law: Continuing Challenges*, in *The Ashgate Research Companion to International Criminal Law-Critical Perspectives*, a cura di McDermott-Schabas-Hayes, Londra, 2013, 263. Cfr. pure BASSIOUNI, *Introduction to the International Criminal Law*, Londra, 2003, 612; MIRAGLIA, *Diritto di difesa e giustizia penale internazionale*, Torino, 2011, 136; nella giurisprudenza, v. Appeal Court, *Prosecutor v Kayishema and Ruzindana*, 1° giugno 2001, par. 72; Pre-Trial Chamber II, *The Prosecutor v. Joseph Kony and Vincent Otti, Decision on Prosecutor's Application for leave to*

pubblico ministero e dal patrocinante: il primo agisce per conto dell'intera collettività (inclusa la vittima e l'indagato) e in quanto organo pubblico è legittimato all'esercizio della forza (per il tramite della polizia giudiziaria: art. 109 Cost.); il secondo, invece, si attiva onde tutelare interessi privati, dovendosi escludere qualunque onere di collaborazione nell'accertamento dei fatti⁷². In sintesi: «si può essere “pari” anche disponendo di armi diverse, purché appropriate alla funzione esercitata»⁷³.

Non solo. La fisiologica disparità tra le parti nel “segmento previo” rappresenta una fondamentale garanzia approntata dal sistema accusatorio, funzionale alla tutela del principio di separazione tra le fasi: essa, cioè, «è presidio al disvalore probatorio degli atti del pubblico ministero, che, viceversa, acquisterebbero valore di prova se le parti fossero pari»⁷⁴.

Ed è su questa linea di pensiero, peraltro, che si pone la Corte di Strasburgo allorché, riconducendo in via interpretativa l'*equality of arms* sotto l'egida dell'art. 6 CEDU⁷⁵, statuisce che la difesa non deve necessariamente godere degli stessi diritti dell'accusa nella fase di ricerca delle prove, essendo

appeal in part Pre-Trial Chamber II's Decision on the Prosecutor's applications for warrants of arrest under article 58, 21 agosto 2005, par. 30.

⁷² ... come postulato, invece, dalla dottrina del passato: v., per tutti, MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale italiano*, Vol. II, Torino, 1968, 552, il quale definiva l'avvocato alla stregua di un «collaboratore della giustizia». In quest'ultimo senso, v. anche Cass., Sez. I, 11 novembre 1980, Auricchio, in *Cass. Pen.*, 1982, 940, con nota di CORSO, *Sulla configurabilità di un obbligo del difensore di «concorrenza a creare le condizioni di una sentenza giusta»*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, 1594 ss. Per una recente critica a questa impostazione, v. PASTA, *La dichiarazione di colpevolezza. La logica dell'ipotesi, il paradigma dell'interesse*, Padova, 2016, p. 265-268.

⁷³ FERRUA, *Il giusto processo*, cit., 50.

⁷⁴ RICCIO, *Sulla riforma dello statuto del pubblico ministero*, Napoli, 2011, 102.

⁷⁵ Cfr., tra le molte, Corte EDU, 19 settembre 2017, *Regner c. Repubblica Ceca*, par. 146, ove si afferma che «*the adversarial principle and the principle of equality of arms, which are closely linked, are fundamental components of the concept of a “fair hearing” within the meaning of Article 6 § 1 of the Convention. They require a “fair balance” between the parties: each party must be afforded a reasonable opportunity to present his case under conditions that do not place him at a substantial disadvantage vis-à-vis his opponent or opponents*»; Corte EDU, 23 maggio 2016, *Avotiņš c. Lettonia*, par. 119. Cfr. CANESCHI, *Il diritto a un equo processo*, in *Profili di procedura penale europea*, a cura di Ceresa Gastaldo-Lonati, Milano, 2023, 175; UBERTIS, *Principi di procedura penale europea. Le regole del giusto processo*, Milano, 2009, 52; ID., *Sistema di procedura penale*, vol. I, Milano, 2023, 153. Si veda, *amplius*, SIDHU, *The Concept of Equality of Arms in Criminal Proceedings Under Article 6 of the European Convention of Human Rights*, Cambridge, 2011.

sufficiente la possibilità di assumerle in condizioni paritarie⁷⁶.

D'altro canto, il fisiologico e ineliminabile squilibrio tra accusa e difesa nel corso delle indagini preliminari trova un'ulteriore e ragionevole giustificazione nel fatto che il pubblico ministero «ha un *gap* di conoscenze rispetto a colui che abbia commesso un reato, onde vi è tra i due soggetti una “disparità di partenza”, a scapito del primo»⁷⁷. Per riequilibrare tale asimmetria e rendere effettivo l'obbligo di esercizio dell'azione penale, è doveroso, dunque, attribuire poteri assai più incisivi in capo al rappresentante d'accusa, purché essi – come chiarito dalla Corte costituzionale – «trovino un'adeguata *ratio* giustificatrice nel ruolo istituzionale del pubblico ministero, ovvero in esigenze di corretta esplicazione della giustizia, e risultino contenute entro i limiti della ragionevolezza»⁷⁸. Occorre, cioè, chiedersi, caso per caso, fino a che punto l'attribuzione esclusiva di determinate facoltà investigative al pubblico ministero, e non anche al difensore, risulti giustificata dall'esigenza di garantire il corretto esercizio della funzione perquirente⁷⁹.

Ciò osservato in termini generali, deve rilevarsi, nell'economia del presente lavoro, come, pure a fronte delle significative innovazioni che hanno interessato l'istituto in esame rispetto al modello previgente, la lettura delle disposizioni contenute nel Titolo VI-*bis* del Libro V del codice di procedura penale consegna un dato difficilmente confutabile: l'intera disciplina è stata forgiata (ed è, perlopiù, ancora oggi strutturata) per trovare applicazione in una realtà investigativa essenzialmente analogica e orientata al reperimento di materiale probatorio entro i confini del territorio nazionale⁸⁰. Bastino, al

⁷⁶ Corte EDU, 27 marzo 2008, *Perić c. Croazia*. Cfr., sul punto, CHIAVARIO, voce *Giusto processo* (dir. proc. pen), in *Enc. giur.*, vol. XV, Roma, 2001, 6.

⁷⁷ LUPO, *Le garanzie di contesto: la parità tra le parti*, in www.laegislazionepenale.it, 19 ottobre 2020, 2.

⁷⁸ Corte Cost., 6 febbraio 2007, n. 6, in www.cortecostituzionale.it. Conforme, ad es., Corte cost., 30 luglio 2003 n. 286, *ivi*.

⁷⁹ FALATO, *La proporzione innova il tradizionale approccio al tema della prova: luci ed ombre della nuova cultura probatoria promossa dall'ordine europeo di indagine penale*, in *Arch. pen. web*, 18 gennaio 2018, 38, la quale mette in evidenza come «la disparità di trattamento risulta giustificata, nei limiti della ragionevolezza, soltanto da ragioni collegate alla posizione istituzionale del pubblico ministero, dalle funzioni allo stesso affidate, nonché da esigenze connesse alla corretta amministrazione della giustizia».

⁸⁰ LORENZETTO, *Il diritto di difendersi indagando nel sistema processuale penale*, cit., 284, 553. Più in generale, TRAPPELLA, *L'accesso difensivo ai luoghi privati e il diritto del terzo al controllo sui dati personali: un contrasto irrisolto*, in *Arch. pen. web*, 10 ottobre 2023, 6 s., sottolinea come «benché da due decenni il deficit di parità che tocca il difensore inquirente sia noto e oggetto di studio, il problema resta

riguardo, talune esemplificazioni, sulle quali si avrà modo di tornare nel prosieguo: il colloquio di cui all'art. 391-*bis* c.p.p. – in tutte le sue forme – era evidentemente calibrato per svolgersi in modalità presenziale e senza l'ausilio di alcun apparecchio informatico; parimenti, il concetto di «luogo» cui si riferiscono gli artt. 391-*sexies* e 391-*septies* c.p.p. era inteso in senso “fisico”, ossia improntato alla materialità; ancora: nessun cenno vi era (e vi è) alla possibilità di impiegare i poteri ivi stabiliti *ultra fines*⁸¹.

Il quadro normativo appena descritto, però, non deve affatto sorprendere.

La L. n. 397/2000, infatti, veniva approvata in un'epoca in cui i due fattori ai quali si è più volte fatto riferimento (digitalizzazione e vocazione *ad extra*) non avevano ancora manifestato tutta la loro dirompenza. In merito al primo, ad esempio, paiono davvero icastiche le parole con le quali autorevole dottrina si interrogava, in un saggio del 1998, sul possibile impatto che *internet* avrebbe potuto avere sul processo penale. L'Autore, in quella sede, concludeva sostanzialmente adottando un giudizio di *non liquet*: «è certo presto per fare un primo, anche solo provvisorio, bilancio dell'influenza che *internet* è in grado di sviluppare sullo svolgimento delle procedure giudiziarie e, in particolare, di quelle penali. Nonostante se ne parli molto, tale strumento è finora accessibile a una cerchia limitata di persone»⁸².

La cautela manifestata in quel saggio appariva senz'altro comprensibile, se

per l'immobilismo di un legislatore che in nulla ha modificato la materia, lasciandone invariati i problemi di fondo», tra i quali l'A. puntualmente segnala proprio «il nodo dell'inchiesta privata all'estero» (7, n. 28).

⁸¹ MARCHETTI, *L'assistenza giudiziaria internazionale*, Milano, 2005, 126 ss.; VALENTINI, *L'acquisizione della prova tra limiti territoriali e cooperazione con autorità straniere*, Padova, 1998, 35 s. Come giustamente rileva ALESCI, *Le garanzie difensive e il ruolo del difensore nello spazio giudiziario europeo alla luce della direttiva sull'OEI*, in *L'ordine europeo di indagine. Criticità e prospettive*, a cura di Bene-Luparia-Marafioti, Torino, 2016, 116, n. 57, «l'avvocato penalista che si confronta con la realtà transnazionale del processo penale constata l'insufficienza degli strumenti a sua disposizione, a fronte di un sistema inquirente dotato di un efficace apparato di coordinamento e di scambio delle informazioni».

⁸² ORLANDI, *Il processo nell'era di Internet*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, 140. Ed infatti, la dottrina più accreditata ha sottolineato, benché in una prospettiva di carattere più generale, come «il *fil rouge* dell'assetto codicistico [del 1988] era rappresentato da un orizzonte analogico, ancorato alla materialità»; SIGNORATO, *Indagini e prove digitali*, cit., 1151. Si riferisce icasticamente a un «codice “analogico”» onde evidenziare l'inadeguatezza del codice Vassalli rispetto alla tematica della digitalizzazione, GALGANI, *Forme e garanzie nel prisma dell'innovazione tecnologica. Alla ricerca di un processo penale “virtuoso”*, Milano, 2022, 257.

non condivisibile⁸³.

A distanza di poco più di vent'anni, però, il panorama – lo si è visto – è profondamente mutato, ma il legislatore (italiano ed europeo), nonché la giurisprudenza di legittimità, non sembrano esserne ancora pienamente consapevoli.

Nelle pagine a seguire, si tenterà di illustrare le ragioni a sostegno di tale affermazione.

5. Il formante tecnologico. Il modo in cui l'informatica e la telematica hanno inciso (e potranno incidere) sul terreno dell'“inchiesta parallela” è più ampio di quanto potrebbe a prima vista apparire. Questa circostanza – è bene precisarlo fin da ora – va accolta con estremo favore: nell'attuale frangente storico, il patrocinante non può limitarsi a conoscere passivamente il dato elettronico già reperito dall'accusa nel corso dell'“inchiesta pubblica”⁸⁴; egli, onde conferire effettività a quello che potrebbe oggi definirsi “diritto di difesa digitale”, è chiamato ad assumere, invece, un ruolo proattivo⁸⁵.

Ebbene, volendo ricorrere a una schematizzazione di carattere generale (come tale, necessariamente approssimativa) possono individuarsi, rispetto a questo fenomeno, due grandi macroaree: *i)* nella prima, si annoverano quelle attività di indagine mediante le quali l'avvocato apprende direttamente, anche ricorrendo a “modalità 2.0”, informazioni (pure) digitali dalla fonte probatoria originaria; *ii)* nella seconda, invece, devono ricomprendersi quelle richieste

⁸³ Si consideri come, nel tortuoso percorso evolutivo che ha caratterizzato la storia della Rete, il punto di svolta si ebbe solo nella metà degli anni '90, e più precisamente, nel 1993, anno in cui alcuni ricercatori del CERN di Ginevra resero accessibile al grande pubblico un sistema di gestione di informazioni (denominato *World Wide Web*) che, sfruttando le interconnessioni generate dai “cavi in rame”, consentiva agli internauti di navigare in *internet*, usufruendo di una grande quantità di servizi grazie all'innovativo sistema di collegamento ipertestuale, il c.d. link. In generale, sulla nascita ed evoluzione di *internet*, cfr., in lingua italiana, FLORIDI, *Internet*, Milano, 1997; HAFNER-LYON, *La storia del futuro. Le origini di Internet*, Milano, 1998.

⁸⁴ RIVELLO, *Dimensione tecnologica e indagini difensive*, in *Dimensione tecnologica e prova penale*, a cura di Lupária-Marafioti-Paolozzi, Torino, 2019, 129.

⁸⁵ Come già rilevava FOSCHINI, *Sistema di diritto processuale penale*, cit., 302, «la difesa non sarebbe libera se dovesse limitarsi alla valutazione degli elementi di prova ricercati o offerti dall'accusa». E, d'altro canto, NOBILI, *Scenari e trasformazioni del processo penale*, cit., 86, si domandava: «come ci si può accontentare che la difesa soltanto si prepari a un “dopo”, mentre si costruisce il sistema su atti dell'accusa, utilizzabili subito (a fini non propriamente marginali) e con una buona dose di spendibilità anche nel processo?».

che il patrocinante indirizza a soggetti terzi (pubblici o privati) onde acquisire materiale (*bit*) processualmente rilevante.

Si proceda con ordine.

5.1 Apprensione diretta del materiale probatorio. Muovendo dall'esame della prima categoria, va considerata, anzitutto, la più tradizionale delle operazioni tipizzate dal codice, ossia l'assunzione di informazioni orali da persone informate sui fatti (art. 391-*bis* c.p.p.).

Al riguardo, deve registrarsi come la riforma Cartabia abbia mostrato una certa apertura al fenomeno della digitalizzazione, con specifico riferimento al tema della documentazione degli atti⁸⁶. Ci si riferisce alle modifiche apportate all'art. 391-*ter* c.p.p. (attraverso l'introduzione dei co. 3-*bis* e 3-*ter*), nella parte in cui la disposizione impone l'obbligo («sono documentate») di fonoregistrare l'assunzione di informazioni, salva la contingente indisponibilità di strumenti di riproduzione o di personale tecnico. È previsto, inoltre, che, nel caso in cui siano assunte dichiarazioni dalla persona minorenne, inferma di mente o in condizioni di particolare vulnerabilità, la verbalizzazione debba avvenire, a pena di inutilizzabilità, con mezzi di riproduzione audiovisiva o fonografica, salvo, ancora una volta, l'indisponibilità di strumenti di riproduzione o di personale tecnico ovvero la sussistenza di particolari ragioni di urgenza che non consentono di rinviare l'atto⁸⁷.

Il legislatore del 2022 non si è, tuttavia, spinto oltre.

Non è stata esplicitamente prevista, in particolare, la possibilità per l'avvocato di realizzare l'«interrogatorio difensivo» attraverso l'impiego della videoconferenza o delle altre tecnologie dell'informazione.

⁸⁶ Cfr. CIAVOLA, *Le insidie del nuovo regime di documentazione della prova dichiarativa*, in *Proc. pen. giust.*, 2023, 67 ss.; LOPEZ, *Nuove ipotesi di documentazione mediante videoregistrazione e collegamento a distanza*, *ivi*, 2022, 18 ss.; PORCU, *Le videoriprese nel processo penale. Tra sicurezza, riservatezza e documentazione*, Milano, 2024, 44 ss.

⁸⁷ Rilevano, però, come tale novella celi una generale sensazione di sfiducia nei confronti della classe forense, atteso che, a differenza di quanto previsto per la corrispondente attività conoscitiva realizzata dall'autorità inquirente, la «fonoregistrazione difensiva» non è circoscritta ai casi di cui all'art. 407, co. 2, lett. a c.p.p., bensì risulta sempre obbligatoria, BONTEMPELLI, *Le indagini preliminari*, in AA.VV., *Procedura penale*, Torino, 2023, 583; TRIGGIANI, *Le investigazioni difensive, istituto da recuperare il giusto processo*, in *Arch. pen. web*, 2023, 2, 393 s.

Onde superare l'*impasse*, a ben riflettere, non potrebbe, *de iure condito*, applicarsi in via analogica la disciplina di cui agli artt. 133-*bis* e 133-*ter* c.p.p., atteso che il loro ambito di applicazione è subordinato all'intervento (*place*) dell'«autorità giudiziaria», assente (perché non richiesto, in linea generale) nel caso di specie.

L'assetto normativo così delineato, però, non può essere acriticamente condiviso⁸⁸.

Se, infatti, è auspicabile che il patrocinante sia chiamato a ricoprire un ruolo sempre più attivo e partecipe, il mancato riconoscimento di tale facoltà rischia di pregiudicare l'effettività di quel "diritto di difendersi investigando" che, come detto, rappresenta un fondamentale corollario del giusto processo. Si pensi, ad esempio, ai casi in cui il potenziale testimone si trovi in un luogo lontano o sia disincentivato a presentarsi per ragioni economiche. In dette evenienze, l'avvocato potrebbe essere costretto a rinunciare all'apprensione di materiale potenzialmente *in favor*, con evidente pregiudizio del diritto sancito all'art. 24 Cost.

Parimenti, non sembra consentita, *de lege lata*, l'assunzione orale da remoto nell'ipotesi di cui all'art. 391-*bis*, co. 10 c.p.p. (c.d. audizione mediata). La disposizione non opera alcun riferimento a forme di *online participation*; né il ricorso a siffatte modalità può essere ricavato, in via esegetica, richiamando il contenuto della corrispondente attività investigativa d'accusa: neppure l'art. 362 c.p.p. prevede attualmente tale prerogativa.

Al contrario, sembra doversi ritenere legittimo, a normativa vigente, lo svolgimento in videoconferenza dell'incidente probatorio "para-investigativo" previsto all'art. 391-*bis*, co. 11 c.p.p. Va osservato, infatti, che siffatto istituto, nella sua versione "ordinaria" (artt. 392 ss. c.p.p.) può oggi svolgersi da remoto: l'art. 401, co. 5 c.p.p., stabilisce che «le prove sono assunte e documentate con le forme stabilite per il dibattimento»; ma poiché, a sua volta, l'art. 496, co. 2-*bis* c.p.p. ammette, a seguito delle modifiche apportate dalla riforma Cartabia, l'escussione a distanza nel corso del giudizio, previo consenso delle parti, ne consegue che pure l'incidente probatorio (tanto ordinario, quanto "para-investigativo") ben potrebbe essere celebrato a

⁸⁸ Si vedano, parimenti, le critiche mosse dall'UCPI, *Contributo dell'osservatorio investigazioni difensive alla commissione San Giorgio*, 14 marzo 2025, 4.

distanza.

Altra questione che merita di essere esaminata riguarda, come già accennato, lo strumento di indagine reale disciplinato agli artt. 391-*sexies* e 391-*septies* c.p.p.

Si tratta, anzitutto, di comprendere se il concetto di «luogo» (pubblico, aperto al pubblico o privato) possa essere esteso fino a ricomprendervi anche il cyberspazio, a dire, tutto ciò che è immateriale⁸⁹.

Il quesito, invero, non è nuovo e va ponendosi anche con riguardo ad altri istituti del processo (e, più in generale, dell'ordinamento): basti considerare, a mero titolo esemplificativo, il dibattito circa la possibilità di ricondurre nel lemma «domicilio» di cui all'art. 14 Cost. pure la sua forma «digitale»⁹⁰ o di applicare le misure cautelari previste agli artt. 282-*bis* e 282-*ter* c.p.p. anche agli «spazi *online*» abitualmente frequentati dalla persona offesa⁹¹.

In termini generali, la questione deve essere affrontata muovendo dalla (convincente) tesi – elaborata dalla miglior dottrina – che equipara la Rete a un vero e proprio «luogo», inteso, alternativamente, come «spazio potenzialmente idoneo a contenere qualcosa»⁹² o «spazio virtuale generato dai dati»⁹³, a nulla rilevando, dunque, l'immaterialità e l'aterritorialità del *cyberspace*.

Ebbene, se con riguardo all'ipotesi da ultimo menzionata – artt. 282-*bis* e

⁸⁹ Si ricordi, per inciso, che il concetto di «luogo» non è circoscritto solamente alla scena del crimine, ma si estende a qualunque ambiente nel quale possono essere reperiti elementi di prova utili alla difesa: LORUSSO, *L'esame della scienza del crimine nella contesa processuale*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 268; VENTURA, *Le indagini difensive*, Milano, 2005, 109.

⁹⁰ Cfr., pur manifestando opinioni divergenti, CAPRIOLI, *Tecnologia e prova penale: nuovi diritti e nuove garanzie*, in *Dimensione tecnologica e prova penale*, cit., 49; CENTORAME, *Le indagini tecnologiche ad alto potenziale intrusivo fra esigenze di accertamento e sacrale inviolabilità dei diritti della persona*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2021, 518; MIRAGLIA, *Il «Trojan (non) di Stato»: una disciplina da completare*, cit., 1237; MONTAGNA, *Libertà domiciliare*, in AA.VV., *Diritti della persona e nuove sfide del processo penale*, Milano, 2019, 148; ORLANDI, *Usi investigativi dei cosiddetti captatori informatici. Criticità e inadeguatezza di una recente riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 543; QUATTROCOLO, *Artificial Intelligence, Computational Modelling and Criminal Proceedings. A Framework for A European Legal Discussion*, Cham, 2020, 61; SIGNORATO, *Le indagini digitali*, cit., 57-61.

⁹¹ Per più ampie riflessioni, sia consentito il rinvio a MALACARNE, *Misure cautelari e social network*, in *Riv. dir. proc.*, 2025, 540 ss.

⁹² SIGNORATO, *Le indagini digitali*, cit., 59.

⁹³ PAPA, *Espressione e diffusione del pensiero in Internet. Tutela dei diritti e progresso tecnologico*, Torino, 2009, 35.

282-ter c.p.p. - potrebbero profilarsi dubbi (atteso che un'eventuale restrizione dell'accesso ai "luoghi eterei" richiederebbe, in sostanza, di ricorrere a un'esegesi estensiva di disposizioni limitative di libertà fondamentali), pare, al contrario, che una risposta in termini positivi sia imposta, nel caso in esame, in ragione della posizione di primaria importanza da riconoscersi al diritto di difesa⁹⁴. La natura inviolabile di siffatta prerogativa, infatti, postula il ricorso a interpretazioni evolutive che ne valorizzino ed esaltino effettività e concretezza; sicché, nella moderna realtà *high-tech*, tali caratteri risulterebbero sviliti se l'attività d'inchiesta fosse circoscritta in limiti spaziali analogici.

Più precisamente, qualora il patrocinante intenda accedere a luoghi pubblici virtuali non vi è alcun "contro-diritto" che possa entrare in frizione (e, dunque, in bilanciamento) con il diritto garantito all'art. 24 Cost.⁹⁵. Non è dato rintracciare, in altri termini, alcuna legittima esigenza ostativa.

Ma pure laddove si renda necessario fare ingresso in spazi privati senza il consenso del legittimo titolare, il provvedimento autorizzativo del giudice - adottato sulla base di un'esegesi estensiva del dato normativo - non pare sollevare particolari criticità, né sotto il profilo della tutela della riservatezza della persona interessata (artt. 2 Cost., 8 C.E.D.U., 7 e 8 Carta di Nizza), né in relazione alla garanzia inviolabile prevista dall'art. 14 Cost. La previsione di un controllo giurisdizionale - esercitato da un'autorità indipendente, terza e imparziale - pare assicurare un corretto bilanciamento tra esigenze investigative (difensive) e prerogative individuali⁹⁶.

⁹⁴ Parrebbero concordare con tale lettura anche LORENZETTO, *Il diritto di difendersi indagando nel sistema processuale penale*, cit., 555; EAD., *Le attività urgenti di investigazione informatica e telematica*, in *Sistema penale e criminalità informatica. Profili sostanziali e processuali nella Legge attuativa della Convenzione di Budapest sul cybercrime (l. 18 marzo 2008, n. 48)*, a cura di Lupária, Milano, 2009, 158; TRAPPELLA, *L'accesso difensivo ai luoghi privati e il diritto del terzo al controllo sui dati personali: un contrasto irrisolto*, cit., 11, per il quale «il lemma "luoghi" dell'art. 391-septies, co. 1, c.p.p. - e, forse, ancor di più, quello del co. 3 - dovrebbe riferirsi anche ai contesti immateriali, ma proibiti al pubblico perché accessibili solo grazie al possesso di *password* o di particolari *software*»; PITTIRUTI, *Digital evidence e procedimento penale*, cit., 135.

⁹⁵ Tant'è che, con riferimento a tale ipotesi, il legislatore non ha previsto alcuna disciplina analoga a quella contenuta all'art. 391-septies c.p.p., ove è prevista la possibilità di un intervento dell'organo giurisdizionale in caso di mancato consenso.

⁹⁶ Tema diverso - benché di fondamentale importanza - che esula, però, dalle presenti note, giacché avente portata più generale, è quello relativo ai criteri in base ai quali il magistrato deve attenersi per accogliere l'istanza: v., da ultimo, PASTA, *I diritti individuali come limite alla libertà d'investigazione del*

Senonché, il ricorso a un'interpretazione digitalmente orientata del tessuto normativo in parola induce a soffermarsi su alcuni aspetti problematici.

La locuzione «luogo di abitazione» cui si riferisce il terzo co. dell'art. 391-septies c.p.p. potrebbe includere – nella logica evolutiva qui coltivata – non solo il domicilio tradizionale (fisico)⁹⁷, ma anche le moderne strutture (materiali e *online*) di memorizzazione dei dati, in tutto e per tutto qualificabili alla stregua di un domicilio digitale. In effetti, *smartphone*, *cloud* e simili, quali proiezioni nell'etere dell'essere umano, rappresentano oggi l'oggetto di quel «diritto di casa [2.0]»⁹⁸ volto a tutelare le attività svolte quotidianamente e stabilmente da ogni persona. Se il domicilio analogico è, secondo una nota definizione, «la proiezione spaziale dell'essere umano»⁹⁹, siffatte strutture possono essere senz'altro raffigurate come la proiezione digitale dell'*homo tecnologicus*. Ne consegue, sul versante processuale, la necessità che eventuali limitazioni siano realizzate nel rispetto delle «garanzie prescritte per la tutela della libertà personale» (art. 14, co. 2 Cost.), esigendosi, in particolare, un «atto motivato dell'autorità giudiziaria» (art. 13, co. 1 Cost.). Collocandosi in questa prospettiva, pare legittima, anzitutto, l'attività del difensore che, acquisito e verbalizzato il consenso dell'interessato, «prenda visione» del *device* e dei dati ivi contenuti, nonché compia su di essi «rilievi tecnici, grafici, planimetrici, fotografici¹⁰⁰ o audiovisivi»¹⁰¹. Nondimeno, va

difensore, in *Arch. pen. web*, 29 agosto 2019, 16 s.; TRAPELLA, *L'accesso difensivo ai luoghi privati e il diritto del terzo al controllo sui dati personali: un contrasto irrisolto*, cit., 22 ss., il quale, peraltro, ritiene che l'accesso nei luoghi di cui all'art. 391-septies c.p.p., in assenza di autorizzazione preventiva, comporti l'inutilizzabilità del materiale acquisito (24). Concorde SURACI, *L'attività difensiva*, in *Procedura penale. Teoria e pratica del processo*, diretto da Spangher-Marandola-Garuti-Kalb, vol. II, Torino, 2015, 873.

⁹⁷ Per tale equiparazione, v. SIRACUSANO, sub art. 391-sexies e 391-septies, in *La difesa penale. Commento alle leggi 7 dicembre 2000 n. 397, 6 marzo 2001 n. 60, 29 marzo 2001 n. 134 e alle successive modifiche*, diretto da Chiavario-Marzaduri, Torino, 2002, 195, n.47; TRIGGLIANI, *Le investigazioni difensive*, cit., 363.

⁹⁸ PISANI, *La tutela penale della «riservatezza»: aspetti processuali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1967, 788.

⁹⁹ AMORTH, *La Costituzione italiana. Commento sistematico*, Milano, 1948, 62.

¹⁰⁰ Si pensi, come esemplificato da attenta dottrina, al caso in cui un difensore che «esplorando l'altrui domicilio digitale [...], si imbattersse in informazioni di suo interesse, che cosa gli impedirebbe di trattenere una copia, ad esempio con uno *screenshot*?»: TRAPELLA, *L'accesso difensivo ai luoghi privati e il diritto del terzo al controllo sui dati personali: un contrasto irrisolto*, cit., 11, n. 47.

¹⁰¹ ATERNO, *Le investigazioni digitali difensive e l'alibi informatico*, in AA.VV., *Cyber forensics e indagini digitali. Manuale tecnico-giuridico e casi pratici*, Torino, 2021, 633.

osservato come siffatta, ultima locuzione vada riferita alle sole operazioni di «osservazione, descrizione o raccolta di dati non implicante giudizi che richiedano conoscenze tecniche o scientifiche»¹⁰² e che non alterino l'originaria configurazione del luogo (nonché delle cose ivi contenute)¹⁰³. Sicché, il patrocinante, pur potendo visionare il materiale presente all'interno di una memoria digitale, non sembra possa spingersi fino ad eseguire attività di vera e propria acquisizione; attività, quest'ultima, che, a tutto concedere, esula certamente dal concetto di «rilievi tecnici».

Per le medesime ragioni, il difensore non potrebbe, *de iure condito*, neppure dirsi legittimato ad accedere al contenuto di un sistema informatico e ad estrarre copia dei *file* previo *placet* giurisdizionale *ex art. 391-septies* c.p.p.¹⁰⁴. Pure tale disposizione, letta in combinato congiunto con gli artt. 391-sexies e 391-decies, co. 3, seconda parte, c.p.p. autorizza solo l'esperimento di procedure non invasive, nei termini in cui si è appena detto. Va ricordato, inoltre, come la Corte di cassazione abbia affermato, a più riprese, che l'atto tipizzato all'art. 391-septies c.p.p. compendi la facoltà di ispezionare i luoghi ivi indicati, non anche quella di perquisirli al fine di acquisire eventuali documenti; un'operazione, quest'ultima, che, a detta dei giudici, è espressamente consentita solo con riguardo alla richiesta di documentazione alla pubblica amministrazione (art. 391-quater c.p.p.)¹⁰⁵.

Perdipiù – ed è questo un nodo fondamentale – deve sottolinearsi come il semplice accesso al materiale informatico preservato all'interno di apparecchiature fisse o mobili possa alterarne irrimediabilmente il contenuto,

¹⁰² LUPARIA, *La disciplina processuale e le garanzie difensive*, cit., 183.

¹⁰³ Per questa lettura, v. LORENZETTO, *Il diritto di difendersi indagando nel sistema processuale penale*, cit., 537; KOSTORIS, *I consulenti tecnici nel processo penale*, Milano, 1993, 141; NAPPI, *Nuova guida al codice di procedura penale*, Lanciano, 2023, 775 s.; RUGGIERO, *Compendio delle investigazioni difensive*, cit., 291; SIRACUSANO, sub art. 391-sexies e 391-septies, cit., 186; SURACI, *L'atto irripetibile*, Padova, 2013, 84; TRIGGIANI, *Le investigazioni difensive*, cit., 354; VENTURA, *Le indagini difensive*, cit., 114.

¹⁰⁴ Non può sottacersi come, in una prospettiva più generale, la disposizione in parola sollevi dubbi di legittimità costituzionale – in riferimento al principio di parità delle armi e di effettività del diritto di difesa – in ragione della mancata previsione di uno strumento di impugnazione avverso l'eventuale diniego giudiziale all'accesso: concorde, LORENZETTO, *Le attività urgenti di investigazione informatica e telematica*, cit., 160.

¹⁰⁵ Cass., Sez. II, 12 ottobre 2005, Giambra, in *OneLegale*.

incidendo così sulla genuinità dei dati¹⁰⁶ e, di riflesso, sulla loro spendibilità processuale¹⁰⁷. L'assunto si fonda, come ormai noto, sulla distinzione che, in ambito informatico-giuridico, intercorre tra il "contenitore", cioè il dispositivo elettronico (*smartphone, computer, tablet, ecc.*) e il "contenuto", ovverosia i dati¹⁰⁸: giacché questi ultimi vivono di vita propria – posto che esistono indipendentemente dal supporto fisico nel quale sono incorporati – la loro acquisizione e la successiva conservazione esigono particolari cautele, onde evitare alterazioni o modifiche, pur involontariamente realizzate. Siffatte attività, pertanto, devono essere compiute nel rispetto di procedure standardizzate di *digital forensics* e in ossequio alle indicazioni contenute nelle numerose linee guida disponibili anche nel contesto internazionale.

Sennonché, il dettato normativo in parola tace al riguardo: non vi è alcun riferimento, più precisamente, a quelle «misure tecniche dirette ad assicurare la conservazione dei dati originali e ad impedirne l'alterazione», a cui fanno cenno – a seguito delle novità apportate dalla L. 48/2008 – le previsioni in tema di ispezione e perquisizione realizzate dall'apparato inquirente (artt. 244,

¹⁰⁶ Cfr. DANIELE, *La prova digitale nel processo penale*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 296; LORENZETTO, *Il diritto di difendersi indagando nel sistema processuale penale*, cit., 555, per la quale «lo spazio digitale è passibile di alterarsi per il solo fatto di accedervi»; RICCI, *Digital evidence e irripetibilità delle operazioni acquisitive*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 345; ID., *Digital evidence, sapere tecnico-scientifico e verità giudiziale*, in *Scienza e processo penale. Nuove frontiere e vecchi pregiudizi*, a cura di Conti, Milano, 2011, 347, 354; MORELLI, *Profili problematici del diritto di partecipazione del difensore nella fase delle indagini preliminari: dalle dichiarazioni dell'indagato alla prova informatica*, in *Nuovi orizzonti del diritto alla difesa tecnica. Un itinerario tra questioni attuali e aperture del quadro normativo*, a cura di Negri-Renon, Torino, 2017, 28; MURRO, *Lo smartphone come fonte di prova. Dal sequestro del dispositivo all'analisi dei dati*, Milano, 2024, 276; TONINI, *Documento informatico e giusto processo*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 406.

¹⁰⁷ LUPARIA, *Il caso "Vierika": un'interessante pronuncia in materia di virus informatici e prova penale digitale*, in *Dir. Internet*, 2006, 195 ss., il quale, tra i primi, ha teorizzato l'inutilizzabilità del materiale di prova digitale raccolto in maniera tale da non assicurare un accertamento attendibile dei fatti di reato; ID., *La disciplina processuale e le garanzie difensive*, cit., 197. Più di recente, con formula assai efficace, si è osservato, al riguardo, come «le regole dell'informatica vanno qui di pari passo con l'epistemologia del processo: se non si rispettano le prime, s'azzoppa la seconda»: BARTOLI, *Sequestro di dati a fini probatori: soluzioni provvisorie a incomprensioni durature*, in *Arch. pen. web*, 5 marzo 2018, 10.

¹⁰⁸ TONINI, *Documento informatico e giusto processo*, cit., 401 ss., il quale ha proposto di distinguere tra documento tradizionale e documento informatico alla luce del metodo di incorporazione del dato che è, rispettivamente, materiale (nel senso che la rappresentazione non esiste senza la presenza del supporto fisico) e immateriale (nel senso che la rappresentazione è indifferente rispetto alla scelta del tipo di supporto fisico nel quale l'informazione è incorporata).

co. 2 e 247, co. 1-*bis* c.p.p.)¹⁰⁹. Ciò, però, non deve affatto sorprendere, e rappresenta, anzi, la riprova di quanto si va qui osservando: gli artt. 391-*sexies*, 391-*septies* e 391-*decies* c.p.p. costituiscono disposizioni *analogic oriented*, del tutto inadeguate, dunque, in un contesto investigativo sempre più *digital oriented*¹¹⁰.

Preso atto, dunque, dell'intrinseca fragilità del dato informatico, è necessario che qualsivoglia contatto del difensore con la fonte digitale, sin dalla fondamentale e imprescindibile fase di clonazione¹¹¹ (*rectius*, realizzazione della copia-mezzo o copia-servente)¹¹², sia compiuto nel contraddittorio necessario (ma a partecipazione facoltativa) tra le parti, pure qualora egli ottenga il consenso dell'avente diritto. Come sostenuto da autorevole dottrina,

¹⁰⁹ Riferimenti simili in merito alla necessità di garantire la non alterabilità del dato informatico si rinven-
gono, a seguito della L. 48/2008, pure agli artt. 259, co. 2, 352, co. 1-*bis* e 354, co. 2

, c.p.p. Su questo aspetto, v. RICCI, Digital evidence, *sapere tecnico-scientifico e verità giudiziale*, cit., 259, il quale, nel criticare tale assetto normativo, ritiene che la delicatezza delle operazioni di “*defence forensics*” «avrebbe richiesto una compiuta regolamentazione in ordine alle modalità di svolgimento ed alle cautele da adottare al fine di preservare la genuinità dei dati raccolti»; PITTIRUTI, Digital evidence e *procedimento penale*, cit., 135.

¹¹⁰ Non pare che, al riguardo, possano invocarsi con profitto le prescrizioni indicate all'art. 2, co. 4 delle *Regole deontologiche relative ai trattamenti di dati personali effettuati per svolgere investigazioni difensive o per fare valere o difendere un diritto in sede giudiziaria*, 19 dicembre 2018, ove si invita il patrocinante a prestare «specifica attenzione [...] all'adozione di idonee cautele per prevenire l'ingiustificata raccolta, utilizzazione o conoscenza di dati in caso di: a) acquisizione anche informale di notizie, dati e documenti connotati da un alto grado di confidenzialità o che possono comportare, comunque, rischi specifici per gli interessati; b) scambio di corrispondenza, specie per via telematica; [...] d) utilizzo di dati di cui è dubbio l'impiego lecito, anche per effetto del ricorso a tecniche invasive; e) utilizzo e distruzione di dati riportati su particolari dispositivi o supporti, specie elettronici (*ivi* comprese registrazioni audio/video), o documenti (tabulati di flussi telefonici e informatici, consulenze tecniche e perizie, relazioni redatte da investigatori privati)». In esse, difatti, non viene specificato alcunché onde garantire la genuinità dei dati e la loro non alterazione.

¹¹¹ ... che rappresenta un insieme di «azioni ad alto contenuto tecnologico che già implicano scelte metodologiche e delicate valutazioni»: LUPÁRIA, Computer Crimes e *procedimento penale*, in *Modelli differenziati di accertamento*, a cura di Garuti, in *Trattato di procedura penale*, diretto da Spangher, Torino, 2011, 384. *Contra*, LORENZETTO, *Il diritto di difendersi indagando nel sistema processuale penale*, cit., 560, che parla di operazione ricognitiva e non valutativa.

¹¹² Attività che si compendia nell'estrapolare, mediante la tecnica del *bit stream image*, un clone dell'originale che viene reso immutabile mediante la creazione di un'impronta digitale – tecnica di *hashing* – atta a garantire l'integrità del dato: FERRAZZANO-SUMMA, *La selezione dei dati informatici in ambito giudiziario: prassi e modalità applicative*, in *Nuove questioni di informatica forense*, a cura di Brighi, Roma, 2022, 75; ZICCARDI, *La procedura di analisi della fonte di prova digitale*, in Lupária-Ziccardi, *Investigazione penale e tecnologia informatica. L'accertamento del reato tra progresso scientifico e garanzie fondamentali*, cit., 64.

a fronte di attività investigative capaci di alterare in modo irreversibile «la fonte da cui si ricava l'elemento di prova» (ed è quello che perlopiù accade, lo si è detto, con riguardo ai dati informatici) non «è sufficiente il solo contraddittorio differito», ma occorre che la controparte sia messa nelle condizioni di partecipare all'atto acquisitivo¹¹³.

È quanto auspicato, del resto, in letteratura – benché a parti invertite – in merito all'attività di acquisizione della *digital evidence* realizzata dagli inquirenti (per il cui svolgimento si invoca condivisibilmente l'attivazione del congegno di cui all'art. 360 c.p.p.)¹¹⁴, rispetto alla quale, invece, la giurisprudenza ritiene applicabile il disposto degli artt. 354 e 359 c.p.p., in quanto operazione ritenuta sempre ripetibile¹¹⁵.

Ed è in questo senso che si muove – pur con non trascurabili difetti – anche la già richiamata proposta legislativa volta a introdurre un nuovo art. 254-ter nel codice di procedura penale, con il quale si delinea una speciale procedura ablativa avente ad oggetto apparecchi di archiviazione digitale¹¹⁶. Sebbene non vi sia, allo stato attuale, un esplicito richiamo alle garanzie di cui all'art. 360 c.p.p., il d.d.l. pur prevede una qualche forma (del tutto insufficiente) di contraddittorio circa lo svolgimento dell'attività di duplicazione del contenuto delle memorie digitali, attribuendo ai difensori e ai consulenti tecnici eventualmente nominati il diritto di partecipare allo svolgimento delle

¹¹³ Per le ultime citazioni, v. TONINI, *La sentenza di Perugia come occasione di ripensamento sul metodo scientifico di conoscenza*, in *L'assassinio di Meredith Kercher. Anatomia del processo di Perugia*, a cura di Montagna, Roma, 2012, 34. Concorde pure CATALANO, *Il metodo del controesame sul letto di Procuste. Le insidie e le sfide della prova scientifica*, in *Le erosioni silenziose del contraddittorio*, cit., 149.

¹¹⁴ Cfr., tra i molti, DANIELE, *La prova digitale nel processo penale*, cit., 296; LUPÁRIA, *Computer crimes e procedimento penale*, cit., 375; PITTIRUTI, *Digital evidence e procedimento penale*, cit., 105 ss.; RICCI, *Digital evidence e irripetibilità delle operazioni acquisitive*, cit., 346; TONINI, *Documento informatico e giusto processo*, cit., 405. Secondo FELICIONI, *La perquisizione informatica*, cit., 677, invece, «appare preferibile una linea interpretativa intermedia secondo la quale l'irripetibilità delle operazioni di copia o apprensione dei dati digitali deve essere verificata caso per caso, in relazione alle modalità con cui viene svolta». Negli stessi termini, v. LORENZETTO, *Utilizzabilità dei dati informatici incorporati su un computer in sequestro: dal contenitore al contenuto passando per la copia*, in *Cass. Pen.*, 2010, 1533.

¹¹⁵ La giurisprudenza sul punto è granitica: cfr., ad es., Cass., Sez. I, 10 giugno 2021, n. 38909, in *One-Legale*; Cass., Sez. II, 27 novembre 2020, n. 5283, *ivi*; Cass., Sez. II, 19 febbraio 2015, n. 8607, *ivi*.

¹¹⁶ Cfr. *supra*, n. 48.

operazioni, nonché di formulare osservazioni e riserve (co. 6 e 8)¹¹⁷.

Insomma, il quadro interpretativo proposto appare, in ogni caso, davvero frammentato e incerto. Probabilmente – anche in vista dell’auspicabile adozione di un nuovo art. 254-ter – l’opzione preferibile sarebbe quella di forgiare un articolato *ad hoc* nell’ambito della disciplina prevista agli artt. 391-bis ss. c.p.p., onde evitare così il rischio che, dinnanzi alla necessità di apprendere *bit* digitali, si determinino frizioni con il canone di parità delle armi¹¹⁸.

Ulteriore questione alla quale è opportuno fare un breve cenno, sotto il profilo della telematizzazione dell’“inchiesta parallela”, concerne le acquisizioni documentali.

È noto come il codice di procedura penale disciplini espressamente, all’art. 391-*quater* c.p.p., la facoltà del difensore di richiedere documenti in possesso della pubblica amministrazione, consentendone l’estrazione di copia a proprie spese; non è contemplata, invece, la possibilità di acquisire fonti siffatte quando detenute da soggetti o enti privati. Nondimeno, appare ragionevole ritenere, valorizzando la portata garantistica del diritto di difesa e il carattere «innocuo»¹¹⁹ di tali apprensioni, che pure esse debbano essere consentite¹²⁰, sebbene nell’ambito (e, dunque, con i limiti) delle indagini

¹¹⁷ Il problema, invero, è che tale dialettica appare svilta dalla mancata attribuzione alla difesa – perlomeno allo stato attuale della proposta – di un ruolo attivo nella fase di determinazione dei criteri tecnici e metodologici utilizzati per l’analisi del dato informatico. Difatti, nel contesto della c.d. *Electronically Stored Information*, espressione con la quale si fa riferimento alla *discovery* di informazioni contenute in ambiente digitale, è possibile ricorrere a diverse tecniche di *screening* del dato informatico, la cui scelta a favore dell’una o dell’altra appare foriera di notevoli implicazioni sul versante difensivo. Onde rendersi conto di ciò, è sufficiente considerare come a fronte della più classica e diffusa (perlomeno nel panorama italiano) metodologia di *keywords searching*, ossia di selezione mediante parole chiave, lo sviluppo della tecnica abbia reso oggi disponibili *software* in grado di operare selezioni sempre più accurate e capaci di aggirare i limiti di *over-inclusive* e *under-inclusive* che caratterizzano le metodologie tradizionali (c.d. *Technology Assisted Review*).

¹¹⁸ In questo stesso senso, v. anche DELLA TORRE, *Spunti di riflessione sulla proposta di legge in materia di sequestro di dispositivi e di dati*, cit., 12; LORENZETTO, *I sequestri di smartphone, dispositivi informatici e memorie digitali*, in *Indagini e prove nella società digitale. Questioni attuali e prospettive future*, cit., 137.

¹¹⁹ LORENZETTO, *Il diritto di difendersi indagando nel sistema processuale penale*, cit., 499.

¹²⁰ LORENZETTO, *Il diritto di difendersi indagando nel sistema processuale penale*, cit., 473-476; TRIGGIANI, *Le investigazioni difensive*, cit., 351. *Contra*, FILIPPI, *Premessa*, in *Processo penale: il nuovo ruolo del difensore*, a cura di Filippi, Padova, 2001, XXXI.

difensive atipiche¹²¹, in quanto non esplicitamente regolate dalla legge.

Con riguardo al tema della digitalizzazione, deve riconoscersi come, dal punto di vista teorico, non vi siano ostacoli di sorta a ricondurre nel concetto di “documento” cui si riferisce l’art. 391-*quater* c.p.p. (e, parimenti, nel novero dei documenti acquisibili da privati) pure quelli informatici. Sennonché, la loro natura impone cautele: la mera apprensione del *bit*, come si è già detto, può incidere, in assenza di prescrizioni tecniche, sull’integrità e sull’autenticità del contenuto, soprattutto in assenza di linee guida tecniche o procedure standardizzate. Ma pure in relazione a tale profilo, la normativa in esame non offre soluzioni adeguate¹²²: non si prevedono regole specifiche per l’acquisizione dei dati digitali, né si chiarisce il ruolo del difensore in detto contesto.

5.1.1 Operazioni online atipiche. Come noto, l’informaticizzazione degli strumenti investigativi pone oggi al centro di un vivace dibattito la disposizione di cui all’art. 189 c.p.p. La possibilità, ammessa perlopiù in via interpretativa, di ricorrere a mezzi di ricerca della prova atipici¹²³, infatti, conduce sovente la giurisprudenza a ricondurvi, quale “norma contenitore”, tutti quei nuovi *digital tool* non disciplinati dalla legge¹²⁴: è il caso, tra i molti, delle videoriprese e del pedinamento GPS.

Note – e condivisibili – sono le critiche sollevate unanimemente, sul punto,

¹²¹ Cfr. par. 5.1.1.

¹²² LORENZETTO, *Il diritto di difendersi indagando nel sistema processuale penale*, cit., 475, n. 3.

¹²³ Nel silenzio della norma, la dottrina si interroga circa la possibilità di estendere l’ambito di applicazione dell’art. 189 c.p.p. in materia di “prove” anche ai “mezzi di ricerca della prova” non tipizzati. La questione – benché risalente – è tuttora dibattuta: a favore della tesi positiva, v., tra i molti, CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, cit., 160; DINACCI, *L’inutilizzabilità nel processo penale. Struttura e funzioni del vizio*, Milano, 2008, 60, n. 69; NOBILI, sub art. 189 c.p.p., *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da Chiavario, Vol. II, Torino, 1990, 399 ss. In questo senso è orientata anche la giurisprudenza: cfr. Cass., Sez. un., 28 marzo 2006, n. 26795, in *OneLegale*. Di diverso avviso, invece, GALANTINI, *L’inutilizzabilità della prova nel processo penale*, Padova, 1992, 213; FILIPPI, *L’home watching: documento, prova atipica o prova incostituzionale?*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 95; MAZZA, *I diritti fondamentali dell’individuo come limite della prova*, cit., 9; NICOLICCHIA, *I controlli occulti e continuativi come categoria probatoria*, cit., 12 ss.

¹²⁴ Come sottolineato da NEGRI, *Compressione dei diritti di libertà e principio di proporzionalità davanti alle slide del processo penale contemporaneo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, 26, quando «la prassi poliziesca scopre e collauda tecniche investigative inedite, la giurisprudenza tende a qualificarle superficialmente alla stregua di mezzi atipici ma al contempo legittimi di ricerca probatoria».

dalla dottrina¹²⁵.

Il problema, però, sembra porsi, in termini non dissimili, anche in relazione all'attività investigativa realizzata dall'avvocato, essendo necessario chiedersi se l'attuale dato normativo legittimi l'esperibilità di indagini innominate.

Il tema non è di poco momento, atteso che pure il patrocinante suole ricorrere, con frequenza sempre maggiore, a strumenti digitali non espressamente previsti dalla legge onde acquisire dati a favore del proprio assistito. Si pensi, solo per fare un esempio, a quella nuova tecnica intrusiva – assai diffusa a livello prasseologico¹²⁶ – denominabile *false friend technique*, che si sostanzia nel creare un “falso profilo” nei *social network* utilizzando nomi e immagini di fantasia o identità riconducibili a persone terze, nella speranza che il *target* individuato (possibile testimone, vittima, ecc.) accetti la richiesta di “contatto”, potendo così visualizzare e apprendere contenuti altrimenti inaccessibili.

Ebbene, a seguito della novella del 2000¹²⁷ – che, come detto, ha cristallizzato le singole attività esperibili nel corso delle indagini difensive – ha senso, in effetti, chiedersi se il nuovo sistema delineato dal codice sia o meno imperniato sul principio di “libertà delle forme”, specie a fronte del nuovo art. 327-*bis*, co. 1 c.p.p., ove si prevede che il patrocinante possa svolgere investigazioni difensive «nelle [sole?] forme e per le finalità stabilite nel titolo VI-*bis*» del libro V del codice di rito.

La risposta che deve offrirsi al quesito – in aderenza con l'impostazione dominante in letteratura¹²⁸ – è positiva, facendo leva sulla necessaria

¹²⁵ Cfr. *supra*, n. 50.

¹²⁶ Cfr., per una panoramica, MINOTTI, *The Advent of Digital Diaries: Implications of Social Networking Web Sites for the Legal Profession*, in *South Carolina Law Review*, 2009, 1057 ss.; WITNOV, *Investigating Facebook: The Ethics of Using Social Networking Websites in Legal Investigations*, in *Santa Clara Computer Law & High Technology Law Journal*, 2011, 31 ss.

¹²⁷ Nella vigenza dell'art. 38 disp. att. c.p.p., la genericità della formulazione utilizzata e la mancanza di una qualsivoglia regolamentazione circa la tipologia di atti esperibili e la loro modalità di svolgimento (nonché di utilizzabilità) avevano indotto parte della dottrina, valorizzando il portato dell'art. 24 Cost., ad affermare che «tutto ciò che non [è] espressamente vietato è da considerarsi lecito»: così, CRISTIANI, sub art. 38, in *Commentario al nuovo codice di procedura penale. La normativa complementare*, coordinato da Chiavario, vol. I, Torino, 1989, 157.

¹²⁸ In questo senso, v., *ex multis*, ALESCI, *Le garanzie difensive e il ruolo del difensore nello spazio giudiziario europeo alla luce della direttiva sull'OEI*, cit., 111; CURTOTTI NAPPI, *I nuovi orizzonti investigativi del difensore: le informazioni assunte all'estero*, in *Giur. it.*, 2008, 988; LOCATELLI-SARO, *Gli atti di investigazione difensiva nel procedimento penale*, Padova, 2006, 148 ss.; PARLATO, *Le nuove dispo-*

applicazione del principio di parità delle armi nel contesto delle indagini preliminari. D'altro canto, a fronte della facoltà, conferita agli organi pubblici, di svolgere funzioni atipiche, una ragionevole equiparazione tra le parti impone di riconoscere un potere di indagine innominato pure agli organi della difesa, a meno di non voler degradare il diritto alla prova «a mera eventualità, ossia [...] ad una mera possibilità»¹²⁹.

Ciò nondimeno, sembra opportuno individuare con precisione i limiti entro cui dette operazioni possono essere svolte. Al pari delle attività non disciplinate dalla legge realizzate dall'autorità inquirente, infatti, non v'è dubbio che anche quelle riferibili al difensore debbano essere ricondotte entro confini ben definiti (art. 189 c.p.p.).

Sul punto, in assenza di espliciti riferimenti normativi, sembra potersi affermare che qualunque indagine difensiva innominata incontri due limiti di carattere generale: l'atto deve ritenersi consentito purché rientri nel penalmente lecito¹³⁰ e non incida sui diritti e sulle libertà di terzi¹³¹.

sizioni in materia di indagini difensive. Commento alla legge 7 dicembre 2000, n. 397, Torino, 2001, 54; TRIGGIANI, *Le investigazioni difensive*, cit., 221; e, nella manualistica, TONINI-CONTI, *Manuale di procedura penale*, Milano, 2024, 705, per i quali non può ritenersi «esclusa quella facoltà, insita nel diritto di difendersi provando, che consiste nel far svolgere investigazioni anche mediante atti atipici, come pedinamenti, registrazioni di colloqui in luoghi pubblici, conversazioni informali mediante telefono ecc.». Ricava la legittimità delle attività di investigazione atipiche dal disposto dell'art. 327-bis c.p.p., CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, cit., 252. Di diverso avviso, CARNEVALE, *Questioni irrisolte in tema di documentazione delle indagini difensive*, in *Giur. it.*, 2003, 1058; LORENZETTO, *Il diritto di difendersi indagando nel sistema processuale penale*, cit., 750, per la quale «non esiste una facoltà di svolgere investigazioni difensive al di fuori delle "forme" e delle "finalità" espressamente previste. Una sorta di divieto "implicito" a indagare oltre i confini della legge il cui epilogo, in ipotesi di violazione, potrebbe integrare la sanzione generale di inutilizzabilità».

¹²⁹ NOBILI, *Prove «a difesa» e investigazioni di parte nell'attuale assetto delle indagini preliminari*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 413.

¹³⁰ Secondo GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, cit., p. 206, il diritto alla ricerca della prova in capo alla difesa dovrebbe «atteggiarsi non solo a diritto alla prova legittima, bensì a diritto alla prova lecita». Concorde, VENTURA, *Le indagini difensive*, cit., 179 ss.

¹³¹ CAPRIOLI, *Riprese visive nel domicilio e intercettazione per immagini*, in *Giur. cost.*, 2002, 2187, n. 63; FOSCHINI, *Sistema di diritto processuale penale*, cit., 303, per il quale la facoltà del difensore di esperire indagini per proprio conto deve svolgersi «entro i limiti dell'onesto e del corretto e senza lesione di altrui diritti»; TONINI-CONTI, *Manuale di procedura penale*, cit., 705. Come sottolinea CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, cit., 252, «dal sistema pare ricavarsi che al difensore siano vietati gli atti lesivi di diritti fondamentali [...] e che i dati probatori eventualmente acquisiti siano inutilizzabili ai sensi dell'art. 191. Questo divieto vale anche nel contesto della attività investigativa atipica».

È con riguardo a quest'ultimo aspetto, però, che emergono talune problematiche, legate, in specie, al rapporto tra metodologie di investigazione digitale non disciplinate dalla legge e diritto alla *privacy*, garanzia fondamentale sovente intaccata dal ricorso ai nuovi *digital investigative tool*¹³². Ben lungi dall'essere interpretato come un mero «*right to be let alone*»¹³³, la riservatezza, difatti, ha assunto oggi i connotati di un vero e proprio *habeas data*, espressione di un generale diritto al monitoraggio e al controllo sui propri dati personali¹³⁴. Quest'ultima esigenza, come si può agevolmente constatare, si è fatta sempre più pressante in una società ove la raccolta e l'elaborazione massiva di informazioni costituisce ormai la prassi in ogni attività umana connotata dall'impiego di strumenti tecnologici.

A tale riguardo, è vero, in realtà, che, in linea generale, deve ritenersi accolto dal sistema processuale penale italiano un principio di prevalenza del diritto di difesa rispetto a quello alla riservatezza¹³⁵, nel senso che quest'ultimo è destinato a soccombere tutte le volte in cui l'avvocato – nel corso delle investigazioni di parte – abbia necessità di acquisire dati e informazioni aventi carattere personale e riservato, ancorché a seguito di un *placet* giurisdizionale (come avviene, ad esempio, nelle ipotesi di cui agli artt. 391-*quater*, co. 3, 391-*sexies* e 391-*septies* c.p.p.). La garanzia sancita all'art. 24, co. 1 Cost., del resto, ha carattere inviolabile e non ammette restrizioni da parte del legislatore ordinario, salvo che esse si «appalesino giustificate da altre norme o da principi fondamentali desunti dal sistema costituzionale»¹³⁶.

Nondimeno, a ben pensare, siffatto canone generale può trovare applicazione

¹³² CARNEVALE, *Autodeterminazione informativa e processo penale: le coordinate costituzionali*, in *Protezione dei dati personali e accertamento penale. Verso la creazione di un nuovo diritto fondamentale?*, a cura di Negri, Roma, 2007, 6; CENTORAME, *Le indagini tecnologiche ad alto potenziale intrusivo*, cit., 501; GIALUZ, *Intelligenza artificiale e diritti fondamentali in ambito probatorio*, in AA.VV., *Giurisdizione penale, intelligenza artificiale ed etica del giudizio*, Milano 2021, 56 ss.; LUPÁRIA, *Privacy, diritto della persona e processo penale*, in *Riv. dir. proc.*, 2019, 1464.

¹³³ Secondo la nota definizione offerta dai «padri» della *privacy*, WARREN-BRANDEIS, *The Right to Privacy*, in *Harvard Law Review*, 1890, 4, 193.

¹³⁴ Così, LUPÁRIA, *Privacy, diritto della persona e processo penale*, cit., 1464.

¹³⁵ Sul punto, v., da ultimo, TORRE, *Privacy e indagini penali*, Milano, 2020, 143. Sul rapporto tra indagini difensive e *privacy*, v. LORENZETTO, *Il diritto di difendersi indagando nel sistema processuale penale*, cit., 587 ss., ove l'A. sottolinea come vi sia una forte tensione tra le istanze di riservatezza vantate dai terzi e la facoltà attribuita al difensore di reperire materiale informativo utile all'effettivo esercizio del diritto di difesa; TRIGGIANI, *Le investigazioni difensive*, cit., 387 ss.

¹³⁶ Corte cost., 19 febbraio 1965, n. 5, in *Giur. cost.*, 1965, 43.

solo per quanto attiene allo svolgimento di attività investigative tipiche, rispetto alle quali il legislatore ha già effettuato *ex ante* un giudizio di prevalenza del “diritto di difendersi investigando” rispetto al diritto alla riservatezza dei terzi. Per contro, con riguardo alle operazioni innominate, le istanze di garanzia dei diritti fondamentali devono godere del più ampio margine di tutela, sicché essi vengono a rappresentare un “limite esterno”, ostativo allo svolgimento di atti d’inchiesta non esplicitamente regolamentati¹³⁷ e all’utilizzo delle eventuali risultanze probatorie acquisite (art. 191 c.p.p.).

5.2 Acquisizione di dati conservati presso terzi. Passando all’esame della seconda macrocategoria cui si è fatto riferimento, va esaminato, anzitutto, il tema della *data retention* per fini di contrasto alla criminalità¹³⁸.

Con tale espressione, si allude a quell’insieme di disposizioni normative che obbligano gli *internet service provider* ad archiviare temporaneamente i dati di traffico (c.d. dati esterni o esteriori) generati nell’ambito della fornitura di servizi di comunicazione elettronica. Trattasi, più precisamente, di contenuti eterogenei – destinati a confluire nei c.d. tabulati – che permettono, tendenzialmente, di identificare la fonte, la destinazione, la data, l’ora e la durata di una corrispondenza telematica, nonché l’ubicazione delle apparecchiature (fisse o mobili) impiegate.

In un contesto sociale in cui l’uso dei dispositivi digitali e della Rete è pressoché universale e costante, i dati di traffico telematico e telefonico costituiscono ormai una fonte informativa di primaria rilevanza nel corso delle indagini preliminari. Essi – connotati da «un’altissima potenzialità euristica»¹³⁹ – permettono, tanto all’accusa, quanto alla difesa¹⁴⁰, di ricostruire

¹³⁷ Sul concetto di “limite esterno” nel contesto delle investigazioni difensive, v. TONINI, *L’investigazione difensiva e la legge sulla privacy*, in *Processo penale: il nuovo ruolo del difensore*, cit., 517 ss.

¹³⁸ La bibliografia in argomento è particolarmente copiosa. A livello monografico, v. ANDOLINA, *L’acquisizione nel processo penale dei dati “esteriori” delle comunicazioni telefoniche e telematiche*, Padova, 2018; FLOR-MARCOLINI, *Dalla data retention alle indagini ad alto contenuto tecnologico. La tutela dei diritti fondamentali quale limite al potere coercitivo dello Stato. Aspetti di diritto penale processuale e sostanziale*, Torino, 2022; FORMICI, *La disciplina della data retention tra esigenze securitarie e tutela dei diritti fondamentali. Un’analisi comparata*, Torino, 2021.

¹³⁹ TAVASSI, *Acquisizione di tabulati, tutela della privacy e rispetto del principio di proporzionalità*, cit., 3. Non è poi così raro, del resto, imbattersi in investigazioni penali incentrate, sin dalle prime battute,

non solo le comunicazioni intercorse tra soggetti, ma anche di delineare, con un certo grado di attendibilità, i movimenti e le *routine* quotidiane degli interessati, offrendo spesso un contributo decisivo alla ricostruzione dei fatti oggetto di accertamento penale.

La materia è stata oggetto, da ultimo, di modifiche ad opera del d.l. 30 settembre 2021, n. 132, conv. in L. 23 novembre 2021, n. 1781 che, interpolando l'art. 132 del d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 (codice della *privacy*), ha, per un verso, limitato la possibilità di acquisire i dati esteriori alla necessità di contrastare una serie di fattispecie di reato, tassativamente individuate dalla legge¹⁴¹, nonché, per un altro, attribuito all'autorità giurisdizionale il compito di autorizzare *ex ante* o di convalidare comunque *ex post* l'apprensione dei medesimi¹⁴².

quasi esclusivamente su una raccolta massiccia di siffatti dati: CAMON, *La fase che "non conta e non pesa": indagini governate dalla legge?*, cit. 110.

¹⁴⁰ Assume particolare rilievo l'attività del patrocinante che, attraverso l'acquisizione dei tabulati, può condurre all'emersione di una prova d'alibi idonea a minare l'intero impianto accusatorio: cfr. ATERNO, *Le investigazioni digitali difensive e l'alibi informatico*, cit., 623 ss. e, spec., 640 ss.; CUOMO, *La prova digitale*, in *Prova scientifica e processo penale*, a cura di Canzio- Lupária, Milano, 2022, 696 ss.; NICOSIA-CACCAVELLA, *Indagini della difesa e alibi informatico: utilizzo di nuove metodiche investigative, problemi applicativi ed introduzione nel giudizio*, in *Dir. Internet*, 2007, 520 ss.; PITTIRUTI, *Digital evidence e procedimento penale*, cit., 136 s.

¹⁴¹ Il nuovo terzo co. dell'art. 132 cod. *priv.* limita l'impiego del mezzo di ricerca della prova in esame ai soli «reati per i quali la legge stabilisce la pena dell'ergastolo o della reclusione non inferiore nel massimo a tre anni, determinata a norma dell'articolo 4 del codice di procedura penale, e di reati di minaccia e di molestia o disturbo alle persone col mezzo del telefono, quando la minaccia, la molestia e il disturbo sono gravi». Alcuni autori, tuttavia, hanno osservato come il catalogo dei reati previsto dal legislatore e i limiti di pena individuati non possano essere ricondotti nel concetto di «reato grave», così per come definito dalla giurisprudenza europea in argomento (per questa opinione, v. DINACCI, *L'acquisizione dei tabulati telefonici tra anamnesi, diagnosi e terapia: luci europee e ombre legislative*, in *Proc. pen. giust.*, 2022, 315). Dubbi in proposito sono manifestati anche da SPANGHER, *Data retention: svolta garantista ma occorre completare l'impianto*, in *Guida dir.*, 2021, 39, 13.

¹⁴² Un tanto si deve alla dirompente pronuncia della Corte di giustizia resa nel caso *H.K.*, ove i giudici di Lussemburgo hanno avuto modo di chiarire come una corretta interpretazione dell'art. 15, par. 1, della direttiva 2002/58/CE relativa al trattamento dei dati personali, consenta agli Stati membri: a) di predisporre una disciplina nazionale volta ad acquisire i metadati di traffico telefonico per finalità di prevenzione, ricerca, accertamento e perseguimento solo delle «forme gravi di criminalità»; b) di attribuire il potere di acquisizione di tali informazioni esclusivamente in capo ad un «giudice ovvero un'autorità amministrativa indipendente» che non può mai essere identificata nell'organo d'accusa, qualora quest'ultimo sia titolare del potere di dirigere le indagini istruttorie ed esercitare, eventualmente, l'azione penale nel procedimento successivamente instauratosi: Corte giust. UE, 2 marzo 2021, *H.K. c. Prokuratuur*, cit. Per un commento, v., *ex multis*, ANDOLINA, *La sentenza della Corte di giustizia UE nel caso H.K. c. Prokuratuur: un punto di non ritorno nella lunga querelle in materia di data retention?*,

Per quanto concerne l'individuazione dei soggetti titolari della facoltà di richiedere al giudice l'apprensione dei tabulati telefonici, si fa apprezzare la nuova formulazione del terzo comma dell'art. 132 cod. *priv.*, allorquando attribuisce siffatto potere, oltre che al pubblico ministero, pure al «difensore dell'imputato, della persona sottoposta a indagini, della persona offesa e delle altre parti private»¹⁴³.

Il Parlamento, tuttavia, parrebbe aver escluso la possibilità, in precedenza espressamente riconosciuta al solo avvocato del prevenuto – con le modalità di cui all'art. 391-*quater* c.p.p. – di richiedere «direttamente» al fornitore i dati relativi alle utenze intestate al proprio assistito. Dalla disposizione di nuovo conio, infatti, è stata espunta proprio la prerogativa del patrocinante di acquisire le informazioni esterne alle conversazioni telefoniche e telematiche effettuate e ricevute dall'indagato (art. 132, co. 3, seconda parte c.p.p.)¹⁴⁴. Allo stato attuale, dunque, il patrocinante non è più titolare del «potere di “disporre” del materiale acquisito»¹⁴⁵, giacché, pur essendo libero di scegliere se depositarlo o meno una volta ottenuta l'autorizzazione del giudice, esso potrebbe essere comunque acquisito su impulso delle altre parti o *ex officio*.

La precedente versione del testo legislativo, invero, aveva indotto parte della dottrina a dubitare della sua compatibilità costituzionale, in ragione dell'asserita violazione del principio di parità delle armi (art. 111, co. 2 Cost.):

in *Proc. pen. giust.*, 2021, 1195 ss.; LA ROCCA, *Dopo la Corte di Giustizia in materia di tabulati: applicazioni e disapplicazioni interne*, in *Arch. pen. web*, 2021, 2, 1 ss.; MALACARNE, *Corte di giustizia e data retention: ultimo atto?*, in *Cass. Pen.*, 2021, 4105 ss.; RAFARACI, *Verso una law of evidence dei dati*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, 853 ss.

¹⁴³ La modifica è accolta con favore dalla *Relazione del Massimario n. 55/2021*, 28, n. 145, ove si afferma che il «riconoscimento di un'iniziativa istruttoria estesa al difensore, in quanto tale – senza esclusioni di sorta – finiva con l'integrare un ingiustificato privilegio, lesivo del principio di parità tra le parti di cui all'art. 111, co. 2 Cost.»; RINALDINI, *La nuova disciplina del regime di acquisizione dei tabulati telefonici e telematici: scenari e prospettive*, in *www.giurisprudenzapenale.it*, 27 ottobre 2021, 23. Secondo TAVASSI, *Acquisizione di tabulati, tutela della privacy e rispetto del principio di proporzionalità*, cit., 16, la novella avrebbe il «il merito di aver riportato su un piede di parità le prerogative delle parti processuali». Cfr. pure LASAGNI, *Dalla riforma dei tabulati a nuovi modelli di integrazione fra diritti di difesa e tutela della privacy*, in *www.la legislazione penale.eu*, 21 luglio 2022, 4.

¹⁴⁴ Di seguito si riporta, per comodità di lettura, il testo previgente: «Il difensore dell'imputato o della persona sottoposta alle indagini può richiedere, direttamente al fornitore i dati relativi alle utenze intestate al proprio assistito con le modalità indicate dall'articolo 391-*quater* del codice di procedura penale».

¹⁴⁵ DINACCI, *L'acquisizione dei tabulati telefonici tra anamnesi, diagnosi e terapia: luci europee e ombre legislative*, cit., 319.

è irragionevole – si diceva – consentire all’avvocato lo svolgimento di un’attività investigativa che, viceversa, è preclusa al titolare dell’esercizio dell’azione penale¹⁴⁶.

Senonché, la censura appariva – ed appare ancora oggi – frutto di un equivoco interpretativo: la facoltà di “accesso diretto” al tabulato esercitata dall’avvocato dell’imputato rappresenta il mero esercizio delegato-mediato del diritto riconosciuto a ciascun utente di conoscere i dati esteriori delle proprie conversazioni¹⁴⁷. Com’è stato autorevolmente osservato, infatti, in tali circostanze «l’abbonato – e, per estensione, il suo difensore – non [potrebbe] violare la segretezza delle comunicazioni di cui sia [stato] parte»¹⁴⁸; sicché, in presenza del consenso esplicitamente manifestato dal titolare dell’utenza, alcun profilo di contrasto con l’art. 15 Cost. viene a delinearsi¹⁴⁹.

Il nodo problematico, casomai, riguardava – nella disciplina previgente – la lesione del principio di parità delle armi, letto congiuntamente con il “diritto di difendersi cercando”, in relazione alla mancata previsione di un potere di acquisizione autonoma in capo alle altre parti private¹⁵⁰. Posta la *ratio* della

¹⁴⁶ Di questo avviso, ad es., AMATO, *Dati conservabili solo per due anni*, in *Guida dir.*, 2004, 10, 55 ss.; CANTONE, *Le modifiche processuali introdotte con il «decreto antiterrorismo» (d.l. n. 144/05 conv. in l. n. 155/05)*, in *Cass. Pen.*, 2005, 2512; GIORDANO, *Tabulati telefonici: senza regole sull’iter «convivenza» più difficile con la novella*, *ivi*, 2004, 13, 12.

¹⁴⁷ CAMON, *L’acquisizione dei dati di traffico delle comunicazioni*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 609. Nella medesima direzione, v. ANDOLINA, *Il potere del difensore di acquisizione diretta dei dati del traffico telefonico relativi al proprio assistito: limiti normativi e prospettive de iure condendo*, in *Arch. n. proc. pen.*, 2018, 3; BUSIA, *Così la riservatezza «guadagna» terreno*, in *Guida dir.*, 2004, 10, 59; PINNA, *«Garanzie» giurisdizionali nell’acquisizione di tabulati telefonici: dubbi infondati intorno ad una norma (probabilmente) incostituzionale*, in *Cass. Pen.*, 2005, 1408 s.

¹⁴⁸ CAMON, *L’acquisizione dei dati di traffico delle comunicazioni*, cit., 609. Concorde PINNA, *«Garanzie» giurisdizionali nell’acquisizione di tabulati telefonici*, cit., 1408-1409.

¹⁴⁹ La Corte costituzionale, come noto, ha ricondotto l’acquisizione dei dati esteriori di traffico nell’alveo della tutela approntata all’art. 15 Cost. Si è, difatti, affermato che i concetti di «libertà» e «segretezza» di «ogni forma di comunicazione», strettamente correlati al nucleo essenziale dei valori della personalità umana (art. 2 Cost.), devono essere oggetto di un’interpretazione estensiva, tale da precludere la conoscibilità in capo a terzi non solo del contenuto delle conversazioni telefoniche, ma anche di tutte quelle informazioni (esterne) indirettamente ricavabili dalla stessa (Corte cost., 11 marzo 1993, n. 81, in www.cortecostituzionale.it). L’impostazione è condivisa dalla dottrina maggioritaria: v., per tutti, CAMON, *Le intercettazioni nel processo penale*, Milano, 1996, 28 ss.; FILIPPI, *L’intercettazione di comunicazioni*, Milano, 1997, 25 ss. *Contra*, però, CAPRIOLI, *Colloqui riservati e prova penale*, Torino, 2000, 165 ss.

¹⁵⁰ CAMON, *L’acquisizione dei dati di traffico delle comunicazioni*, cit., 610. In senso adesivo, v. ANDOLINA, *Il potere del difensore di acquisizione diretta dei dati del traffico telefonico relativi al proprio*

norma, non vi era alcuna valida ragione a sostegno di questo trattamento differenziato a carattere soggettivo. Onde rimediare a ciò, però, sarebbe stato opportuno – al fine di garantire adeguata effettività al diritto di difesa – che il legislatore non inibisse l'esercizio di siffatta facoltà a tutti i difensori, bensì, al contrario, che la estendesse senza limiti di sorta.

Profili di contrasto con un effettivo esercizio del “diritto d'inchiesta difensiva” emergono anche con riguardo alla nuova procedura acquisitiva d'urgenza prevista all'art. 132, co. 3-*bis*, cod. *priv.*, a mente del quale il pubblico ministero, quando ricorrono ragioni di urgenza e vi è fondato motivo di ritenere che dal ritardo possa derivare grave pregiudizio alle indagini, può disporre *sua sponte* l'acquisizione dei dati di traffico, salva successiva convalida del giudice.

La medesima prerogativa non è stata, invece, attribuita al patrocinante, ma ciò non sembra comunque sufficiente per profilare frizioni con il principio di parità delle armi¹⁵¹. Lo si è già detto: esso non implica necessariamente un'identità tra i poteri processuali del pubblico ministero e dell'avvocato, né, tantomeno, un'identità di mezzi e strumenti investigativi.

Nondimeno, la disciplina attuale sembra porsi in attrito, invece, con il diritto di difesa attivo: atteso che i *provider* sono soggetti all'obbligo di cancellazione dei dati decorso un certo tempo¹⁵², non può escludersi che esigenze di tempestività nella loro acquisizione possano parimenti insorgere per la difesa.

assistito, cit., 3; CAPOCCIA, *Tabulati telefonici: tanti dubbi sulla nuova normativa*, in *Cass. Pen.*, 2005, p. 289. È pacifico, anche a livello europeo, che la *par condicio* non solo attenga al rapporto tra le parti principali, ma si estenda pure alle relazioni tra esse e le parti eventuali: Corte EDU, 24 settembre 2013, *Sardón Alvirá c. Spagna*; Corte EDU, 25 marzo 2014, *Oșet c. Romania*.

¹⁵¹ MURRO, *Dubbi di legittimità costituzionale e problemi di inquadramento sistematico della nuova disciplina dei tabulati*, in *Cass. Pen.*, 2022, 2450 s. In una prospettiva più convincente, v., in effetti, PASTA, *Luci e ombre nella disciplina dei tabulati nel processo penale*, cit., 4466.

¹⁵² L'operare congiunto dell'art. 132, co. 1, codice *privacy* e dell'art. 24, L. 20 novembre 2017, n. 167 obbliga, di fatto, i servitori a stoccare i dati esteriori per un periodo di 72 mesi a decorrere dalla data di avvenuta comunicazione. Cfr., in senso critico rispetto all'attuale regolamentazione, in quanto sproporzionata per eccesso, ANDOLINA, *La raccolta dei dati relativi alla localizzazione del cellulare ed al traffico telefonico tra inerzia legislativa e supplenza giurisprudenziale*, in *Arch. pen. web*, 17 dicembre 2020, 14-16; FLOR-MARCOLINI, *Dalla data retention alle indagini ad alto contenuto tecnologico*, cit., 54, 89 ss.; LASAGNI, *Dalla riforma dei tabulati a nuovi modelli di integrazione fra diritti di difesa e tutela della privacy*, cit., 9; MALACARNE-TESSITORE, *La ricostruzione della normativa in tema di data retention e l'ennesima scossa della Corte di giustizia: ancora inadeguata la disciplina interna?*, in *Arch. pen. web*, 15 settembre 2022, 17; SIGNORATO, *Novità in tema di data retention. La riformulazione dell'art. 132 codice privacy da parte del d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, 11, 160.

Ulteriore terreno sul quale si registrano incertezze è rappresentato da un recente provvedimento adottato a livello unionale in ambito di cooperazione internazionale.

Ci si riferisce al già richiamato regolamento 2023/1543/UE relativo agli ordini europei di produzione e agli ordini europei di conservazione di prove elettroniche, il quale costituisce, come puntualmente osservato in dottrina, un vero e proprio «cambio di paradigma»¹⁵³ nella gestione della prova informatica transfrontaliera. A seguito della sua adozione, infatti, si è passati da un modello investigativo basato su una collaborazione “Stato richiedente-Stato richiesto” a una nuova idea di collaborazione “Stato-provider”¹⁵⁴. In ossequio ai principi di mutuo riconoscimento e fiducia reciproca, le autorità competenti degli Stati membri dell’UE potranno ottenere direttamente dai fornitori di servizi stabiliti in un altro Stato dell’Unione i dati da essi conservati, senza dover necessariamente passare per il tramite delle autorità giudiziarie del Paese in cui si trova il prestatore.

Ai fini della presente analisi, merita di essere accolta con favore, in termini generali, l’attribuzione anche in capo alla «persona oggetto di indagini o imputata» e all’«avvocato che agisce per conto della suddetta persona» del potere di richiedere, all’organo competente individuato dal regolamento, l’emissione di un ordine europeo di produzione o di un ordine europeo di conservazione (art. 1, par. 2).

Viene esclusa – al pari, lo si vedrà, di quanto previsto in materia di OEI¹⁵⁵ –,

¹⁵³ DANIELE, *L’acquisizione delle prove digitali dai service provider: un preoccupante cambio di paradigma nella cooperazione internazionale*, in *Rev. Bras. Direito Processual Penal*, 2019, 1283. DI PAOLO, *La circolazione transfrontaliera delle prove elettroniche*, in *www.penaldp.it*, 13 maggio 2024, si riferisce al definitivo superamento della cooperazione orizzontale fra Stati. Cfr. anche MITSILEGAS, *The Privatisation of Mutual Trust in Europe’s Area of Criminal Justice: The Case of E-Evidence*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2018, 264.

¹⁵⁴ Si mostrano favorevoli a questo nuovo approccio, GIALUZ-DELLA TORRE, *Lotta alla criminalità nel cyberspazio*, cit., 282, per i quali una qualche forma di collaborazione diretta tra le grandi *web company* e gli ordinamenti nazionali «consentirà finalmente ai *service provider* di cooperare in materia di prove elettroniche in un quadro giuridico chiaro e non frammentario». Pure secondo SIGNORATO, *Tipologie e caratteristiche delle cyber investigations in un mondo globalizzato*, in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, 2016, 3, 198, «*the cooperation with private parties is an absolute prerequisite for an effective investigation activity aimed at combating cybercrime and for gathering digital evidence for any crime. In general, such a cooperation cannot be avoided*». Mette, però, in guardia dai possibili rischi di privatizzazione della funzione inquirente, DANIELE, *L’acquisizione delle prove digitali dai service provider*, cit., 1277 ss.

¹⁵⁵ Cfr. par. 6.1.

invece, la possibilità per il patrocinante di interloquire direttamente con il gestore, onde apprendere informazioni potenzialmente rilevanti per le indagini. La logica sottesa alla normativa è chiara: al difensore (del solo prevenuto) deve attribuirsi un mero potere sollecitatorio, non anche la facoltà di svolgere, in prima persona, investigazioni difensive.

Ci si può chiedere, tuttavia, se tale assetto appaia soddisfacente e, soprattutto, conforme al principio di parità delle armi e al diritto di difesa.

Per rispondere all'interrogativo, occorre considerare che il regolamento opera una *summa divisio*, valorizzando, sul versante della legalità in concreto, il principio di proporzionalità. Nello specifico, l'art. 4 stabilisce che un ordine europeo di produzione volto a ottenere «dati relativi agli abbonati» o dati finalizzati esclusivamente a «identificare l'utente» (i quali determinano un'ingerenza nei diritti della persona classificata come «lieve»¹⁵⁶), può essere emesso da «un giudice, un organo giurisdizionale, un magistrato inquirente o un pubblico ministero». Al contrario, qualora tale provvedimento sia diretto ad acquisire «dati sul traffico, ad eccezione dei dati richiesti al solo scopo di identificare l'utente» o «dati relativi al contenuto», il suo impiego (generando un'invasione più penetrante nella *privacy*) è subordinato all'emissione da parte di «un giudice, un organo giurisdizionale o un magistrato inquirente», con esclusione, dunque, del pubblico ministero.

Alla luce di un tanto, sembrano profilarsi frizioni con il canone cristallizzato all'art. 111, co. 2. Cost., perlomeno con riguardo alla denegata possibilità per il difensore, *de lege lata*, di adottare un ordine europeo di produzione avente ad oggetto «dati relativi agli abbonati» o dati finalizzati esclusivamente a «identificare l'utente», rispetto ai quali viene, invece, consentito un potere di emissione autonomo del pubblico ministero. Non si comprende, infatti, in che modo l'apprensione diretta e *ultra fines* di siffatte informazioni ad opera del patrocinante possa incidere sul corretto esercizio della funzione perquirente, requisito necessario – come osservato – onde giustificare ragionevoli asimmetrie trattamentali tra accusa e difesa.

Parimenti, non convince, sotto il profilo della parità delle parti, la scelta del legislatore europeo di escludere la vittima e il suo avvocato dal novero dei

¹⁵⁶ Considerando n. 36.

soggetti legittimati alla richiesta di emissione degli ordini¹⁵⁷. L'opzione normativa, peraltro, si colloca – come evidente – in netta controtendenza rispetto alla valorizzazione (più o meno condivisibile) del ruolo che va via via assumendo la vittima nel contesto eurounitario¹⁵⁸ e convenzionale¹⁵⁹.

6. *Il formante extra-territoriale*. Come accennato, un'attività di indagine penale, per essere realmente efficace nell'attuale contesto storico, non può essere vincolata ai rigidi confini geografici dello Stato in cui il reato è stato presumibilmente commesso. La natura globale delle comunicazioni, dei dati e delle relazioni interpersonali impone che tanto l'accusa (art. 112 Cost.) quanto la difesa (art. 24 Cost.) possano operare con strumenti capaci di estendersi oltre i limiti giurisdizionali tradizionali¹⁶⁰.

Occorre, tuttavia, mettere in luce come il principio di territorialità – considerato *ius cogens* nel diritto internazionale, giacché manifestazione dell'eguaglianza fra Stati sovrani – contribuisca a circoscrivere e limitare non solo l'estensione della c.d. *jurisdiction to adjudicate* – e, dunque,

¹⁵⁷ Critico pure CALAVITA, *La proposta di regolamento sugli ordini di produzione e conservazione europei*, cit., 39.

¹⁵⁸ Direttiva 2012/29/UE; *EU Strategy on victims' rights (2020-2025)*; nonché la recente Proposta recante modifica della direttiva 2012/29/UE che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI, Bruxelles, 12.7.2023, COM(2023) 424 final. Il rinnovato interesse per il ruolo della vittima si accompagna ad una letteratura divenuta ormai incontrollabile. Ci si limita, dunque, a rinviare ad alcune opere monografiche e collettanee: BELLUTA, *Il processo penale ai tempi della vittima*, Torino, 2019; BONINI, *Il sistema di protezione della vittima e i suoi riflessi sulla libertà personale*, Padova, 2018; *Lo scudo e la spada. Esigenze di protezione e poteri delle vittime nel processo penale tra Europa e Italia*, a cura di Allegrezza-Belluta-Gialuz-Lupária, Torino, 2012; *Lo statuto europeo delle vittime di reato. Modelli di tutela tra diritto dell'Unione e buone pratiche nazionali*, a cura di Lupária, Padova, 2015; *Vittime di reato e sistema penale. La ricerca di nuovi equilibri*, a cura di Bargis-Belluta, Torino, 2017.

¹⁵⁹ Cfr., ad es., ANGIOLINI, *La tutela della vittima*, in *Profili di procedura penale europea*, cit., 387 ss.; LA ROCCA, *La tutela della vittima*, in *Regole europee e processo penale*, a cura Chinnici-Gaito, Milano, 2018, 163 ss.

¹⁶⁰ BARROCU, *La cooperazione investigativa in ambito europeo*, cit., 285, il quale rileva come «per i procedimenti con componenti extraterritoriali, se è fondamentale per l'autorità giudiziaria il ricorso a istituti come le rogatorie o l'ordine europeo di indagine, evidente sarà la necessità per la difesa di avere uno strumento giuridico di indagine se non equiparabile almeno specularmente a quello riconosciuto agli organi preposti alla funzione repressiva». Negli stessi termini, v. VITA, *Elementi probatori acquisiti dal privato in territorio straniero*, in *Proc. pen. giust.*, 2020, 1077, ove sottolinea come «i meccanismi di cooperazione non possono limitarsi allo scambio di informazioni tra le autorità giudiziarie degli Stati coinvolti, ma richiedono l'apertura all'attività condotta dalle parti private».

l'individuazione del foro competente - alle sole attività delittuose i cui elementi costitutivi o gli effetti si sono realizzati nel territorio dello Stato¹⁶¹, ma anche lo svolgimento di operazioni investigative (c.d. *jurisdiction to investigate*). Queste ultime, difatti, possono essere realizzate solamente entro i confini sottoposti al potere politico dello Stato al quale appartiene l'autorità perquirente, salva l'attivazione di strumenti di cooperazione giudiziaria e di polizia¹⁶², i quali integrano una «deroga al principio di territorialità della legge processuale penale»¹⁶³.

Ebbene, il vincolo rappresentato dalla sovranità ordinamentale ha costituito, come noto, uno dei principali argomenti addotti da coloro che negano, *de iure condito*, la possibilità per il difensore di realizzare indagini *ultra fines* ricorrendo ai tradizionali meccanismi di cooperazione giudiziaria. La rogatoria, infatti, può essere attivata solamente da quei soggetti appartenenti alla «struttura organizzativa statale»¹⁶⁴, ossia le «pubbliche autorità»¹⁶⁵: giudice e magistrato d'accusa (art. 723 c.p.p.). La ragione di un tanto si deve al fatto che la collaborazione internazionale interviene classicamente tra ordinamenti e, di conseguenza, i rapporti interstatali possono essere “gestiti” solo da organismi idonei a rappresentarli e ad agire in loro nome e per loro conto¹⁶⁶.

¹⁶¹ Fin dal caso *Lotus* (7 settembre 1927), la Corte permanente di giustizia internazionale ha stabilito che la giurisdizione non può essere esercitata da uno Stato al di fuori dei propri confini. Cfr., per tutti, PERKINS, *The Territorial Principle in Criminal Law*, in *Hastings Law Journal*, 1971, 1155. Come rilevato da DEAN, *Norma penale e territorio*, Milano, 1962, 17, l'ordinamento nazionale è tendenzialmente indifferente rispetto a quei comportamenti illeciti «che offendono beni di un ambiente sociale diverso da quello nel quale lo Stato esprime la pretesa del pieno controllo della vita giuridica».

¹⁶² CIAMPI, *L'assunzione di prove all'estero in materia penale*, Padova, 2003, 9: «l'assunzione di prova all'estero costituisce, infatti, in linea di principio, esercizio del potere di governo in territorio altrui, per la cui liceità sul piano internazionale è, di regola, necessario il consenso preventivo dello Stato straniero»; GAITO, *Dei rapporti giurisdizionali con autorità straniere (artt. 656-675 c.p.p.)*, Padova, 1985, 29-31; LASZLOCZKY, *La cooperazione internazionale negli atti di istruzione penale. Analisi nella prospettiva dell'ordinamento processuale penale italiano*, Padova, 1980, 182 ss.; POCAR, *L'esercizio non autorizzato del potere statale in territorio straniero*, Padova, 1974, 150 ss.; TREVES, *La giurisdizione nel diritto penale internazionale*, Padova, 1973, 281.

¹⁶³ Così, SANTORO, *Manuale di diritto processuale penale*, Torino, 1954, 768.

¹⁶⁴ VALENTINI, *L'acquisizione della prova tra limiti territoriali e cooperazione con autorità straniere*, 31.

¹⁶⁵ CIAMPI, *L'assunzione di prove all'estero in materia penale*, cit., 455.

¹⁶⁶ ALESCI, *Le garanzie difensive e il ruolo del difensore nello spazio giudiziario europeo alla luce della direttiva sull'OEI*, cit., 111; CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2012, 1260; GAITO, *Dei rapporti giurisdizionali con autorità straniere*, cit., 15; GRIFANTINI, *Ordine europeo di indagine penale e investi-*

Evidente è l'approdo del discorso: il difensore che voglia svolgere indagini difensive fuori dai confini nazionali non potrà adire direttamente l'autorità straniera, dovendo, invece, intercedere presso i predetti organi¹⁶⁷, affinché essi attivino il suddetto meccanismo di acquisizione transfrontaliera della prova.

Il modello così delineato non appare irragionevole¹⁶⁸, né censurabile sotto il profilo della parità delle armi e del diritto di difesa: il patrocinante non può mai agire in veste di vicario del potere statale¹⁶⁹ (attesa la sua qualifica di mero esercente un servizio di pubblica necessità)¹⁷⁰ e, perciò, deve ritenersi impedita l'attribuzione in capo a quest'ultimo di un qualsivoglia potere d'iniziativa.

6.1 *L'ordine europeo di indagine*. A tal proposito, giova osservare (in termini, tuttavia, critici) come la medesima logica sia stata adottata pure dal legislatore comunitario nel disciplinare l'ordine europeo di indagine penale¹⁷¹, strumento

gazioni difensive, in *Proc. pen. giust.*, 2016, 6, 4 s.; VALENTINI, *L'acquisizione della prova tra limiti territoriali e cooperazione con autorità straniere*, cit., 31.

¹⁶⁷ BELFIORE, *La prova penale «raccolta» all'estero*, Roma, 2014, 21 s.; CIAMPI, *L'assunzione di prove all'estero in materia penale*, cit., 468; MARCHETTI, *L'assistenza giudiziaria internazionale*, cit., 126; VALENTINI, *L'acquisizione della prova tra limiti territoriali e cooperazione con autorità straniere*, cit., 31.

¹⁶⁸ In questo senso, v. VALENTINI, *L'acquisizione della prova tra limiti territoriali e cooperazione con autorità straniere*, cit., 32, per la quale «le ragioni che militano per il mantenimento dello *status quo* vanno al di là del mero dogma del diritto internazionale quale campo riservato a soggetti-Stato e si identificano nella necessità di lasciare sempre aperta la chance di un controllo propriamente politico sulle relazioni fra ordinamenti sovrani».

¹⁶⁹ Concordi, ANGELONI, *L'innamissibilità di investigazioni difensive all'estero: una ricostruzione plausibile?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 1390; LORENZETTO, *Il diritto di difendersi indagando nel sistema processuale penale*, cit., 289; MARCHETTI, *L'assistenza giudiziaria internazionale*, cit., 128; VITA, *Elementi probatori acquisiti dal privato in territorio straniero*, cit., 1086.

¹⁷⁰ AMODIO, *Il dovere di verità del difensore nel processo penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 1457 ss.; FRIGO, *Auspicabile un intervento legislativo per chiarire la "natura" del penalista*, in *Guida dir.*, 2006, 41, 52 ss.; GRIFANTINI, *Tutti i nodi vengono al pettine: l'incognita del difensore-istruttore tra miti e realtà*, in *Cass. pen.*, 2004, 401; ID., *Ordine europeo di indagine penale e investigazioni difensive*, cit., 4; SPAGNOLO, *Il procedimento di emissione dell'OEI*, in *L'ordine europeo di indagine penale. Il nuovo volto della raccolta transnazionale delle prove nel d.lgs. n. 108 del 2017*, a cura di Daniele-Kostoris, Torino, 2018, 94.

¹⁷¹ SPAGNOLO, *Il procedimento di emissione dell'OEI*, cit., 89, la quale sottolinea come «la cooperazione giudiziaria, anche nell'ambito dell'Unione europea, è una prerogativa degli Stati, e solo le autorità indicate dai singoli Stati possono direttamente comunicare tra loro». Concorde, LORENZETTO, *I diritti della difesa nelle dinamiche dell'ordine europeo di indagine penale*, in *La nuova cooperazione giudiziaria penale. Dalle modifiche al Codice di Procedura Penale all'Ordine europeo di indagine*, a cura di Marchetti-Selvaggi, Milano, 2019, 368. *Contra*, però, FALATO, *La proporzione innova il tradizionale approccio al tema della prova*, cit., 37, per la quale il legislatore nazionale «non ha tradotto la disposi-

che si propone di sostituire, in ambito unionale, l'istituto della rogatoria, notoriamente inadeguato per far fronte alle esigenze di celerità che connotano – lo si è visto – le “nuove” investigazioni contemporanee¹⁷².

Più in particolare, l'art. 1, par. 3 della Direttiva 2014/41/UE stabilisce che l'emissione di siffatto provvedimento «può essere richiesta da una persona sottoposta ad indagini o da un imputato, ovvero da un avvocato che agisce per conto di questi ultimi, nel quadro dei diritti della difesa applicabili conformemente al diritto e alla procedura penale nazionale». La formulazione – non dissimile da quella impiegata nell'ambito del c.d. regolamento *e-evidence*¹⁷³ – attribuisce al difensore del solo prevenuto un potere sollecitatorio, ma non anche la prerogativa di interloquire direttamente con l'autorità straniera¹⁷⁴. Ciò significa, dunque, che la legislazione europea

zione europea ma quando ha previsto in capo alla difesa un potere di richiesta, piuttosto che un potere dispositivo rispetto all'OEI, ha disatteso la necessità che la regola interna fosse parametrata nell'ambito «dei diritti della difesa applicabili conformemente al diritto e alla procedura penale nazionale», generando, in tal modo, una norma in parte costituzionalmente illegittima».

¹⁷² Può forse dirsi che la lentezza che caratterizza siffatta procedura costituisce ormai un “fatto notorio”, come tale non bisognoso di essere provato: cfr., in ogni caso, DANIELE, *L'acquisizione delle prove digitali dai service provider*, cit., 1279-1281; GIALUZ-DELLA TORRE, *Lotta alla criminalità nel cyberspazio: la Commissione presenta due proposte per facilitare la circolazione delle prove elettroniche nei processi penali*, cit., 281.

¹⁷³ Cfr. *supra*, n. 25.

¹⁷⁴ Accolgono con favore la previsione: ALESCI, *Le garanzie difensive e il ruolo del difensore nello spazio giudiziario europeo alla luce della direttiva sull'OEI*, cit., 105; BARROCU, *La cooperazione investigativa in ambito europeo*, cit., 285; BELFIORE, *The European Investigation Order in Criminal Matters: Developments in Evidence gathering across the EU*, in *European Criminal Law Review*, 2015, 3, 321; CAIANIELLO, *La nuova direttiva UE sull'ordine europeo di indagine penale tra mutuo riconoscimento e ammissione reciproca delle prove*, in *Proc. pen. giust.*, 2015, 7; CALAVITA, *L'ordine europeo di indagine penale*, cit., 203; DARAIO, *La circolazione della prova nello spazio giudiziario europeo*, in “Spazio europeo di giustizia” e procedimento penale italiano. *Adattamenti normativi e approdi giurisprudenziali*, a cura di Kalb, Torino, 2012, 560; MANGIARACINA, *A New and Controversial Scenario in the Gathering of Evidence at the European Level: The Proposal for a Directive on the European Investigation Order*, in *Utrecht Law Review*, 2014, 10, 123; MARCHETTI, *Prospettive di riforma del Libro XI c.p.p.*, in AA.VV., *Investigazioni e prove transnazionali*, cit., 34; SPAGNOLO, *Il procedimento di emissione dell'OEI*, cit., 86. Come sottolinea, BURIĆ, *Transnational Criminal Proceedings and the Position of the Defence*, in *European Criminal Procedural Law in Service of Protection of European Union Financial Interests: State of Play and Challenges*, a cura di Đurđević-Ivičević Karas, Zagabria, 78, «the Directive regarding the European investigation order [...] is the first instrument which explicitly regulated the ability of the defence to initiate the process of cross-border evidence gathering. However, the Directive did not regulate the issue independently. Rather, it referred to national criminal procedural law by providing that the defence may request the issuing of an EIO “within the framework of applicable defence rights in conformity with national criminal procedure». Ad avviso dell'A., tuttavia, «this provision leaves

non garantisce alla difesa il diritto di richiedere l'emissione di un OEI, ma solo una facoltà, subordinata alla procedura penale nazionale vigente negli Stati membri.

Pure la normativa italiana di recepimento si è allineata a questa visione: l'art. 31 del d.lgs. 21 giugno 2017, n. 108 prevede che «il difensore della persona sottoposta alle indagini, dell'imputato, della persona per la quale è proposta l'applicazione di una misura di prevenzione possa rivolgere istanza al pubblico ministero o al giudice affinché questi emettano un ordine d'indagine»¹⁷⁵.

Nondimeno, possono essere individuate talune criticità sotto una duplice prospettiva.

Per un verso, sul lato della parità delle parti – in relazione tanto alla direttiva, quanto al d.lgs. 108/2017 – l'esclusione, dal novero dei soggetti legittimati, della vittima-persona offesa¹⁷⁶, delle altre parti private e dei rispettivi difensori¹⁷⁷. Epperò, la lacuna può essere parzialmente colmata richiamando le facoltà generali previste agli artt. 90, 121, 367 c.p.p., le quali si compendiano nel diritto di presentare richieste al giudice e al pubblico ministero; richieste che ben possono avere ad oggetto l'emissione di un OEI¹⁷⁸. Per altro verso, va osservato come, benché il destinatario dell'istanza (pubblico ministero o giudice) sia chiamato a motivare l'eventuale diniego (rispettivamente artt. 31, co. 3 e 4 del d.lgs. 108/2017), nulla sia previsto

in force the difference in the position of the defence and the prosecution in transnational evidence gatherings.

¹⁷⁵ RUGGERI, *Audi Alteram Partem in Criminal Proceedings. Towards a Participatory Understanding of Criminal Justice in Europe and Latin America*, Cham, 2017, 191. Secondo FALATO, *La proporzione innova il tradizionale approccio al tema della prova*, cit., 37, in tal modo «la norma riconosce all'imputato il diritto alla prova – e su questo fronte v'è parità – ma, condizionandone l'esercizio alla volontà (sia pure in termini di controllo) del pubblico ministero, ne pregiudica la effettività».

¹⁷⁶ Critici al riguardo: BARROCU, *La cooperazione investigativa in ambito europeo*, cit., 290; CALAVITA, *L'ordine europeo di indagine penale*, cit., 206; CIMADOMO, *Ordine europeo di indagine penale e garanzie della difesa. Brevi osservazioni a margine della direttiva 2014/41/UE*, in *L'ordine europeo di indagine. Criticità e prospettive*, cit., 224; GRIFANTINI, *Ordine europeo di indagine penale e investigazioni difensive*, cit., 6; SPAGNOLO, *Il procedimento di emissione dell'OEI*, cit., 88. Cfr., però, CAIANIELLO, *L'attuazione della direttiva sull'ordine europeo di indagine penale e le sue ricadute nel campo del diritto probatorio*, in *Cass. Pen.*, 2018, 2209.

¹⁷⁷ Muove censure in proposito, SPAGNOLO, *Il procedimento di emissione dell'OEI*, cit., 88.

¹⁷⁸ BARROCU, *La cooperazione investigativa in ambito europeo*, cit., 290; CALAVITA, *L'ordine europeo di indagine penale*, cit., 206; LORENZETTO, *I diritti della difesa nelle dinamiche dell'ordine europeo di indagine penale*, cit., 372. Tuttavia, poiché l'art. 31 d.lgs. 108/17 non trova applicazione, non vi è l'obbligo per il pubblico ministero e per il giudice di motivare il diniego.

quanto ai parametri cui dovrebbe essere ancorato il vaglio¹⁷⁹, né all'impugnabilità del provvedimento¹⁸⁰, quantomeno con riguardo a quello adottato dall'organo d'accusa¹⁸¹.

Al netto di tutto ciò, è evidente come la logica sottesa tanto al meccanismo rogatorio, quanto all'OEI tenda a riproporre, sebbene in termini parzialmente diversi, la nota teoria della canalizzazione, la quale postula la necessaria "intercessione" del pubblico ministero o del giudice per lo svolgimento delle investigazioni difensive (in suolo straniero)¹⁸².

6.2 *EPPO ed "eurodifensore 2.0"*. Neppure l'istituzione della procura europea pare aver introdotto novità di sorta quanto al tema che qui si analizza. Ai sensi dell'art. 41, par. 3 del regolamento 2017/1939/UE, sono attribuiti all'indagato, all'imputato e alle altre persone coinvolte nel procedimento dell'EPPO «tutti i diritti procedurali previsti dal diritto nazionale applicabile, compresa la possibilità di presentare prove, di chiedere la nomina o l'audizione di periti e l'escussione di testimoni, nonché di chiedere che l'EPPO ottenga tali misure per conto della difesa». Come emerge dalla lettura della disposizione, non vi è alcun cenno alla facoltà per il difensore di realizzare, in questo contesto, indagini difensive *ultra fines*¹⁸³. Ed è interessante notare come, pure in tale frangente, emerga la più volte richiamata

¹⁷⁹ BARROCU, *La cooperazione investigativa in ambito europeo*, cit., 286-288; CALAVITA, *L'ordine europeo di indagine penale*, cit., 205; SPAGNOLO, *Il procedimento di emissione dell'OEI*, cit., 91.

¹⁸⁰ SPAGNOLO, *Il procedimento di emissione dell'OEI*, cit., 89.

¹⁸¹ Ancora, SPAGNOLO, *Il procedimento di emissione dell'OEI*, cit., 90, la quale segnala come, poiché il provvedimento è costituito da un'ordinanza, la parte potrà presentare impugnazione insieme alla sentenza a norma dell'art. 586 c.p.p.

¹⁸² La prima manifestazione della teoria si deve, come risaputo, a Cass., Sez. fer., 18 agosto 1992, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, 1169 ss., con nota di SCILLA, *Questioni controverse in tema di informazioni testimoniali raccolte dalla difesa*, ove la Corte affermò che durante le indagini preliminari, il pubblico ministero non è parte bensì «organo preposto, nell'interesse generale, alla raccolta e al vaglio dei dati positivi e negativi afferenti fatti di possibile rilevanza penale», sicché tutti gli elementi probatori *ivi* raccolti, compresi quelli acquisiti dal difensore, devono essere su di lui canalizzati.

¹⁸³ Lo rilevano, tra gli altri, anche BARROCU, *La procura europea*, cit., 149; COSTA RAMOS, *The EPPO and the Equality of Arms Between the Prosecutor and the Defence*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2023, 54; PALMIERI, *La procura europea*, cit., 164; PRESSACCO, *Indagini e promovimento dell'azione penale del pubblico ministero europeo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2021, 1374; TAVASSI, *Il primo anno di EPPO: appunti per una revisione critica*, in *www.sistemiapenale.it*, 31 maggio 2022, 52, 59.

“sistematica della canalizzazione”, emblematicamente rappresentata, in una prospettiva testuale, dal “diritto” del prevenuto (e degli altri soggetti interessati) di rivolgere istanza al procuratore europeo affinché realizzi determinate attività procedurali «per conto della difesa».

Questa scelta minimalista, a ben considerare, si pone in perfetta linea di continuità con l’assetto normativo (del tutto censurabile) delineato dal regolamento istitutivo della procura europea concernente i diritti della difesa. Il legislatore – compiendo una scelta in netta controtendenza rispetto agli interventi *post* Lisbona, improntati alla creazione di uno “spazio di garanzie difensive europee”¹⁸⁴ – si è perlopiù disinteressato di questo argomento, rinviando alla normativa sovranazionale già esistente (art. 41, par. 2) e alle tutele riconosciute dai singoli sistemi nazionali (art. 41, par. 3)¹⁸⁵. Si è, insomma, persa l’occasione per addivenire a una più completa «armonizzazione di ulteriori diritti processuali per gli accusati»¹⁸⁶.

Il quadro normativo, così per come finora delineato, desta, però, qualche riserva.

A fronte di un “super-organo europeo” in grado di realizzare indagini nel territorio di più Stati membri, l’assenza di una disciplina che regoli modi e limiti dell’“inchiesta parallela” rischia di produrre effetti pregiudizievoli per i

¹⁸⁴ Si allude alle sei “direttive di Stoccolma”, per un’analisi complessiva della quali, v., per tutti, DELLA TORRE, *Le direttive UE sui diritti fondamentali degli accusati: pregi e difetti del primo “embrione” di un sistema europeo di garanzie difensive*, in *Cass. Pen.*, 2018, 1396 ss.

¹⁸⁵ Critici al riguardo, BARROCU, *La procura europea*, cit., 148 ss.; CANESTRINI, *Le garanzie per i diritti della difesa nei procedimenti di competenza del pubblico ministero*, in AA.VV., *L’attuazione della procura europea. I nuovi assetti dello spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia*, Trento, 2022, 156, per il quale «se è innegabile l’enorme sforzo compiuto dal legislatore europeo di definire la struttura e il funzionamento dell’EPPO come un unico ufficio sovranazionale di pubblica accusa, non pare però di vedere lo stesso sforzo nel creare anche delle garanzie defensionali addizionali rispetto a quelle nazionali»; ILLUMINATI, *Protection of Fundamental Rights of the Suspect or Accused in Transnational Proceedings Under the EPPO*, in *The European Public Prosecutor’s Office. The Challenges Ahead*, a cura di Bachmaier Winter, Cham, 2018, 179 ss.; MARAFIOTI, *Cooperazione multidisciplinare e protezione degli interessi UE*, in *Arch. n. proc. pen.*, 2019, 545; PALMIERI, *La procura europea*, cit., 160, secondo cui la scelta di deferire la tutela dei diritti dell’accusato a fonte esterne al regolamento rappresenta «un escamotage utilizzato dal legislatore sovranazionale per accreditare nei sistemi tendenzialmente accusatori uno schema procedimentale disposto a sacrificare le garanzie difensive pur di contrastare i reati che ledono gli interessi finanziari dell’Unione»; SIRACUSANO, *Procedure di cooperazione giudiziaria e garanzie difensive: lungo la strada, a piccoli passi*, in *Arch. pen. web*, 20 dicembre 2016, 11 s.; TAVASSI, *Il primo anno di EPPO*, cit., 59.

¹⁸⁶ DELLA TORRE, *Le direttive UE sui diritti fondamentali degli accusati*, cit., 1424.

diritti della difesa, perlomeno sotto una duplice prospettiva¹⁸⁷.

Per un verso, accresce il divario tra le parti, in termini di parità delle armi.

A nulla varrebbe, onde superare tale *deficit*, il richiamo all'art. 5, co. 4 del regolamento, ove si prevede che l'EPPO debba svolgere «le indagini in maniera imparziale e raccoglie[re] tutte le prove pertinenti, sia a carico che a discarico». È ben vero – come osservato in dottrina – che una delle possibili *rationes* della disposizione (la cui struttura è assimilabile a quella prevista all'art. 358 c.p.p.)¹⁸⁸ può essere quella di riequilibrare l'asimmetria tra accusa e difesa, attesa l'oggettiva difficoltà – pure in ragione dell'impossibilità per il patrocinante di esercitare poteri di imperio – che quest'ultima incontra nell'attività di reperimento della prova nei procedimenti transnazionali¹⁸⁹. La previsione, tuttavia, non è capace di garantire pienezza al “diritto di difendersi investigando”, riproducendo ancora una volta, all'opposto, la logica della “subordinazione”.

Per altro verso, crea ingiustificate diseguglianze tra indagati a seconda dello Stato di appartenenza.

È noto, infatti, che i patrocinanti, in numerosi ordinamenti europei, sono legittimati – specie a seguito dell'approvazione della direttiva 2013/48/UE e delle regolamentazioni di recepimento – a partecipare a talune attività investigative promosse dall'accusa (e, al più, a chiedere alle autorità statali di adottare determinate misure), ma non anche allo svolgimento di indagini

¹⁸⁷ Sullo squilibrio tra accusa e difesa nell'ambito delle indagini di EPPO, v. BACHMAIER WINTER, *Cross-Border Investigations Under the EPPO Proceedings and the Quest for Balance*, in *The European Public Prosecutor's Office*, cit., 132–135. Di un «pregiudizio ontologico della difesa transnazionale» nel contesto della procura europea ha parlato BARROCU, *La procura europea*, cit., 151. Cfr., già, AMODIO, *Diritto di difesa e diritto alla prova nello spazio giudiziario europeo*, in *Il difensore e il pubblico ministero europeo*, a cura di Lanzi-Ruggieri-Camaldo, Padova, 2002, 103, per il quale «la nascita di un pubblico ministero europeo [...] finisce per delineare la figura di una sorta di superprocura e quindi pone nel processo l'apparato difensivo in una posizione bisognosa di una maggiore tutela, di un rafforzamento dei poteri, perché diventa più forte l'interlocutore con cui il difensore deve confrontarsi».

¹⁸⁸ GIALUZ, *L'attività di indagine della Procura europea tra ambiguità normative e tutela dei diritti fondamentali*, in *Pol. dir.*, 2022, 1, 8.

¹⁸⁹ In questi termini, v. PRESSACCO, *Profili ordinamentali del pubblico ministero europeo*, in *Cass. Pen.*, 2018, 4409. V. pure ALLEGREZZA, *Le misure coercitive nelle «Model Rules for the European Public Prosecutor's Office»*, in *Processo penale, lingua e Unione europea*, a cura di Ruggieri-Rafaraci-Di Paolo-Marcolini-Belfiore, Padova, 2013, 157 s.

proattive *motu proprio*¹⁹⁰. Attesa siffatta eterogeneità a livello normativo, ben si intuisce come l'effettività del diritto di difesa e il principio di parità delle armi rischino di essere compromessi ogniqualvolta le prove siano allocate nel territorio di uno Stato in cui non sono ammesse forme di "inchiesta parallela"¹⁹¹. Senza considerare, in aggiunta, come, *de iure condito*, l'esperibilità, in concreto, di indagini difensive dipenda dalla scelta del foro competente, la cui corretta individuazione nel contesto della procura europea dà luogo a non poche incertezze¹⁹². Il timore, dunque, è quello di lasciare alle autorità inquirenti un potere discrezionale nello scegliere se "concedere" o meno all'indagato la facoltà di essere assistito da un "difensore proattivo".

Ad onor del vero, va rilevato, in termini più generali, come nessuna fonte a livello sovraordinato e unionale enunci a chiare lettere l'esistenza di un "diritto di difendersi investigando"¹⁹³.

Sul versante convenzionale, l'art. 6 C.E.D.U. non contiene alcuna

¹⁹⁰ Come sottolinea MANGIARACINA, *A New and Controversial Scenario in the Gathering of Evidence at the European Level*, cit., 123, n. 74, «this is an area where there are no common rules among the Member States». Per approfondimenti circa l'istituto delle indagini della difesa negli ordinamenti europei, cfr. i numerosi contributi pubblicati in *Effective Criminal Defence in Eastern Europe*, a cura di Cape-Namoradoze, e-book, 2012; *Effective Criminal Defence in Europe*, a cura di Cape-Namoradoze-Smith-Spronken, Antwerp, 2010; *La circolazione investigativa nello spazio giuridico europeo: strumenti, soggetti, risultati*, a cura di Filippi-Gualtieri-Moscarini-Scalfati, Padova, 2010; *Personal Participation in Criminal Proceedings. A Comparative Study of Participatory Safeguards and in absentia Trials in Europe*, a cura di Quattrocchio-Ruggeri, 2019, 319; *Suspects in Europe: Procedural Rights at the Investigative Stage of the Criminal Process in the European Union*, a cura di Cape-Hodgson-Prakken-Spronken, Antwerp, 2007. Cfr. pure BURIĆ, *Transnational Criminal Proceedings and the Position of the Defence*, cit., 75; CULTRERA, *La normativa sulle investigazioni difensive in altri paesi dell'unione europea*, in *Mandato d'arresto europeo e investigazioni difensive all'estero*, a cura di Camaldo, Milano, 2018, 127 ss.; WAHL, *Fair Trial and Defence Rights*, in *General Principles for a Common Criminal Law Framework in the EU. A guide for legal practitioners*, a cura di Lucifora-Sicurella-Mitsilegas-Parizot, Milano, 2017, p. 139 s.; TRECHSEL, *Human Rights in Criminal Proceedings*, cit., 228.

¹⁹¹ COSTA RAMOS, *The EPPO and the Equality of Arms Between the Prosecutor and the Defence*, cit., 54; PALMIERI, *La procura europea*, cit., 164; WAHL, *The European Public Prosecutor's Office and the Fragmentation of Defence Rights*, in *The European Public Prosecutor's Office at Lunch*, a cura di Ligeti-Antunes-Giuffrida, Milano 2020, 98 s.; VAN WIJK, *Cross-Border Evidence Gathering - Equality of Arms within the EU?*, L'Aia, 2017, 262 s.

¹⁹² Cfr., per tutti, PANZAVOLTA, *Choosing the National Forum in Proceedings Conducted by the EPPO: Who is to Decide?*, in *The European Public Prosecutor's Office*, cit., 59 ss.

¹⁹³ LORENZETTO, *Il diritto di difendersi indagando nel sistema processuale penale*, cit., 15; TRAPPELLA, *L'accesso difensivo ai luoghi privati e il diritto del terzo al controllo sui dati personali: un contrasto irrisolto*, cit., 16, il quale sottolinea la mancanza «nel diritto unionista un provvedimento a governo dell'inchiesta privata».

disposizione esplicita in tal senso, limitandosi a riconoscere il diritto di ogni accusato di «disporre del tempo e delle facilitazioni necessarie a preparare la sua difesa» (co. 3, lett. b)¹⁹⁴. Negli stessi termini – benché impiegando il lemma «mezzi» – si esprime pure l’art. 14, par. 3, lett. b del Patto intern. dir. pol. e civili.

Nondimeno, tali disposizioni – al pari dell’art. 111, co. 3 Cost.¹⁹⁵ – sono state interpretate, dalla dottrina italiana e straniera, in modo da ricomprendervi anche forme di difesa proattiva: il diritto di disporre delle facilitazioni/mezzi necessari per preparare la difesa – si afferma comunemente – presuppone il diritto di ricercare elementi di prova a discarico¹⁹⁶.

Da par suo, lo studio della giurisprudenza sviluppatasi in seno alla Corte di Strasburgo, tuttavia, non sembrerebbe legittimare *prima facie* l’enucleazione di un generale “*defence’s right to investigate the case*”.

Va rilevato, infatti, come l’art. 6 C.E.D.U. venga perlopiù interpretato nel senso che le facoltà di cui dovrebbe godere ogni persona accusata di un reato comprendono la possibilità di prendere conoscenza, ai fini della preparazione della propria difesa, dei risultati delle indagini svolte nel corso del procedimento¹⁹⁷, implicitamente alludendosi a quelle realizzate dalla parte pubblica.

Epperò, occorre parimenti osservare come, ad avviso dei giudici del Kierkegaard, l’imputato debba poter organizzare la propria strategia difensiva in maniera appropriata e senza limitazioni per quanto riguarda la possibilità di avvalersi di qualsiasi mezzo e di influenzare, di conseguenza, l’esito della procedura¹⁹⁸. In questa direzione, l’equità complessiva del processo è stata

¹⁹⁴ BURIĆ, *Transnational Criminal Proceedings and the Position of the Defence*, cit., 75; DI MAIO, *Le indagini difensive*, cit., 8.

¹⁹⁵ MAIO, *Le indagini difensive*, cit., 18; TRIGGIANI, *Le investigazioni difensive*, cit., 66; VENTURA, *Le indagini difensive*, cit., 20. Esprime, tuttavia, perplessità circa la possibilità di individuare un solido ancoraggio delle indagini difensive nel disposto dell’art. 111 Cost., LORENZETTO, *Il diritto di difendersi indagando nel sistema processuale penale*, cit., 34.

¹⁹⁶ Così, ad es., BUZZELLI, voce *Giusto processo*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 2004, 353; CONTI, voce *Giusto processo* (dir. proc. pen.), in *Enc. dir.*, Milano, 2001, 632; COSTA RAMOS-LUCHTMAN-MUNTEANU, *Improving Defence Rights. Including Available Remedies in and (or as a Consequence of) Cross-Border Criminal Proceedings*, in *Eucrim*, 2020, 3, 236; UBERTIS, *Principi di procedura penale europea*, cit., 72.

¹⁹⁷ Corte EDU, 12 maggio 2005, *Ocalan c. Turchia*, par. 140.

¹⁹⁸ Corte EDU, 10 ottobre 2012, *Gregačević c. Croazia*, par. 51.

subordinata, in casi isolati, al riconoscimento di alcuni «*fundamental aspects of that person's defence*», tra i quali è stato espressamente annoverato il diritto – da esercitare «*without restriction*» –, di «*collection of evidence favourable to the accused*»¹⁹⁹.

Con riguardo alla “piccola Europa”, invece, la direttiva 2013/48/UE, sebbene contempli una serie di prerogative specifiche (tra le quali il diritto dell’avvocato di presenziare a determinati atti di indagine, che si inserisce nel novero dei così definiti poteri reattivi – art. 3, par. 3)²⁰⁰, tace in merito al dovere degli Stati membri di codificare forme di “inchiesta parallela”.

Le ragioni a sostegno di questa scelta sono agevolmente intuibili, e si giustificano tenendo conto del fatto che il legislatore comunitario è chiamato a individuare un punto di equilibrio tra le differenti tradizioni giuridiche che contraddistinguono i Paesi membri: accusatoria, inquisitoria e mista.

È opinione diffusa in letteratura, in effetti, che nel primo modello – imperniato sul principio del contraddittorio nella formazione della prova in sede dibattimentale – l'imputato rivesta un ruolo “attivo” nell’arco dell’intero *iter* procedimentale, ben potendo, dunque, ricercare prove a discarico; sebbene poi tale prerogativa risulti, a livello prasseologico, spesso compromessa da limiti connessi alla scarsità delle risorse, pure economiche²⁰¹.

¹⁹⁹ Corte EDU, 13 ottobre 2009, *Dayanan c. Turchia*, par. 32. Nello stesso senso, v. Corte EDU, 9 novembre 2018, *Beuze c. Belgio*, par. 136: «*the Court has indicated that account must be taken, on a case-by-case basis, in assessing the overall fairness of proceedings, of the whole range of services specifically associated with legal assistance: discussion of the case, organisation of the defence, collection of exculpatory evidence, preparation for questioning, support for an accused in distress, and verification of the conditions of detention*».

²⁰⁰ AMALFITANO, *La terza tappa della tabella di marcia per il rafforzamento dei diritti processuali di indagati o imputati in procedimenti penali: la direttiva 2013/48/UE sul diritto di accesso al difensore*, in *Leg. pen.*, 2014, 21 ss.; GIALUZ, *Intervento*, in AA.VV., *Verso il pubblico ministero europeo. Indipendenza dell'accusa, obbligatorietà dell'azione penale e tutela del contraddittorio. Atti del Convegno di studio 6 e 7 dicembre 2013*, Pisa, 2015, 81 ss.

²⁰¹ Nei numerosi manuali dedicati alle attività della difesa nei paesi di *common law*, ad esempio, si invita quest'ultima a indagare attivamente attraverso l'analisi della scena del crimine e l'escussione di persone informate sui fatti: EDE-EDWARDS, *Criminal Defence – Good Practice in the Criminal Courts*, Londra, 2008, 1; EDE-SHEPHERD, *Active Defence: Lawyer's Guide to Police and Defence Investigation and Prosecution and Defence Disclosure in Criminal Cases*, Londra, 2000, 213 ss. Sulla scarsa efficacia, in concreto, di simili operazioni, v., però, FIELD-WEST, *Dialogue and the Inquisitorial Tradition: French Defence Lawyers in the PreTrial Criminal Law Process*, in *Criminal Law Forum*, 2003, 14, 261 s.; SPENCER, *Evidence*, in *European Criminal Procedure*, a cura di Delmas-Marty-Spencer, Cambridge, 2002, 626.

Al contrario, nel secondo modello, il prevenuto è considerato “oggetto” dell’azione investigativa condotta dallo Stato, sicché detta *potestas* è riservata agli organi inquirenti, riconoscendosi (talvolta) alla difesa un mero ruolo reattivo a fronte di attività espletate d’iniziativa dall’accusa²⁰².

In realtà, mette conto osservare come la miglior dottrina, sotto la vigenza del codice di procedura penale italiano del '30, avesse ben messo in luce la piena compatibilità dell’istituto in esame con un sistema a “trazione inquisitoria”: «per poter indicare al giudice istruttore o portare a dibattimento elementi di prova utili per l’imputato» – si diceva – «è evidentemente necessario ricercarli»²⁰³. Non pare, perciò, che, a livello teorico, vi sia piena e assoluta incompatibilità tra un modello inquisitorio e l’istituto dell’“inchiesta parallela”. Ad ogni modo, il legislatore eurounitario sembra aver accolto, quantomeno fino ad oggi, una nozione minimale di parità delle armi ed effettività del diritto di difesa, compendiate nella possibilità per il patrocinante «*to adopt a constrained active approach to presenting a case by requesting the competent authorities to obtain and/or submit specific evidence*»²⁰⁴, escludendo, invece, qualsivoglia riferimento ad attività di “indagine parallele”.

Si tratta di una soluzione in linea con la generalizzata sensazione di sfiducia verso l’investigazione di parte privata che emerge dall’analisi comparata: come

²⁰² BURIĆ, *Transnational Criminal Proceedings and the Position of the Defence*, cit., 75; CAPE-NAMORADZE, *Standards for Effective Criminal Defence*, in *Effective criminal defence in Eastern Europe*, cit., 75; ID., *Compliance with European Standards*, ivi, 436; CAPE-NAMORADZE-SMITH-SPRONKEN, *The European Convention on Human Rights and the Right to Effective Defence*, in *Effective Criminal Defence in Europe*, a cura di Id., 2010, Portland, 44 s.; HODGSON, *The Role of the Criminal Defense Lawyer in an Inquisitorial Procedure: Legal and Ethical Constraints*, in *Legal Ethics*, 2006, 125 ss.; TRAPPELLA, *L’accesso difensivo ai luoghi privati e il diritto del terzo al controllo sui dati personali: un contrasto irrisolto*, cit., 16; TRIGGIANI, *Le investigazioni difensive*, cit., 7-15.

²⁰³ MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale italiano*, cit., 553, ove richiama il pensiero di MITTERMAIER, *Guida all’arte della difesa criminale*, Milano, 1858, par. 64. In senso adesivo, v. FOSCHINI, *Sistema di diritto processuale penale*, vol. I, Milano, 1965, 302: «risulta chiaro non solo che non è in contrasto, ma che anzi deve ritenersi doveroso da parte del difensore l’esplicazione di un’attività istruttoria per proprio conto»; FRIGO, *I poteri investigativi del difensore*, in *Arch. pen.*, 1996, 170; MALINVERNI, *Principi del processo penale*, Torino, 1972, 102 s.; e, più di recente, FRIGO, *Le nuove indagini difensive dal punto di vista del difensore*, in AA.VV., *Le indagini difensive. Legge 7 dicembre 2000, n. 397*, Milano, 2001, 61; TRIGGIANI, *Le investigazioni difensive*, cit., 9.

²⁰⁴ VAN WIJK, *Cross-Border Evidence Gathering - Equality of Arms Within the EU?*, cit., 268, i quali sottolineano che, se l’UE adottasse un concetto più esteso di parità delle armi, comprensivo pure della facoltà di ricerca della prova in capo alla difesa, sarebbero necessarie modifiche significative ai sistemi di giustizia penale di numerosi Stati membri.

detto, la stragrande maggioranza degli ordinamenti non ha codificato una disciplina *ad hoc*, guarda perlopiù con sospetto il suo svolgimento e talvolta giunge financo a considerarla alla stregua di un'ingerenza illegittima nelle indagini condotte dall'accusa²⁰⁵.

Eppure, il quadro, così per come delineato, non sembra pienamente soddisfacente, specie (ma non solo) nel contesto della cooperazione internazionale.

Si tenti la spiegazione.

Ragionando in termini di diritto unionale, nulla vieta che il "governatore comunitario" introduca un quadro giuridico differente e più garantista rispetto a quello previsto nei singoli Stati membri, laddove vi siano ragionevoli giustificazioni. Siffatta esigenza sembra porsi, in maniera particolarmente pressante, proprio nei procedimenti penali transfrontalieri e in quelli di competenza della procura europea, ove, come detto, la difesa si trova in una posizione di marcato svantaggio rispetto all'accusa. Specialmente in quest'ultimo caso, occorrerebbe, onde rafforzare il ruolo dell'avvocato quale naturale antagonista²⁰⁶ del titolare del "potere inquirente europeo"²⁰⁷, attribuirgli facoltà altrettanto incisive; facoltà che, ad oggi, non sono, in quel contesto, adeguatamente garantite dalla direttiva 2013/48/UE²⁰⁸.

È in questa auspicata direzione, del resto, che si muovevano – benché in una prospettiva di carattere più generale – gli ambiziosi progetti (risalenti nel tempo, ma oggi giorno quantomai connotati da viva attualità) diretti a istituire un "Eurodefensor"²⁰⁹ o un "EU defensor"²¹⁰, ossia un organismo indipendente,

²⁰⁵ WAHL, *Fair Trial and Defence Rights*, cit., 140.

²⁰⁶ CULTRERA, *La normativa sulle investigazioni difensive in altri paesi dell'unione europea*, in *Mandato d'arresto europeo e investigazioni difensive all'estero*, cit., 128.

²⁰⁷ Di un «accusatore continentale» ha parlato PANZAVOLTA, *Lo statuto del pubblico ministero europeo (ovvero, ologramma di un accusatore continentale)*, in *Profili del processo penale nella Costituzione Europea*, a cura di Panzavolta-Coppetta, Torino, 2005, 179 ss.

²⁰⁸ Come segnala BACHMAIER WINTER, *Cross-Border Investigations Under the EPPO Proceedings and the Quest for Balance*, cit., 135, fino a quando i diritti degli indagati e degli imputati non saranno adeguatamente tutelati a livello comunitario, l'istituzione della Procura europea sarà ancora vista con una certa diffidenza.

²⁰⁹ Il riferimento è a SCHÜNEMANN, *Grundzüge eines Alternativ-Entwurfs zur europäischen Strafverfolgung*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 2004, 388 ss. e, in lingua italiana, ID., *Un progetto alternativo di giustizia penale europea*, Milano, 2007. In argomento, v., tra i molti, ALESCI, *Le garanzie difensive e il ruolo del difensore nello spazio giudiziario europeo alla luce della direttiva sull'OEI*, cit., 113-116; CAGNOLA, *Le investigazioni della difesa nella prospettiva della istituzione del*

il cui compito avrebbe dovuto essere quello di rafforzare i poteri della difesa nei procedimenti penali transfrontalieri aventi ad oggetto l'accertamento di gravi ipotesi delittuose. In termini più specifici, detti "prototipi" si proponevano di perseguire quale scopo principale quello di supportare il patrocinante nazionale, specie nel corso della fase investigativa.

L'idea posta a fondamento dei prospettati modelli merita di essere condivisa e attualizzata.

Nella contingenza storica presente, essi, difatti, devono rappresentare solo il punto di partenza di un percorso ben più strutturato che dovrebbe portare al rafforzamento delle facoltà investigative proattive in capo all'avvocato. In questa direzione, l'"eurodifensore 2.0" potrebbe, alternativamente o congiuntamente, coadiuvare l'attività di ricerca della prova realizzata *motu proprio* dal patrocinante nazionale, ovvero svolgere lui stesso attività *stricto sensu* perquirenti. In entrambi i casi, l'intervento potrebbe essere garantito – attraverso l'istituzione di una sede centrale e di più sedi periferiche – sia nel corso di procedimenti transnazionali, che nazionali, tutte le volte in cui l'elemento probatorio che si intende acquisire sia ubicato *extra moenia*.

Collocandosi in questa prospettiva, è evidente come l'istituto del quale si ipotizza l'introduzione ne uscirebbe notevolmente rafforzato laddove si attribuisse, nel contesto della legislazione nazionale, il diritto in capo al difensore di svolgere autonomamente investigazioni *ultra fines*.

A quest'ultimo riguardo, tuttavia, sono note le posizioni di assoluto rigore

pubblico ministero europeo, in *L'istituzione del Procuratore europeo e la tutela penale degli interessi finanziari dell'Unione europea*, a cura di Camaldo, Torino, 2014, 167 ss.; GUALAZZI, *Lineamenti europei del diritto di difesa*, in *La circolazione investigativa nello spazio giuridico europeo: strumenti, soggetti, risultati*, a cura di Filippi-Gualtieri-Moscarini-Scalfati, Padova, 2010, 208 ss.; KALIFA-GBANDI, *Harmonisation of Criminal Procedure on the Basis of Common Principles. The EU's Challenge for Rule-of-Law Transnational Crime Control*, in *The Future of Police and Judicial Cooperation in the European Union*, a cura di Fijnaut-Ouwerkerk, 2010, p. 397 ss.

²¹⁰ Si tratta della proposta elaborata da un gruppo di lavoro guidato dal tedesco Wolfgang, il cui obiettivo era quello di creare una "rete europea dei difensori" capace di assistere i cittadini in ogni Stato dell'Unione: VOGEL, *Licht und Schatten im Alternativ-Entwurf Europa'sche Strafverfolgung*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 2004, 415 ss. Cfr. pure le *Risposte al Libro Verde sulla ricerca delle prove in materia penale tra Stati Membri e sulla garanzia della loro ammissibilità*, Bruxelles, 11.11.2009, COM (2009) 624, fornite dal Centro Studi di Diritto Penale Europeo dell'Università degli Studi dell'Insubria, Facoltà di Giurisprudenza, coordinato dalla Prof.ssa Francesca Ruggieri.

assunte dalla Corte di legittimità italiana²¹¹, il cui percorso argomentativo addotto per negare tale prerogativa può essere sintetizzato nei seguenti termini: atteso che, ai fini dell'utilizzabilità di atti compiuti all'estero, tutte le parti processuali devono ricorrere ai meccanismi di cooperazione internazionale; e preso atto che al difensore non è attribuito un potere d'impulso in tal senso; ne consegue – sulla scorta dei principi generali del codice di procedura penale – l'impossibilità per quest'ultimo di svolgere dette operazioni, potendo egli, al più, sollecitare l'intervento dell'autorità giudiziaria (giudice o pubblico ministero).

Le conclusioni appena esposte – come osservato, a più riprese, dalla dottrina maggioritaria²¹² – non appaiono affatto convincenti.

²¹¹ Cass., Sez. I, 19 giugno 2007, n. 23967, in *Giur. it.*, 2008, 986. Cfr. ALBANO, *Sui limiti territoriali delle indagini difensive: note a margine di una discutibile pronuncia*, in *Cass. Pen.*, 2008, 4708 ss.; ANGELONI, *L'inammissibilità di investigazioni difensive all'estero*, cit., 1390; BIONDI, *La giurisprudenza in tema di investigazioni difensive, con particolare riferimento all'attività di assunzione di informazioni*, in *Giur. mer.*, 2008, 7 ss.; BORDIERI, *Brevi note sull'inutilizzabilità di atti di investigazione svolti all'estero dal difensore dell'imputato senza passare attraverso una rogatoria internazionale*, in *Cass. Pen.*, 2000, 9, 2035 ss.; CURTOTTI-NAPPI, *I nuovi orizzonti investigativi del difensore*, cit., 986 ss.; FABBRI, *I limiti territoriali nello svolgimento delle indagini difensive*, in *La circolazione investigativa nello spazio giuridico europeo: strumenti, soggetti, risultati*, cit., 250 ss.; MANGIARACINA, *Ancora zone d'ombra in tema di ammissibilità della revisione e indagini difensive svolte all'estero*, in *Giur. it.*, 2009, 1248 ss.; Pisani, *Sulle investigazioni difensive svolte all'estero*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 1458 ss.; TROGLIA, *Le investigazioni difensive all'estero*, in *Mandato d'arresto europeo e investigazioni difensive all'estero*, cit., 111 ss. Merita, però, di essere segnalato l'orientamento pretorio stando al quale deve ritenersi legittima (e le risultanze utilizzabili) l'attività investigativa realizzata in suolo straniero consistente nell'apprensione di documentazione amministrativa rilasciata da autorità estera: cfr. Cass., Sez. II, 31 gennaio 2020, in *Proc. pen. giust.*, 2020, 1073, con nota di VITA, *Elementi probatori acquisiti dal privato in territorio straniero*, cit.; Cass., Sez. IV, 8 gennaio 2019, n. 13110, in *OneLegale*: «In tema di indagini difensive, è legittima ed utilizzabile l'attività svolta da un investigatore privato, prima della iscrizione della notizia di reato, al di fuori dell'ambito applicativo dell'art. 391-*nonies* c.p.p., atteso che l'attivazione dello statuto codicistico previsto per l'attività investigativa preventiva è rimessa alla volontà del soggetto, avendo natura del tutto facoltativa»; Cass., Sez. II, 10 ottobre 2014, n. 2471, *in v.* «È legittima l'acquisizione al fascicolo del dibattimento di atti di provenienza estera di natura amministrativa, compiuti al di fuori di qualsiasi indagine penale e come tali non sottoposti al regime delle rogatorie internazionali»; Cass. Sez. III, 27 maggio 2009, n. 24653, *in v.* «La sanzione d'inutilizzabilità degli atti assunti per rogatoria non si applica ai documenti autonomamente acquisiti dalla parte all'estero direttamente dalle amministrazioni competenti».

²¹² CURTOTTI-NAPPI, *I nuovi orizzonti investigativi del difensore*, cit., 986 ss.; LORENZETTO, *Il diritto di difendersi indagando nel sistema processuale penale*, cit., 288; MANGIARACINA, *Ancora zone d'ombra in tema di ammissibilità della revisione e indagini difensive svolte all'estero*, cit., 1248; TROGLIA, *Le investigazioni difensive all'estero*, cit., 118.

Pur in assenza di riferimenti espliciti in tal senso nel tessuto codicistico²¹³, il canone di parità delle armi e la garanzia di effettività della difesa tecnica impongono di riconoscere al patrocinante la possibilità di compiere *ultra fines* tutti quegli atti di indagine che la legge italiana gli consente di svolgere sul suolo nazionale, con le stesse modalità e formalità indicate agli artt. 391-*bis* ss. c.p.p.²¹⁴

L'assunto, peraltro, non muta considerando la riconoscibilità, in capo al patrocinante, della qualità di pubblico ufficiale²¹⁵ ovvero esercente un servizio di pubblica necessità²¹⁶ allorché si trovi a certificare le risultanze dell'attività investigativa. Egli – come si è già osservato *supra* – non agisce in veste di rappresentante dello Stato di appartenenza, sicché l'ingresso (materiale o virtuale) sul territorio straniero non può essere considerato atto d'imperio e, pertanto, in violazione delle regole stabilite dal diritto internazionale²¹⁷.

Perdipiù, segnali circa la possibilità per la difesa di acquisire autonomamente materiale probatorio collocato al di fuori dei confini italiani si rinvennero pure in alcune disposizioni codicistiche, come quella contenuta all'art. 234-*bis* c.p.p.

L'innesto normativo – passato quasi sotto silenzio – consente di acquisire

²¹³ Il principio *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit* – per cui tutto ciò che non è espressamente vietato deve ritenersi consentito – non può trovare applicazione in questa sede, giacché il ricorso a tale canone interpretativo avrebbe quale conseguenza quella di limitare l'esercizio del diritto di difesa, qualificato in termini di inviolabilità dall'art. 24 co. 1 Cost. Come rileva, dunque, CAIANIELLO, *L'attuazione della direttiva sull'ordine europeo di indagine penale e le sue ricadute nel campo del diritto probatorio*, cit., 2210, «non si vede per quale ragione la possibilità di un contatto diretto tra il difensore e la fonte debba rimanere preclusa, solo perché questa avviene all'estero: l'essenziale è che le condizioni poste dal codice siano rispettate».

²¹⁴ Invero, il divieto in capo all'avvocato di acquisire prove all'estero, al di fuori del canale rogatorio, si pone in contrasto con la finalità del legislatore di scongiurare l'utilizzo, nel processo penale italiano, di elementi raccolti in violazione delle garanzie difensive e del principio del contraddittorio. Inoltre, tale limite risulta incoerente con lo spirito della riforma del 2000 in materia di indagini difensive, poiché riduce le possibilità per il patrocinante di reperire elementi a tutela dell'assistito.

²¹⁵ Cass., Sez. un., 27 giugno 2006, n. 32009, in *OneLegale*.

²¹⁶ Cfr. *supra*, n. 170.

²¹⁷ Nello stesso senso, v. ANGELONI, *L'inammissibilità di investigazioni difensive all'estero*, cit., 1390; LORENZETTO, *Il diritto di difendersi indagando nel sistema processuale penale*, cit., 289; MARCHETTI, *L'assistenza giudiziaria internazionale*, cit., 128. *Contra*, SELVAGGI, *Noi e gli altri: appunti in tema di atti processuali all'estero*, in *Cass. Pen.*, 2009, 2049, per il quale, invece, l'attività del difensore compiuta all'estero ha natura «illecita».

«sempre [...] documenti e dati informatici conservati all'estero, anche diversi da quelli disponibili al pubblico, previo consenso, in quest'ultimo caso, del legittimo titolare». Il tenore letterale della formulazione (e la sua collocazione sistematica), a ben vedere, consente di attribuire tale facoltà sia agli organi d'accusa (pubblico ministero e polizia giudiziaria), sia al difensore²¹⁸. Casomai, la disposizione, omettendo ogni riferimento alle necessarie cautele da adottare qualora si intendano acquisire *bit* digitali²¹⁹, ripropone le criticità delle quali si è detto in tema di genuinità e non alterazione del contenuto informativo appreso.

Ad ogni modo, è evidente come la soluzione qui prospettata trovi il proprio limite con riguardo allo svolgimento di quegli atti di indagine difensiva che richiedono il necessario *placet* dell'autorità giudiziaria (artt. 391-*bis* co. 10, 11, 391-*septies*, co. 1, 3 c.p.p.). In dette evenienze, il patrocinante non può rivolgere le proprie istanze né agli organi italiani, né a quelli stranieri²²⁰. Ma un tanto, a ben considerare, è del tutto ragionevole: vi è, cioè, piena simmetria tra ciò che il difensore è legittimato a realizzare in Italia e all'estero; sicché egli, *de iure condito*, dovrebbe poter formalizzare un'istanza all'autorità italiana affinché questa si attivi in tal senso.

Invero, questa limitazione potrebbe essere superata nei casi in cui sia possibile identificare un interlocutore a livello europeo al quale indirizzare quelle richieste, da realizzarsi oltrefrontiera, che richiedono l'intervento giudiziale. Si pensi, ad esempio, al procuratore europeo e alla ipotizzabile

²¹⁸ Concordi pure BELFIORE, *Joint Investigation Teams in the Italian Legislation Implementing Framework Decision 2002/465/JHA*, in *EU Criminal Justice. Fundamental Rights, Transnational Proceedings and the European Public Prosecutor's Office*, a cura di Rafaraci-Belfiore, Cham, 2019, 137; CIMADOMO, *Ordine europeo di indagine penale e garanzie della difesa*, cit., 226.

²¹⁹ All'indomani dell'entrata in vigore della disposizione, CISTERNA, *All'Aise l'attività di informazione verso l'estero*, in *Guida dir.*, 2015, 19, 95, osservava quanto segue: «resta da considerare se tali procedure di acquisizione di questo materiale debbano osservare gli *standard* che, nel nostro ordinamento, sono fissati dagli articoli 254-*bis* e 352, co. 1-*bis*, del c.p.p. per le acquisizioni "informatiche, telematiche e di telecomunicazione", tra le quali figurano le garanzie di conformità agli originali e quella di immutabilità del dato». Critici rispetto all'impossibilità di verificare se il materiale appreso in base alla procedura prevista all'art. 234-*bis* c.p.p. sia effettivamente rispondente a quello custodito presso i *server* localizzati all'estero, PITTIRUTI, *Digital evidence e procedimento penale*, cit., 30; SIGNORATO, sub art. 234-*bis* c.p.p., in *Commentario breve al Codice di procedura penale*, a cura di Illuminati-Giuliani, Milano, 2020, 989.

²²⁰ LORENZETTO, *Il diritto di difendersi indagando nel sistema processuale penale*, cit., 290; MARCHETTI, *L'assistenza giudiziaria internazionale*, cit., 130.

facoltà in capo al difensore nazionale (o all’“eurodifensore 2.0”) di rivolgere direttamente a quest’ultimo organo le proprie richieste.

7. *Alcune osservazioni di sintesi.* Volendo rintracciare una sorta di *fil rouge* del percorso ricostruttivo qui svolto, esso potrebbe essere individuato nel senso di inadeguatezza che caratterizza la maggior parte delle disposizioni che governano, a livello interno e sovranazionale, l’esercizio dei poteri di indagine proattiva del difensore. Se è vero che – come si è tentato di dimostrare – la digitalizzazione e la collocazione *ultra fines* degli elementi di prova stanno mutando i connotati strutturali della “fase previa”, non pare, tuttavia, che siffatto cambiamento sia stato recepito sul versante delle investigazioni di parte.

Sul fronte nazionale, la disciplina contenuta agli artt. 391-*bis* ss. c.p.p. – introdotta ad inizio millennio – appare del tutto silente circa l’ammissibilità di operazioni d’inchiesta condotte nel cyberspazio; né vi è alcun riferimento esplicito alla possibilità di attuarle *extra moenia*. Il ricorso a interpretazioni estensive del dato normativo – benché, come si è visto, appaia talvolta ragionevole – non esclude, tuttavia, la necessità di un intervento riformatore *ad hoc*²²¹.

In una diversa prospettiva, sembra emergere, inoltre, una sensazione di generale sfiducia nei confronti del difensore allorquando si presenti la necessità di acquisire dati informatici conservati presso i *provider*. Tanto la riforma italiana del 2021 in materia di tabulati telefonici, quanto il c.d. regolamento *e-evidence* escludono, *de lege lata*, la possibilità per quest’ultimo di interloquire direttamente (*rectius*, senza l’intercessione dell’autorità giudiziaria) con il gestore delle piattaforme di comunicazione. Ma se, come detto, siffatte informazioni sono di estrema utilità nel corso delle “indagini 2.0”, non si riesce a comprendere il senso e il fondamento di tale

²²¹ Come rileva, seppure con più specifico riguardo al rapporto tra indagini difensive e *privacy*, TRAPPELLA, *L’accesso difensivo ai luoghi privati e il diritto del terzo al controllo sui dati personali: un contrasto irrisolto*, cit., 32, è ben possibile «trovare soluzione [...] in via interpretativa, ora cercando di adeguare il lessico del rito criminale [...], ora tentando di adattare le previsioni deontologiche alle categorie della procedura penale, ivi comprese quelle sanzionatorie: si tratta, però, sempre di opzioni esegetiche che, come tali, sfuggono all’univocità di un dettato normativo che, allo stato, manca».

preclusione²²², che appare, oggi più che mai, distante anni luce dalle esigenze sottese alla quotidiana realtà investigativa.

Ancora. Con riguardo al carattere transnazionale che connota le investigazioni contemporanee, non appare più rinviabile – in attuazione dell’art. 6, par. 3 C.E.D.U. – la creazione di un organismo unitario a livello europeo che coadiuvi i difensori nazionali (ovvero si sostituisca a loro) nei procedimenti più complessi (marcatamente quelli transfrontalieri e di competenza di EPPO) che richiedono l’apprensione di materiale probatorio (anche digitale) ubicato all’estero.

In conclusione, può dirsi, dunque, che il quadro normativo e giurisprudenziale, così per come descritto, non valorizza adeguatamente il principio di parità delle armi in sede di indagine (e, di riflesso, di parità delle parti nel corso del processo) e la garanzia di effettività del diritto di difesa.

Un tanto – pare il caso di osservarlo – risulta in aperto contrasto con quell’idea di “procedimento penale” descritto – *in primis*, dalla dottrina tedesca – in termini di “diritto costituzionale applicato”²²³, ove l’impiego del participio passato esprime una chiara scelta di campo sotto un profilo di politica legislativa: «non basta attribuire i diritti nelle carte fondamentali e poi richiamarli nei testi procedurali. Occorre, in questi ultimi testi, articolare quei diritti, calarli nelle concrete dinamiche regolative della procedura»²²⁴.

Nondimeno, è necessario essere pienamente consapevoli che pure una novella orientata – a livello tanto interno, quanto sovranazionale – a rendere l’istituto delle investigazioni difensive “al passo coi tempi” potrebbe non essere, di per sé, risolutiva. Si intende, con tale affermazione, porre in luce come, in mancanza di una profonda e interiorizzata «cultura dell’investigazione privata»²²⁵ all’interno della classe forense (italiana ed

²²² ... rispetto alla quale non può all’evidenza invocarsi la valenza assoluta del principio di sovranità statale.

²²³ Come autorevolmente osservato, la formula *de qua* è volta ad attribuire al rito criminale «il compito precipuo di garantire la dignità dell’imputato quale soggetto anch’esso titolare d’una sfera di diritti intoccabili dal pubblico potere»: NEGRI, *Diritto costituzionale applicato: destinazione e destino del processo penale*, in *Proc. pen. giust.*, 2019, 554. Al riguardo, v. pure CHIAVARIO, voce *Diritto processuale penale*, in *Enc. dir.*, Annali IX, Milano, 2016, 309; ORLANDI, *La prolusione di Rocco e le dottrine del processo penale*, in *Criminalia*, 2010, 223.

²²⁴ RAFARACI, *Intervento*, in AA.VV., *Verso il pubblico ministero europeo*, cit., 78.

²²⁵ L’efficace espressione è ripresa da TRIGGIANI, *Le investigazioni difensive, istituto da recuperare il giusto processo*, cit., 389. Al riguardo, l’A. sottolinea come la necessità di implementare l’impiego delle

europea), nonché della stessa magistratura²²⁶, il rischio – messo in evidenza da autorevolissima dottrina – è che «uno strumento concepito e introdotto per superare l'asimmetria tra poteri pubblici e attività difensiva, finisc[a] con l'essere, se non penalizzato, frenato e ridimensionato nelle sue potenzialità applicative»²²⁷.

indagini difensive sia indirettamente imposta dalla riforma Cartabia, laddove ha introdotto una regola di giudizio in sede di archiviazione e di udienza preliminare molto più stringente (perlomeno nelle intenzioni dei compilatori): ciò richiede che il patrocinante rivesta un ruolo il più possibile attivo, in quanto investigazioni ben realizzate «potrebbero risultare oggi (almeno teoricamente) particolarmente incisive sulle determinazioni del pubblico ministero o del giudice dell'udienza preliminare o predibattimentale» (361). Negli stessi termini, v. pure MANDUCHI, *Udienza filtro e archiviazione*, in www.penedp.it, 22 marzo 2023, par. 4.

²²⁶ Sul timore che l'istituto in esame sia percepito con diffidenza da giudici e dai pubblici ministeri, v., già all'indomani dell'entrata in vigore della L. 397/2001, CRISTIANI, *Guida alle indagini difensive nel processo penale*, cit., 6. In questo senso, v., più di recente, SCALFATI, *Vent'anni senza tregua (Conclusioni)*, in AA.VV., *Il codice di procedura penale in vent'anni di riforme. Frammenti di una costante metamorfosi. Atti del Convegno (Roma, 20 novembre 2008)*, Torino, 2009, 173; SURACI, *Le indagini difensive*, cit., 12; TRIGGIANI, *Le investigazioni difensive, istituto da recuperare il giusto processo*, cit., 391.

²²⁷ Testualmente, PADOVANI, *Presentazione*, in Bricchetti-Randazzo, *Le indagini della difesa. Con 43 formule di atti investigativi e vademecum dei soggetti della difesa*, Milano, 2012, IX s.