



Ministero della Giustizia

DIPARTIMENTO PER GLI AFFARI DI GIUSTIZIA
DIREZIONE GENERALE DELLA GIUSTIZIA PENALE

IL CAPO DEL DIPARTIMENTO
IL DIRETTORE GENERALE DELLA GIUSTIZIA PENALE

Roma, 26 ottobre 2017

Al Primo Presidente della Corte di cassazione
Al Procuratore generale presso la Corte di cassazione
Al Procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo
Ai Presidenti delle Corti d'appello
Ai Procuratori generali presso le Corti d'appello

LORO SEDI

Ai Presidenti dei Tribunali

ANCONA
BARI
BOLOGNA
BRESCIA
CAGLIARI
CALTANISSETTA
CAMPOBASSO
CATANIA
CATANZARO
FIRENZE
GENOVA
L'AQUILA
LECCE
MESSINA
MILANO
NAPOLI
PALERMO
PERUGIA
POTENZA
REGGIO CALABRIA
ROMA
SALERNO

TORINO
TRENTO
TRIESTE
VENEZIA

Ai Procuratori della Repubblica presso i predetti Tribunali
Al Membro Nazionale di Eurojust
Al Magistrato italiano di collegamento con la Repubblica di Francia

e p.c.

al Capo di Gabinetto
al Capo dell'Ufficio Legislativo
al Direttore dell'Ufficio di coordinamento
delle attività internazionali
al Capo del Dipartimento dell'organizzazione
giudiziaria, del personale e dei servizi
al Direttore generale dei servizi informativi e
automatizzati
Ai Magistrati di collegamento in Italia della
Repubblica di Francia, del Regno dei Paesi Bassi, del Regno
di Spagna, del Regno Unito

SEDE

Al Magistrato italiano di collegamento con la
Repubblica di Albania

Circolare in tema di attuazione della direttiva 2014/41/UE relativa all'ordine europeo di indagini penale – Manuale operativo

Sommario

PARTE I – GENERALITÀ	5
1. L'ENTRATA IN VIGORE DELL'ORDINE EUROPEO DI INDAGINE PENALE E LA (QUASI COEVA) ATTUAZIONE DELLA CONVENZIONE DI BRUXELLES 2000	5
2. LA SOSTITUZIONE DELLE PREVIGENTI DISCIPLINE SOVRANAZIONALI DELL'ASSISTENZA GIUDIZIARIA IN AMBITO UE	6
2.1 LA LISTA DEI PAESI CHE HANNO DATO ATTUAZIONE ALLA DIRETTIVA OEI E LA DECORRENZA DELL'EFFETTO SOSTITUTIVO DELLA DIRETTIVA OEI RISPETTO AGLI STRUMENTI PREESISTENTI	8
2.2 L'AMBITO OGGETTIVO DI APPLICAZIONE DELL'OEI: LE ATTIVITÀ ESCLUSE	9
2.3 GLI ACCORDI E LE INTESI BILATERALI <i>ULTERIORMENTE SEMPLIFICATRICI</i>	11
2.4. IN SINTESI: I PERIMETRI DELL'OEI.....	11
2.5. RICHIESTE DI ASSISTENZA NON CONFORMI ALLA BASE GIURIDICA APPLICABILE.....	12

PARTE II - PROCEDURA PASSIVA	13
3. AUTORITÀ COMPETENTI PER IL RICONOSCIMENTO E L'ESECUZIONE DELL'OEI.....	13
4. IL PROCEDIMENTO: TERMINI E COMUNICAZIONI DOVUTE ALL'AUTORITÀ DI EMISSIONE E AD AUTORITÀ INTERNE.....	15
4.1 AVVISI AL DIFENSORE.....	16
5. LA FUNZIONE DI CONTROLLO DELL'AUTORITÀ GIUDIZIARIA DI ESECUZIONE.....	16
5.1. PRESUPPOSTI E REQUISITI FORMALI.....	17
5.1.1. LEGITTIMAZIONE DELL'AUTORITÀ EMITTENTE.....	17
5.1.2. REGIME LINGUISTICO.....	18
5.2 CONTROLLO SUL CONTENUTO DELL'OEI, CONDIZIONI SOSTANZIALI DI COMPATIBILITÀ E MOTIVI GENERALI DI NON RICONOSCIMENTO O DI NON ESECUZIONE.....	18
5.2.1. INCOMPLETEZZA, MANIFESTA ERRONEITÀ, INCOERENZA E INCONGRUITÀ DELLE INFORMAZIONI CONTENUTE DELL'OEI (ART. 10 COMMA 1, LETT. A).....	18
5.2.2. IMMUNITÀ RICONOSCIUTE DALLO STATO ITALIANO CHE LIMITANO O IMPEDISCONO L'ESERCIZIO O IL PROSEGUIMENTO DELL'AZIONE PENALE NEI CONFRONTI DELLA PERSONA PER CUI SI PROCEDE (ART. 10, COMMA 1, LETT. B).....	19
5.2.3. PREGIUDIZIO PER LA SICUREZZA NAZIONALE (ART. 10, COMMA 1, LETT. C).....	19
5.2.4. NE BIS IN IDEM (ART. 10 LETT. D).....	19
5.2.5. INCOMPATIBILITÀ DELL'ATTO RICHIESTO CON I PRINCIPI E DIRITTI FONDAMENTALI (ART. 10 LETT. E).....	21
5.2.6. DOPPIA INCRIMINAZIONE SALVO ECCEZIONI (ART. 10, COMMA 1 LETT. F E COMMA 2).....	21
5.3 MOTIVI GENERALI DI NON RICONOSCIMENTO O DI NON ESECUZIONE PREVISTI DALLA DIRETTIVA E NON ESPRESSAMENTE TRASPOSTI DALLA NORMA DI ATTUAZIONE.....	23
5.3. REQUISITI SPECIFICI DI DETERMINATI ATTI DI INDAGINE E CORRELATI MOTIVI DI RIFIUTO.....	24
6. PRINCIPIO DI PROPORZIONE.....	25
6.1. SIGNIFICATO E CONTENUTO DELLA VERIFICA DI PROPORZIONALITÀ.....	25
6.2 DINAMICA APPLICATIVA.....	26
7. ALTRE DECISIONI RIMESSE ALL'AUTORITÀ GIUDIZIARIA DI ESECUZIONE.....	26
7.1 PARTECIPAZIONE ALL'ESECUZIONE DELL'AUTORITÀ DI EMISSIONE.....	26
7.2 RINVIO DEL RICONOSCIMENTO O DELL'ESECUZIONE.....	27
8. IL TRASFERIMENTO DELLE PROVE ACQUISITE.....	28
9. IMPUGNAZIONI.....	28
9.1 LA PRECLUSIONE DEL SINDACATO SULLE RAGIONI DI MERITO DI EMISSIONE DELL'OEI.....	30
10. SPESE.....	30
PARTE III - DISPOSIZIONI SPECIFICHE PER IL RICONOSCIMENTO E L'ESECUZIONE DI DETERMINATI ATTI DI INDAGINE	30
11. TRASFERIMENTO TEMPORANEO NELLO STATO DI EMISSIONE DI PERSONE DETENUTE IN ITALIA.....	30
12. TRASFERIMENTO TEMPORANEO IN ITALIA DI PERSONE DETENUTE NELLO STATO DI EMISSIONE.....	31
13. VIDEOCONFERENZA.....	32
14. AUDIZIONE MEDIANTE TELECONFERENZA.....	32
15. INFORMAZIONI E DOCUMENTI PRESSO BANCHE E ISTITUTI FINANZIARI.....	33
16. OPERAZIONI SOTTO COPERTURA E RITARDO O OMISSIONE DEGLI ATTI DI ARRESTO O DI SEQUESTRO.....	34
17. INTERCETTAZIONE DI TELECOMUNICAZIONI.....	36
17.1 ACQUISIZIONE DI TABULATI E DATI ESTRINSECI.....	36
17.2 INTERCETTAZIONE DI TELECOMUNICAZIONI CON L'ASSISTENZA TECNICA DELL'AUTORITÀ ITALIANA.....	37
17.2.1 LA VERIFICA DELLE CONDIZIONI DI PRATICABILITÀ DELL'INTERCETTAZIONE NEL CASO INTERNO ANALOGO.....	38
17.3 NOTIFICA ALL'AUTORITÀ GIUDIZIARIA ITALIANA NEL CASO DI PERSONA SOGGETTA A INTERCETTAZIONE NEL TERRITORIO DELLO STATO.....	39

17.4. NOTIFICHE DI INTERCETTAZIONE NELLA CONVENZIONE DI BRUXELLES SULLA MUTUA ASSISTENZA TRA GLI STATI MEMBRI DELL'UNIONE EUROPEA (MAP 2000)	40
18. PROVVEDIMENTI DI SEQUESTRO PROBATORIO.	41
PARTE IV - PROCEDURA ATTIVA	42
19. AUTORITÀ COMPETENTI PER L'EMISSIONE DELL'OEI E PROCEDIMENTI NEL CUI AMBITO L'OEI PUÒ ESSERE EMESSE.	42
20. PREVISIONI NORMATIVE E RACCOMANDAZIONI OPERATIVE PER LA COMPILAZIONE, LA TRADUZIONE E LA TRASMISSIONE DELL'OEI	43
20.1 REGIME LINGUISTICO E CANALI DI TRASMISSIONE	44
21. COMUNICAZIONI INTERNE RELATIVE ALL'EMISSIONE DELL'OEI	46
22. L'EMISSIONE DELL'OEI E I DIRITTI DELLA DIFESA	47
23. DISPOSIZIONI SULLA UTILIZZABILITÀ DEGLI ATTI COMPIUTI E DELLE PROVE ASSUNTE ALL'ESTERO.	48
PARTE V - DISPOSIZIONI SPECIFICHE PER L'EMISSIONE DI UN OEI	49
RELATIVO A DETERMINATI ATTI DI INDAGINE	49
24. TRASFERIMENTI TEMPORANEI DI PERSONE DETENUTE	49
25. RICHIESTA DI AUDIZIONE MEDIANTE VIDEOCONFERENZA O ALTRA TRASMISSIONE AUDIOVISIVA.....	50
26. INFORMAZIONI RELATIVE A CONTI E OPERAZIONI BANCARIE E FINANZIARIE.....	51
27. OPERAZIONI SOTTO COPERTURA E RITARDO O OMISSIONE DEGLI ATTI DI ARRESTO O DI SEQUESTRO.	52
28. INTERCETTAZIONE DI TELECOMUNICAZIONI.	52
28.1 RICHIESTA DI INTERCETTAZIONE CON ASSISTENZA TECNICA DI ALTRO STATO MEMBRO	52
28.2 OBBLIGHI DI INFORMAZIONE IN FAVORE DELL'AUTORITÀ GIUDIZIARIA DI UNO STATO MEMBRO.....	53
29. PROSPETTIVE	54

Allegati

PARTE I – GENERALITÀ

1. L'entrata in vigore dell'Ordine europeo di indagine penale e la (quasi coeva) attuazione della Convenzione di Bruxelles 2000

Il 28 luglio 2017 è entrato in vigore il decreto legislativo 21 giugno 2017, n. 108, che introduce in Italia l'ordine europeo di indagine penale, in attuazione della Direttiva 2014/41/EU del Parlamento Europeo e del Consiglio del 3 aprile 2014, pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea 1.5.2014, serie L 130/1 (di seguito indicata come direttiva), recante norme funzionali a regolare la cooperazione in materia di assistenza giudiziaria penale tra i Paesi membri della UE a fini di acquisizione all'estero di una prova nel corso di un'indagine o di un processo penale.

Il decreto segue di pochi mesi la pubblicazione del decreto legislativo 5 aprile 2017, n. 52 con il quale si è data attuazione alla Convenzione di mutua assistenza tra gli Stati membri dell'Unione europea, firmata a Bruxelles il 29 maggio 2000 (di seguito indicata come MAP).

La MAP e la direttiva 2014/41/UE costituiscono tappe progressive di un percorso di semplificazione e di incremento dell'efficacia delle relazioni di assistenza giudiziaria tra i Paesi membri dell'Unione europea.

La MAP, che entrerà in vigore nel nostro Paese quando si sarà perfezionata la procedura di notifica prevista dall'art. 27¹, persegue l'obiettivo dell'ammodernamento della Convenzione europea di mutua assistenza del Consiglio d'Europa fatta a Strasburgo il 20 aprile 1959 (CEAG), in primo luogo attraverso la previsione di una disciplina specifica per l'esecuzione di alcune attività corrispondenti alle nuove (almeno all'epoca di approvazione) necessità della lotta al crimine: la restituzione all'avente diritto dei beni provenienti da reato; il trasferimento temporaneo di persone detenute al fine di raccogliergli le dichiarazioni probatorie o di garantirne la presenza nel processo; la costituzione di squadre investigative comuni; l'audizione mediante videoconferenza e teleconferenza; le consegne controllate e le operazioni sotto copertura.

A quest'ultimo ambito di intervento si associano previsioni dirette a incidere, in via generale, su alcune criticità di funzionamento della cooperazione giudiziaria, facendo affidamento sul livello di reciproca fiducia che deve caratterizzare le relazioni tra i Paesi appartenenti al comune spazio giuridico europeo. Vengono toccati i temi dell'utilizzabilità nel Paese richiedente della prova raccolta secondo la legge nazionale (*lex fori*) del Paese richiesto; della semplificazione dei meccanismi di trasmissione delle richieste di assistenza e delle notifiche all'estero; dello scambio spontaneo di informazioni tra organi investigativi.

Il d. lgs. n. 52 del 2017 attua queste ultime istanze con disposizioni dedicate:

- a) alla possibilità per l'A.G. italiana competente di dare esecuzione alla richiesta di assistenza secondo le forme indicate dall'autorità richiedente, sempre che non siano contrarie ai principi dell'ordinamento giuridico dello Stato" (art. 8, comma 4);
- b) alla previsione quale regola generale della trasmissione diretta tra autorità giudiziarie delle richieste di assistenza, fatto salvo il caso delle richieste indirizzate al Regno Unito e all'Irlanda (art. 7);
- c) all'esecuzione a mezzo del servizio postale o dei servizi di posta certificata delle richieste di assistenza aventi per oggetto notifiche (art. 5);

¹ Per esigenze di certezza giuridica, l'art. 26 del d.lgs. n. 52 del 2017 prevede che dell'entrata in vigore sarà dato avviso in *Gazzetta Ufficiale*.

d) allo scambio spontaneo delle informazioni tra autorità giudiziarie (art. 9).

Rispetto alla MAP l'ordine europeo di indagine penale (di seguito OEI) segna un ulteriore progresso che, in prima approssimazione, può ricondursi al fatto di avere costruito un modello standardizzato di provvedimento investigativo/probatorio da trattare secondo le regole tipiche del *mutuo riconoscimento* (rapporti diretti tra Autorità giudiziarie e disintermediazione politica; ruolo dell'Autorità centrale circoscritto a funzioni di mera assistenza amministrativa; motivi tipizzati di rifiuto del riconoscimento o esecuzione dell'ordine emesso dall'Autorità estera; previsione di termini stringenti).

L'OEI corrisponde, nel settore della cooperazione investigativa e probatoria, a ciò che il mandato di arresto europeo (MAE) ha rappresentato nel settore delle consegne dei soggetti condannati o ricercati per l'esecuzione di misure cautelari personali. Esso segna il superamento del sistema rogatorio, così come il MAE segnò, nello spazio comune europeo, il superamento delle procedure estradizionali.

Non sono in realtà mancate, nel passato recente, alcune esplicitazioni del principio del mutuo riconoscimento nel settore dell'assistenza giudiziaria.

Si è trattato però di strumenti parziali sia perché dedicati esclusivamente ad alcune tipologie di atti (sequestro probatorio e acquisizione di prove precostituite), sia perché inidonei a coprire l'intero ciclo dell'assistenza, che consta dell'acquisizione della prova *cross-border* ma anche della sua trasmissione al Paese che deve utilizzarla nel procedimento.

La Direttiva 2014/41/UE costruisce allora **uno strumento tendenzialmente *omnicomprensivo*** con riferimento all'ambito delle attività investigative e probatorie che possono esservi ricomprese; alle fasi del procedimento penale che possono giovare (seguendo la distinzione italiana, lo strumento investe sia i mezzi di indagine e di ricerca e assicurazione della prova propri della fase delle indagini, che le prove in senso stretto raccolte nel giudizio); alle fasi delle procedure di assistenza trattabili secondo il nuovo modulo operativo (non soltanto l'esecuzione dell'atto investigativo o probatorio ma anche il trasferimento del suo risultato).

2. La sostituzione delle previgenti discipline sovranazionali dell'assistenza giudiziaria in ambito UE

L'intento della Direttiva 2014/41/UE di **ricomporre un quadro giuridico frammentario** si riflette nella previsione dell'art. 34, secondo la quale la nuova fonte è destinata a soppiantare "le corrispondenti previsioni" dei seguenti strumenti:

- a) **la Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale adottata dal Consiglio d'Europa il 20 aprile 1959**, con i relativi protocolli addizionali e con gli accordi bilaterali stipulati a norma dell'articolo 26 della Convenzione²;
- b) **la Convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen**, ratificata dall'Italia con legge 30 settembre 1993, n. 388;

² Il primo protocollo addizionale della CEAG, fatto a Strasburgo il 17 marzo 1978 (ETS No.099), è stato ratificato dall'Italia con legge in vigore dal 24 febbraio 1962. Per il secondo protocollo addizionale, fatto a Strasburgo l'8 novembre 2001 e firmato dall'Italia in data 23 gennaio 2013, si attende il perfezionamento della procedura di ratifica.

- c) **la Convenzione di Bruxelles del 29 maggio 2000 sull'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea (M.A.P.)**, recentemente attuata con il D. lgs. 5 aprile 2017, n. 52, che entrerà in vigore quando saranno decorsi novanta giorni dalla notifica al Segretariato generale del Consiglio dell'Unione europea³;
- d) **la Decisione quadro 2003/577/GAI relativa all'esecuzione dei provvedimenti di blocco dei beni o di sequestro probatorio**, attuata nel nostro ordinamento con d. lgs. 15 febbraio 2016, n. 35, entrato in vigore il 26 marzo 2016⁴;
- e) **la Decisione quadro 2008/978/GAI in tema di mandato europeo di ricerca delle prove (M.E.R.)**, mai trasposta nel nostro ordinamento⁵ e comunque abrogata, prima della scadenza del termine di trasposizione della Direttiva OEI, dal Regolamento 95/2016 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 gennaio 2016.

Lo sforzo di semplificazione intende ovviare ai deficit di efficienza che caratterizzano sia il sistema rogatorio [cui sono improntate le Convenzioni sub a), b) e c)], sia le due decisioni quadro del 2003 e del 2008.

La decisione quadro 2003/577/GAI istituisce l'immediato e reciproco riconoscimento dei provvedimenti di blocco dei beni o di sequestro probatorio *“al fine di impedire atti di distruzione, trasformazione, spostamento, trasferimento o alienazione delle prove”*; ma non disciplina la fase della consegna allo Stato richiedente della preservata fonte di prova, obbligando quest'ultimo a intraprendere, dopo aver ottenuto rapidamente il provvedimento di blocco, il laborioso percorso della rogatoria tradizionale.

Tanto la decisione sul sequestro probatorio, quanto quella (ora abrogata) che istituisce il *mandato europeo di ricerca delle prove* riguardano soltanto le prove precostituite (*“oggetti, documenti e dati”*). La decisione quadro 2008/978/GAI poteva estendersi, al più, agli oggetti, ai documenti e ai dati scoperti durante l'esecuzione del mandato, ovvero alle dichiarazioni delle persone presenti alla perquisizione/sequestro, purché direttamente collegate all'oggetto del mandato (art. 4.5 e 6).

Resta esclusa dalle due decisioni quadro una serie di mezzi di indagine e di prova che, invece, sono pacificamente ricompresi nella portata applicativa dell'OEI: gli interrogatori; l'assunzione di dichiarazioni da soggetti indiziati, testimoni o periti; le ispezioni personali; i prelievi di materiali biologici o di dati biometrici direttamente dal corpo di una persona (DNA, impronte digitali); le acquisizioni di elementi informativi in tempo reale (movimenti bancari, sorveglianza dell'indiziato, intercettazione di comunicazioni); i tabulati telefonici e telematici; le operazioni sotto copertura.

Per le ragioni indicate può dirsi che la Direttiva 2014/41/UE offre un quadro generale di riferimento per tutti gli Stati membri dell'Unione Europea e realizza un *“sistema globale di acquisizione delle prove nelle fattispecie aventi dimensione transfrontaliera”*, tale da sostituire *“tutti gli strumenti esistenti nel settore”* e da potersi utilizzare per *“tutti i tipi di prove”*, delineando altresì precise e rapide modalità di esecuzione e circoscritti motivi di rifiuto (vedasi il *considerando n. 6* della Direttiva).

³ La Convenzione del 29 maggio 2000 è stata implementata da tutti i Paesi dell'Unione Europea, eccettuate la Croazia, la Grecia e l'Irlanda.

⁴ La Decisione quadro 2003/577/GAI è stata implementata da tutti gli Stati membri dell'Unione, eccettuate la Grecia e il Lussemburgo.

⁵ La Decisione quadro 2008/978/GAI era stata implementata, prima della sua abrogazione, soltanto dalla Croazia, dalla Finlandia, dai Paesi Bassi, dalla Slovenia e dalla Spagna.

2.1 La lista dei Paesi che hanno dato attuazione alla direttiva OEI e la decorrenza dell'effetto sostitutivo della direttiva OEI rispetto agli strumenti preesistenti

Alla data odierna l'OEI è stato implementato da poco più della metà dei Paesi aderenti, con atti normativi entrati in vigore nelle date di seguito specificate:

Belgio	22 maggio 2017
Croazia	26 ottobre 2017
Estonia	6 luglio 2017
Finlandia	3 luglio 2017
Francia	22 maggio 2017
Germania	22 maggio 2017
Grecia	21 settembre 2017
Italia	28 luglio 2017
Lettonia	20 maggio 2017
Lituania	15 giugno 2017
Paesi Bassi	17 giugno 2017
Portogallo	22 agosto 2017
Regno Unito	31 luglio 2017⁶
Slovacchia	15 ottobre 2017
Ungheria	23 maggio 2017

L'art. 34, §§ 1 e 2 della Direttiva individua la data del 22 maggio 2017 (la stessa indicata dall'art. 36 come termine di recepimento) come il momento a partire dal quale il nuovo strumento dispiega *effetto sostitutivo* ("replaces") delle corrispondenti disposizioni contenute nelle fonti sopra elencate.

La scelta del verbo *replaces* (sostituisce), in luogo del verbo *abolishes* o *abrogates*, indica che **il nuovo strumento normativo non travolgerà la previgente regolazione dei rapporti di assistenza prima che gli Stati membri interessati abbiano trasposto nei rispettivi ordinamenti le nuove disposizioni.**

Le convenzioni multilaterali e la decisione quadro in tema di sequestro probatorio continueranno dunque a trovare applicazione nei rapporti tra l'Italia e i numerosi Paesi dell'Unione che, pur avendo aderito alla direttiva sull'ordine europeo di indagine penale, non l'hanno ancora recepita nell'ordinamento interno.

L'**interpretazione conservativa** dei pregressi assetti convenzionali corrisponde all'opinione della grande maggioranza degli Stati membri, consultati dal Segretariato della Rete giudiziaria europea (EJN) e da *Eurojust* nel contesto di un esercizio nel quale si è sottolineata la funzione pragmatica di una lettura dell'art. 34, tesa a scongiurare gli effetti paradossali della diversa interpretazione che, invece, vorrebbe immediatamente decaduti gli strumenti previgenti alla scadenza del 22 maggio 2017 e regrediti i rapporti con gli Stati inadempienti al livello della *cortesia internazionale a condizione di reciprocità*⁷.

⁶ Altri Paesi sono ormai prossimi alla trasposizione interna della Direttiva. Per un aggiornamento tempestivo si raccomanda la consultazione del sito della Rete Giudiziaria Europea (www.ejn-crimjust.europa.eu), ove è stata inserita in evidenza un'apposita sezione intitolata all'EIO, all'interno della quale sono rinvenibili - tra l'altro - anche notizie ulteriori rispetto allo stato di implementazione della direttiva da parte degli stati Membri. Con riferimento al Regno Unito, è importante segnalare che la vigenza dello strumento è espressamente estesa al territorio di Gibilterra, per il quale anzi l'entrata in vigore è anticipata alla data del 22 maggio 2017. **Fino alla definizione di diversi accordi nel quadro della cd. Brexit, il Regno Unito deve ritenersi pienamente incluso nel perimetro operativo dell'OEI.**

⁷ V. EUROJUST-EJN, *Note on the meaning of "corresponding provisions" and the applicable legal regime in case of delayed transposition of the EIO Directive* – 2.5.2017. La tesi dell'*effetto sostitutivo progressivo* dell'OEI rispetto alle fonti preesistenti è stata sostenuta dai rappresentanti di Belgio, Bulgaria, Repubblica Ceca, Germania, Estonia, Grecia, Ungheria, Italia, Lettonia, Paesi Bassi, Austria, Polonia, Romania, Slovacchia, Finlandia, Lituania, Svezia e Croazia.

Oltre a meglio conformarsi alle finalità della direttiva (tanto da essere etichettata come *teleological interpretation*), l'interpretazione indicata corrisponde a quella accolta dalla Corte di giustizia dell'Unione in relazione all'analoga previsione dell'art. 31 § 1 della decisione quadro istitutiva del *mandato di arresto europeo*⁸.

Analogamente si è espressa la Commissione Europea in un *report* dedicato all'implementazione della Decisione quadro 2008/909/GAI in tema di trasferimento delle persone condannate⁹. Veniva in gioco in quel caso l'art. 26 §1 che regola l'effetto sostitutivo della Decisione rispetto ad altri strumenti previgenti con formula del tutto analoga a quella dell'art. 34 della Direttiva 2014/41/UE¹⁰.

2.2 L'ambito oggettivo di applicazione dell'OEI: le attività escluse

Un altro aspetto della formula impiegata dall'art. 34 § 1 forma oggetto di dibattito tra gli Stati UE aderenti alla direttiva.

Ci si domanda quale significato debba attribuirsi all'espressione "*corresponding provisions*", quali siano cioè le attività rispetto alle quali la cooperazione tra gli Stati membri aderenti non sarà più regolata dalle fonti elencate nel paragrafo 2 della presente circolare ma dalle disposizioni della direttiva; quale sia in ultima analisi l'ambito oggettivo di applicazione dell'OEI (il suo *scope*) e quale sia, per converso, l'ambito delle attività che restano regolate da strumenti previgenti.

In un documento *Eurojust*¹¹, si dà conto del consenso maggioritario raggiunto dagli esperti dei diversi Stati membri intorno al seguente elenco di attività escluse:

a) la notifica degli atti del procedimento penale: detta attività è disciplinata dall'art. 5 della Convenzione MAP del 2000. Per le Autorità italiane, in attesa dell'entrata in vigore del decreto legislativo n. 52/2017, continuerà a trovare applicazione l'art. 52 dell'Accordo di Schengen (cfr. sul punto la circolare 10 agosto 2015 del Ministero della Giustizia prot. DAG 10/8/2015 00115769.U). Diversamente, l'OEI potrà essere utilizzato per le notifiche attinenti all'atto di indagine da compiere all'estero e funzionali alla sua esecuzione.

b) lo scambio spontaneo di informazioni, che resta disciplinato dall'art. 7 della Convenzione M.A.P. del 2000;

c) i sequestri esclusivamente finalizzati alla confisca e i provvedimenti di confisca, rispetto alle quali continuano a trovare applicazione i decreti legislativi 15

⁸ Nella decisione C-296/08 PPU, *Goicoechea*, § 58 si legge che "*the replacement under article 31(1) of the Framework Decision of the conventions mentioned in that provision does not entail the abolition of those conventions, which retain their relevance in cases covered by a statement made by a Member State pursuant to Article 32 of the Framework Decision, and also in other situations in which the European arrest warrant system is not applicable*".

⁹ COM (2014) 57 final.

¹⁰ Considerando gli effetti negativi della mancata trasposizione della Decisione quadro nelle relazioni con altri Stati membri, la Commissione osservava che "*when cooperating with a Member State who did not implement in time, even those Member States who did so will have to continue to apply the corresponding conventions of the Council of Europe when transferring EU prisoners or sentences to other Member States*".

¹¹ *Note on the meaning of "corresponding provisions" and the applicable legal regime in case of delayed transposition of the EIO Directive* – 2 maggio 2017

febbraio 2016, n. 35 e 7 agosto 2015 n. 137, che attuano, rispettivamente, la Decisione quadro 2003/577/GAI, relativa all'esecuzione nell'Unione europea dei provvedimenti giudiziari di blocco e sequestro dei beni, e la Decisione quadro 2006/783/GAI, relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni di confisca.

A sostegno di queste esclusioni si richiama il *considerando n. 34* della Direttiva 2014/41/UE per il quale “in virtù del suo ambito di applicazione, la presente direttiva contempla unicamente i provvedimenti provvisori al fine di raccogliere prove”. Il concetto trova un riflesso operativo nella sezione C) del modulo OEI allegato alla Direttiva che, in tema di sequestro, annovera soltanto il “provvedimento provvisorio inteso a impedire atti di distruzione, trasformazione, spostamento, trasferimento o alienazione di elementi che possono essere usati come prove (sequestro probatorio)”.

Laddove il provvedimento di sequestro interno sia disposto con la duplice finalità, di assicurare la futura confisca e nel contempo l'elemento di prova, l'OEI potrà essere emesso e riconosciuto/seguito dalle Autorità giudiziarie italiane limitatamente a quest'ultimo profilo:

d) le restituzioni di beni alle parti offese del reato e i sequestri disposti con tale finalità, che restano regolate dall'art. 8 della Convenzione M.A.P. e dall'art. 12 del Secondo Protocollo Addizionale della Convenzione del Consiglio d'Europa sull'assistenza giudiziaria;

e) le denunce funzionali al trasferimento dei procedimenti penali, di cui all'art. 21 della Convenzione di assistenza giudiziaria in materia penale del Consiglio d'Europa e alla Convenzione del 1972 in tema di trasferimento di procedimenti (quest'ultima non ratificata dall'Italia)¹²;

f) lo scambio di informazioni estratte dal casellario giudiziale, rispetto al quale continuano a trovare applicazione i decreti legislativi 12 maggio 2016 n. 74 e n. 75, attuativi delle Decisioni quadro in tema di *casellario giudiziario europeo*;

g) l'istituzione delle squadre investigative comuni e l'acquisizione di prove nell'ambito di tali squadre che trovano regolamentazione specifica nel decreto legislativo 15 febbraio 2016, n. 34 che dà attuazione alla Decisione quadro 2002/465/GAI ma è integralmente richiamato anche dal d. lgs. 5 aprile 2017, n. 52 (art. 18), recante norme di attuazione della Convenzione MAP 2000.

L'esclusione corrisponde alla previsione espressa dell'art. 3 della Direttiva, che però fa salva l'applicazione dell'OEI per **l'assistenza che la squadra investigativa abbia necessità di richiedere a uno Stato membro che non ha partecipato alla costituzione della squadra** (ipotesi prevista dall'art. 13 § 8 della Convenzione M.A.P. 2000 e dall'art. 1 § 8 della Decisione quadro 2002/465/GAI). Per quanto non esplicitamente ribadita dalla norma interna di attuazione, detta salvezza deve intendersi valida, in omaggio al canone di *interpretazione conforme*, anche per le Autorità giudiziarie italiane.

h) le osservazioni transfrontaliere previste dagli articoli 40 e 41 della Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen. L'esclusione corrisponde al *considerando 9* della Direttiva¹³.

¹² Per queste ultime l'art. 6 (1), 2° periodo della Convenzione MAP prevede la possibilità di trasmissione diretta tra le autorità giudiziarie competenti.

Ovviamente, sono altresì esclusi dall'applicazione dell'OEI i trasferimenti di persone condannate per l'esecuzione di una pena detentiva o di una misura di sicurezza, che - non rispondendo a finalità investigative o probatorie - restano regolati dalla Decisione quadro 909/2008/GAI (attuata con d. lgs. 7 settembre 2010, n. 161), nei rapporti con gli Stati membri che l'hanno implementata, e dalla Convenzione del Consiglio d'Europa fatta a Strasburgo il 21 marzo 1983 per gli altri.

2.3 Gli accordi e le intese bilaterali ulteriormente semplificatrici

Un'area di **ultrattività selettiva delle fonti previgenti** si ricava dalle previsioni dell'articolo 34 §§ 3 e 4 che fanno salva l'applicazione, dopo la data di entrata in vigore dell'OEI, di accordi e intese multilaterali o bilaterali con altri Stati membri (nuovi o preesistenti), "*laddove i medesimi consentano di rafforzare ulteriormente gli obiettivi della presente direttiva e contribuiscano a semplificare o agevolare ulteriormente le procedure di acquisizione delle prove e a condizione che sia rispettato il livello delle salvaguardie di cui alla presente direttiva*".

E' richiesta a tal fine una notifica *ad hoc* da parte degli Stati membri, che debbono specificare gli accordi e le intese "che desiderano continuare ad applicare".

Si segnala a tale proposito che, con dichiarazione notificata alla Commissione UE insieme al decreto di recepimento, l'Italia ha comunicato l'intenzione di continuare ad applicare, nelle parti funzionali alla migliore fluidificazione delle procedure, gli Accordi aggiuntivi alla Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale del 20 aprile 1959 stipulati con l'Austria (Vienna, 20.2.1973) e la Germania (Roma, 24.10.1979).

Alla luce di detta dichiarazione (speculare a quella formulata dal Governo tedesco¹⁴) può prevedersi, per esempio, che risulterà prevalente, in quanto più fluido, il regime linguistico dettato dall'art. 10 dell'Accordo aggiuntivo del 1979 che consente l'inoltro di richieste redatte nella lingua del Paese richiedente, laddove, come vedremo, le normative nazionali italiana e tedesca di attuazione dell'OEI impongono la traduzione nella lingua del Paese di esecuzione.

Saranno poi la prassi e il metodo della reciproca consultazione a individuare i casi concreti nei quali l'applicazione delle regole contenute nei due Accordi bilaterali aggiuntivi potrà risultare più vantaggiosa rispetto alle norme di attuazione della direttiva OEI.

La previsione dell'art. 34, commi 3 e 4 guarda anche al futuro consentendo, anche dopo l'entrata in vigore delle norme di attuazione dell'OEI, la stipula di intese e accordi bilaterali con Stati UE aderenti alla direttiva ulteriormente rafforzative degli obiettivi di quest'ultima. Dette intese, una volta notificate alla Commissione, prevarranno sulle norme di attuazione dell'OEI.

2.4. In sintesi: i perimetri dell'OEI

Tirando le somme, può definirsi **un perimetro esterno** di applicazione dell'OEI affermando che la Convenzione CoE del 1959 (CEAG) dovranno essere applicate:

- 1) nei rapporti con gli Stati parte del Consiglio d'Europa estranei però al contesto UE (tra i quali vanno considerati anche Islanda e Norvegia, che non sono parte dell'Unione Europea pure essendo parte dell'*acquis* di Schengen);

¹³ In relazione alle squadre investigative comuni, al sequestro di beni finalizzato alla confisca e alle osservazioni transfrontaliere le indicazioni qui riportate coincidono con quelle formulate dal Ministero della Giustizia francese nella Circolare CRIM/2017-15/H2 del 16 maggio 2017 (pag.8). La legislazione olandese ammette, invece, che attività di osservazione transfrontaliera siano veicolati tramite l'OEI (v. il documento *The European Investigation Order in the Netherlands*, predisposto dall'*Office of the liaison magistrate of the Netherlands in Italy*, 19 ottobre 2017).

¹⁴ L'Austria non ha ancora dato attuazione dalla direttiva OEI.

- 2) nei rapporti con gli Stati membri UE che non hanno aderito alla direttiva (**Danimarca e Irlanda**);
- 3) nei rapporti con gli Stati membri UE che, pur avendo aderito alla direttiva, non l'hanno implementata al momento della trasmissione della richiesta di assistenza.

Per gli Stati di cui ai punti 2) e 3) potranno applicarsi, non appena sarà entrato in vigore il D.lgs. n. 52 del 2017, anche le previsioni della Convenzione MAP 2000 che, com'è noto, assumono nel contesto UE valenza integrativa della Convenzione di Strasburgo del 1959.

Ai sensi dell'art. 35 della Direttiva, gli strumenti previgenti continueranno poi a trovare applicazione rispetto alle richieste di assistenza giudiziaria pervenute prima del 22 maggio 2017 e, secondo l'interpretazione sopra indicata, alle richieste pervenute prima del 28 luglio 2017, data di effettiva entrata in vigore dell'OEI nel sistema italiano.

Guardando al **perimetro interno**, alla selezione cioè delle attività non coperte dalla direttiva 2014/41/UE, l'OEI non dovrà trovare applicazione per le misure elencate nel paragrafo precedente che - per il fatto di non corrispondere a finalità di indagine o probatorie e/o per il fatto di trovare compiuta disciplina in altre fonti dell'Unione - continueranno a essere regolate dagli strumenti precedenti.

2.5. Richieste di assistenza non conformi alla base giuridica applicabile

Sulla base delle segnalazioni pervenute dagli uffici nei primi mesi di applicazione del nuovo strumento, sono stati individuate due ipotesi di difformità della richiesta di assistenza formulata dallo Stato estero rispetto alla base giuridica applicabile secondo i perimetri sopra definiti:

- i. OIE trasmesso dalle Autorità di uno Stato che non abbia implementato la Direttiva 41/2014/UE;
- ii. Rogatoria inviata sul fondamento delle basi previgenti, dalle Autorità di un Paese UE che abbia invece, al momento della richiesta, già implementato la Direttiva.

La legge nazionale francese è intervenuta in questa materia per sancire un (discusso) principio di estensione delle regole procedurali attuative dell'OEI ai rapporti con gli Stati membri inadempienti¹⁵.

La nostra legge di implementazione, così come quelle della maggior parte degli altri Paesi che hanno finora attuato la direttiva, non contiene specifiche disposizioni in materia¹⁶.

¹⁵ L'articolo 5 dell'*Ordonnance n° 2016-1636* del 1° dicembre 2016 prevede, in particolare, che a partire dalla data del 22 maggio 2017 le autorità giudiziarie francesi redigano le loro richieste di assistenza secondo le forme della *décision d'enquête européenne en matière pénale* (DEE) anche quando queste siano indirizzate agli Stati membri che non hanno a tale data trasposto le direttiva; e che, sul versante passivo, le competenti autorità francesi di esecuzione trattino le richieste ricevute dagli Stati inadempienti sulla base delle disposizioni delle direttiva e delle norme interne che vi danno attuazione.

¹⁶ Nella parte dedicata alle procedure in attivo (OEI emessi dalle autorità francesi) la normativa francese è fortemente contestata. E' in effetti opinabile che la legislazione nazionale di uno Stato membro possa validamente disciplinare le forme che la richiesta di assistenza deve assumere per essere utilmente trattata da un altro Stato membro che non ha ancora recepito la direttiva, posto che detta tipologia di fonte (diversamente dal *Regolamento*) non può di norma spiegare i suoi effetti precettivi prima dell'avvenuta trasposizione nell'ordinamento interno dello Stato di esecuzione.

La soluzione di dette ipotesi spetta pertanto all'Autorità giudiziaria ricevente, di fronte alla quale si porrà l'alternativa di restituire la richiesta o l'OEI, segnalando la diversa disciplina applicabile, oppure dare corso all'esecuzione laddove la violazione assuma rilievo puramente formale e si ravvisino nella domanda di assistenza tutti i requisiti di sostanza necessari alla sua trattazione.

Si osserva che tale ultima soluzione, laddove praticabile, si conforma a un canone di conservazione degli atti giuridici (*utile per inutile non vitiatur*) che corrisponde anche alle istanze di massima collaborazione cui devono uniformarsi le relazioni di assistenza giudiziaria, soprattutto nello spazio giuridico comune dei Paesi UE.

Affinché tali istanze possano avere compiuta esplicazione, occorre però tener conto della possibilità che la violazione, seppur formale secondo i canoni interni, possa avere ricadute sull'utilizzabilità degli atti compiuti secondo l'ordinamento dello Stato emittente (*lex fori*).

Si raccomanda allora, laddove si opti per la trattazione della richiesta o dell'OEI *critico*, di comunicare all'Autorità dello Stato richiedente la difformità rilevata e il regime giuridico secondo il quale essa sarebbe trattata dalle autorità italiane. Detta comunicazione consentirà alle autorità del Paese richiedente di valutare le iniziative eventualmente opportune.

Detta modalità si conforma al *metodo di consultazione* che ispira la Direttiva OEI (v. l'art. 6 del d. lgs. n. 108 del 2017), gli altri strumenti di mutuo riconoscimento e, più in generale, le prassi raccomandate nei *fora* internazionali in materia di *mutual legal assistance*.

Nella comparazione rimessa alle autorità italiane dei costi/benefici dell'opzione della restituzione della richiesta impropriamente presentata ovvero della sua trattazione possono pesare considerazioni legate alla diverse autorità giudiziarie interne competenti per il riconoscimento/esecuzione (Procure generali e Corti d'appello per le rogatorie; procuratori e gip distrettuali per l'OEI) e al diverso modulo procedurale (udienza di *exequatur* nel modello rogatorio; concentrazione in capo ai procuratori e ai gip distrettuali di riconoscimento ed esecuzione, nell'OEI).

E' allora il caso di anticipare quanto si avrà modo di precisare in seguito, e cioè che con la prossima entrata in vigore del D. lgs. 3 ottobre 2017, n. 149, recante *Disposizioni di modifica del Libro XI del codice di procedura penale*, si realizzerà l'omogeneizzazione di detti profili.

Si sarà grati alle autorità in indirizzo della comunicazione delle linee interpretative e delle prassi che andranno a consolidarsi nei rispettivi uffici sulle questioni qui affrontate.

PARTE II - PROCEDURA PASSIVA

3. Autorità competenti per il riconoscimento e l'esecuzione dell'OEI

Il d. lgs. n. 108 del 2017 apporta significative innovazioni, rispetto al sistema rogatorio, per quanto attiene alla competenza e alla procedura di riconoscimento ed esecuzione dell'OEI emesso da un'autorità di altro Stato membro dell'Unione.

Si eclissa la Corte d'appello quale organo interno deputato alla verifica di ammissibilità e all'esecuzione delle rogatorie dall'estero, che è sostituita dal procuratore della Repubblica presso il tribunale del capoluogo del distretto nel quale devono essere compiuti gli atti richiesti (art. 4).

La scelta legislativa coincide con quella compiuta nella disciplina di attuazione della MAP (art. 8 del d.lgs. n. 52 del 2017).

Essa risponde alla finalità di velocizzare lo svolgimento delle procedure, investendone con immediatezza i soggetti ordinariamente dediti ad attività di indagine, anche sul presupposto che questi meglio possono rilevare connessioni tra le indagini in corso presso le Autorità estere di emissione e quelle in corso (o eventualmente da intraprendere) all'interno. Costoro potranno meglio sfruttare le occasioni di scambio informativo disciplinate dall'art. 9 del d. lgs. n. 52 del 2017 e cogliere l'opportunità di promuovere, traendo spunto dall'OEI ricevuto, la costituzione di squadre investigative comuni (secondo l'espressa previsione dell'art. 8, comma 2 del d. lgs. n. 108 del 2017).

Quando l'autorità di emissione ha richiesto che l'atto sia compiuto dal giudice o quando ciò è imposto dalla legge italiana in ragione della natura dell'atto medesimo (per esempio, intercettazione telefonica o telematica), il procuratore distrettuale competente investirà il giudice per le indagini preliminari che, ricevuta la richiesta, autorizzerà l'esecuzione previo accertamento delle condizioni per il riconoscimento dell'ordine di indagine, con le forme previste per il procedimento in camera di consiglio (art. 5 del d. lgs. cit.).

Anche detta previsione riflette, *mutatis mutandis*, quella contenuta nella norma interna di attuazione della MAP (art. 8, comma 2 del d. lgs. n. 52 del 2017).

Intervenendo su un altro fattore di ritardo delle procedure tradizionali, le norme attuative dell'OEI e della MAP disciplinano **il caso delle richieste di assistenza che devono trovare esecuzione in diversi distretti**, abolendo il ruolo (finora) assegnato alla Corte di cassazione dall'art. 724, comma 1-*bis* cod., proc. pen. e predeterminando, per quanto possibile, i criteri di individuazione del giudice competente.

E' riconosciuta *vis atractiva* all'Ufficio del procuratore distrettuale competente per il maggior numero di atti da eseguire ovvero, in caso di egual numero, a quello nel cui distretto devono compiersi gli atti di maggiore importanza investigativa.

Al fine di assicurare continuità e concentrazione delle attività di assistenza attinenti a una medesima indagine o a indagini collegate, è pure previsto che in tale caso (che l'autorità di emissione dovrà segnalare compilando la sezione D del modulo standardizzato) la competenza resti radicata presso il procuratore della Repubblica che ha provveduto per l'OEI precedente (art. 4, commi 5 e 7 del d. lgs. n. 108 del 2017).

Analogamente dispone l'art. 8, comma 3 del d. lgs. n. 52 del 2017, attuativo della MAP, con riferimento alle richieste di assistenza collegate.

Tanto la norma di attuazione dell'OEI (art. 4, comma 6) quanto quella relativa alla MAP (art. 8, comma 3 penultimo periodo) assegnano al procuratore della Repubblica che riceve l'OEI o la richiesta di assistenza il compito di trasmettere direttamente l'OEI o la richiesta ricevuti dall'Autorità estera all'ufficio ritenuto competente, demandando la soluzione degli eventuali contrasti alla disciplina degli artt. 54, 54-*bis* e 54-*ter* cod. proc. pen.

A partire dal 31 ottobre 2017, la concentrazione in capo ai procuratori della Repubblica presso i tribunali del capoluogo di distretto delle competenze inerenti l'esecuzione dell'assistenza giudiziaria connoterà anche il sistema rogatorio, in base al Decreto legislativo 3 ottobre 2017, n. 149 recante *Disposizioni di modifica del Libro XI del codice di procedura penale*, pubblicato in GU n. 242 del 16 ottobre 2017.

Il Decreto modifica, infatti, l'art. 724 prevedendo che le richieste di assistenza giudiziaria per le attività di acquisizione probatoria (ma anche quelle orientate al sequestro di beni a fini di confisca) siano trasmesse e trattate dal procuratore che, laddove si tratti di atti necessitanti dell'intervento del giudice ("acquisizioni probatorie da compiersi davanti al giudice") o della sua autorizzazione, dovrà presentare senza ritardo le proprie richieste al giudice per le indagini preliminari distrettuale.

Agli stessi soggetti competerà la decisione di sospendere l'esecuzione della richiesta "quando da essa può derivare pregiudizio alle indagini o a procedimenti penali in corso" (art. 724, comma 8), così come l'autorizzazione della presenza all'esecuzione dell'atto di rappresentanti o incaricati dello Stato richiedente (art. 725, comma 3).

Anche in tema di determinazione della competenza a trattare domande di assistenza aventi per oggetto atti da eseguirsi in più distretti, il novellato art. 724, commi 4, 5 e 6 c.p.p. completa il percorso inaugurato dai decreti attuativi della MAP e dell'OEI.

E' infatti abolito il ruolo *preventivo* finora assegnato alla Corte di cassazione, con la predeterminazione di criteri legali di concentrazione della competenza in capo "al procuratore distrettuale del luogo nel quale deve compiersi il maggior numero di atti, ovvero, se di eguale numero, a quello nel cui distretto deve compiersi l'atto di maggiore importanza investigativa" e con l'assegnazione allo stesso procuratore del compito di trasmettere immediatamente la richiesta all'ufficio ritenuto competente.

Anche in questo contesto, la soluzione dell'eventuale contrasto tra procuratori distrettuali è demandata ai meccanismi di cui agli articoli 54, 54-bis e 54-ter c.p.p.

Quando il contrasto insorge tra diversi giudici per le indagini preliminari, la soluzione è demandata alla Corte di cassazione che decide secondo le forme previste dagli articoli 32, comma 1 e 127 c.p.p., in quanto compatibili.

4. Il procedimento: termini e comunicazioni dovute all'autorità di emissione e ad autorità interne

Ricevuto l'OEI, il procuratore distrettuale dovrà anzitutto comunicare all'Autorità di emissione, entro sette giorni, l'avvenuta ricezione utilizzando il modulo di cui all'allegato B) del decreto. In detta comunicazione l'Autorità di esecuzione dovrà aver cura di indicare le modalità di esecuzione dell'atto quando da queste derivi l'impossibilità di garantire la riservatezza sul contenuto e sui fatti posti a fondamento dell'ordine di indagine (art. 6, comma 1).

Ai sensi dell'art. 4, comma 1 il procuratore della Repubblica competente dovrà trasmettere al Ministero della Giustizia copia di ogni ordine di indagine ricevuto, provvedendo altresì ad informare il Procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo, ai fini del coordinamento investigativo, quando si tratta di indagini relative ai delitti di cui all'art. 51, commi 3-bis e 3-quater c.p.p.

Assolti gli obblighi comunicativi e informativi di cui sopra, il procuratore della Repubblica dovrà provvedere a emettere, salvi i casi di rifiuto o restituzione di seguito specificati, **un decreto motivato di riconoscimento**, entro il termine (ordinatorio) di 30 giorni o entro il più breve termine eventualmente indicato dall'autorità di emissione, quando sussistono ragioni di urgenza o di necessità (ragioni che l'autorità di emissione dovrà evidenziare nella sezione B del modulo OEI).

Laddove si profili la sussistenza di **condizioni formali e sostanziali che potrebbero condurre al rifiuto del riconoscimento**, prima di emettere un provvedimento di tenore negativo, l'autorità giudiziaria interna è tenuta a dare **tempestiva comunicazione del rilievo all'autorità di emissione, "al fine di rimuovere, ove possibile, il motivo di rifiuto"** (art. 6, comma 2).

Solo qualora il motivo di rifiuto non risulti rimosso all'esito di detta interlocuzione, l'autorità di esecuzione potrà emettere una decisione motivata di rifiuto da comunicare immediatamente all'autorità di emissione.

Quest'ultima dovrà essere altresì tempestivamente informata dell'eventuale impugnazione del decreto di riconoscimento (art. 13) e del suo eventuale annullamento.

Nel termine di 90 giorni successivi al decreto di riconoscimento, deve aver luogo **l'esecuzione dell'atto**, cui si procederà secondo le forme espressamente richieste dall'autorità di emissione se queste non contrastano con i principi dell'ordinamento giuridico dello Stato (sezione I del modulo).

Dovranno, invece, essere in ogni caso eseguite secondo le modalità dettate dalla legge nazionale le decisioni aventi ad oggetto le *operazioni sotto copertura* (art. 21 del decreto) e *i ritardi od omissioni di atti di arresto o di sequestro* (art. 22).

Del termine indicato dall'autorità emittente dovrà tener conto il giudice per le indagini preliminari nei casi in cui, ai sensi dell'art. 5 del decreto, sia stato investito della decisione che autorizza l'esecuzione.

4.1 Avvisi al difensore

Nel caso di avvenuto riconoscimento e di messa in esecuzione dell'OEI, l'art. 4, commi 4 e 8 disciplina **le comunicazioni dovute dalla segreteria del pubblico ministero al difensore della persona sottoposta alle indagini**, secondo una regola di assimilazione all'atto interno analogo.

Rileverà la distinzione tra *atti garantiti in senso forte* (per es. interrogatorio, ispezione, individuazione di persona, confronto) per i quali il decreto di riconoscimento dovrà essere comunicato al difensore, prima dell'esecuzione dell'atto, nei medesimi termini stabiliti dalla legge interna (artt. 364, 375 c.p.p.); e atti ai quali il difensore ha diritto di assistere senza previo avviso (perquisizioni e sequestri, ex art. 365 c.p.p.), il cui decreto di riconoscimento dovrà essere comunicato *al momento in cui l'atto è compiuto o immediatamente dopo*.

Il deposito nella segreteria del pubblico ministero dei verbali degli atti ai quali il difensore ha diritto di assistere è regolato dall'art. 4, comma 8 del decreto mediante rinvio all'art. 366, comma 1 c.p.p.

Nessuna comunicazione è dovuta a seguito del riconoscimento dell'OEI relativo a un atto per il quale la legge interna non preveda il diritto del difensore ad assistervi (per es. intercettazione).

5. La funzione di controllo dell'autorità giudiziaria di esecuzione

L'eliminazione di un incidente procedurale diretto all'*exequatur* non significa l'abolizione della verifica di una serie di requisiti formali e sostanziali la cui insussistenza, come detto, dovrà dar luogo in prima battuta a interlocuzioni intese all'emenda o all'integrazione dell'OEI da parte dell'Autorità emittente; e in caso di mancata integrazione/rettifica, al rifiuto del riconoscimento e dell'esecuzione ai sensi dell'art. 10 del d. lg. n. 108 del 2017.

La coppia concettuale riconoscimento/esecuzione segnala, nella norma interna di attuazione, la persistenza della funzione di controllo della compatibilità giuridica dell'atto richiesto/ordinato dall'Autorità estera.

Il modulo standardizzato, se scrupolosamente compilato, semplifica la funzione di controllo consentendo l'immediato rintraccio dei requisiti rilevanti.

Una prima indicazione generale sugli obiettivi della funzione di controllo si ricava dalla disposizione di principio contenuta nell'art. 1 del d. lgs. n. 108 del 2017 che evoca il "rispetto dei principi dell'ordinamento costituzionale e della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea in tema di diritti fondamentali, nonché in tema di diritti di libertà e di giusto processo".

Il catalogo dei motivi tipizzati di *rifiuto e restituzione* (art. 10 della norma interna), che declina in termini di obbligatorietà tutti i *motivi di non riconoscimento o di non esecuzione* previsti dall'art. 11 della Direttiva, isola i nuclei intorno ai quali dovrà esercitarsi la verifica.

Ulteriori indicazioni sono desumibili dalle disposizioni dedicate alla verifica della legittimazione dell'autorità emittente (art. 10, comma 3 del d. lgs. n. 108/2017) e al principio di proporzionalità (art. 7 del d. lgs. cit.).

5.1. Presupposti e requisiti formali

5.1.1. Legittimazione dell'Autorità emittente

La norma interna di attuazione ammette, già nelle disposizioni definitorie dell'art. 2, comma 1 lett. a) il riconoscimento e l'esecuzione di un OEI emesso da un'Autorità giudiziaria o anche da un'Autorità amministrativa, a condizione che esso sia stato convalidato dalla prima.

L'OEI è infatti definito come “*il provvedimento emesso dall'autorità giudiziaria o dall'autorità amministrativa e convalidato dall'autorità giudiziaria di uno Stato membro dell'Unione europea*” (lett. a); mentre l'Autorità di emissione è indicata come “*l'autorità competente di uno Stato membro dell'Unione, che emette l'ordine di indagine ... o convalida una richiesta di acquisizione probatoria proveniente da un'autorità amministrativa*”.

Le disposizioni interne corrispondono alla definizione di *Autorità di emissione* recata dall'art. 2 lett. c) della Direttiva che, oltre alle autorità giudiziarie (“un giudice, un organo giurisdizionale, un magistrato inquirente o un pubblico ministero competente nel caso interessato”), include “qualsiasi autorità competente definita dallo Stato di emissione che, nel caso di specie agisca in qualità di autorità inquirente nel procedimento penale e sia competente a disporre l'acquisizione di prove in conformità del diritto nazionale”, prevedendo in tal caso che l'OEI, prima di essere trasmesso all'autorità di esecuzione, sia “convalidato, previo esame della sua conformità alle condizioni di emissione di un OEI ai sensi della presente direttiva ... da un giudice, un organo giurisdizionale, un magistrato inquirente o un pubblico ministero nello Stato di emissione”.

L'ampiezza della previsione sovranazionale corrisponde alle necessità di alcuni Stati membri (tra questi, il Belgio, la Germania, l'Ungheria)¹⁷ che conoscono procedimenti sanzionatori gestiti dall'Autorità amministrativa (per lo più nell'ambito fiscale, doganale e delle infrazioni del codice della strada) e che hanno individuato, nelle rispettive leggi nazionali, le autorità giudiziarie competenti per la convalida (il giudice istruttore per il Belgio, il Public Prosecutor presso il *Landgericht* per la Germania, il Procuratore Generale per l'Ungheria): queste ultime si rappresenteranno alle autorità di esecuzione italiane come autorità di emissione.

Per la verifica di tale presupposto, le Autorità di esecuzione italiane dovranno:

- **esaminare le Sezioni F, K ed L del modulo standardizzato dedicate, rispettivamente, alle informazioni inerenti il tipo di procedimento per il quale l'OEI è emesso, i dati dell'autorità che ha emesso l'OEI, quelli dell'autorità giudiziaria che ha convalidato l'OEI;**
- **confrontare dette informazioni con le dichiarazioni che gli Stati membri devono notificare ai sensi dell'art. 33 (1) lett. a) della direttiva.**

L'insussistenza della legittimazione è indicata dall'art. 10, comma 3 del d. lgs. n. 108 del 2017 come motivo di restituzione dell'OEI.

L'Italia (come la Francia, l'Estonia, la Lituania, i Paesi Bassi) non ha inteso estendere la portata dello strumento agli accertamenti facenti capo alle proprie Autorità amministrative. Non v'è pertanto menzione di dette Autorità nelle disposizioni del Titolo III dedicate alla *procedura attiva*.

¹⁷ Una prima ricognizione al riguardo è contenuta nel documento EJN, *Competent authorities and languages accepted for the European Investigation Order in criminal matters as notified by the Member States which have transposed the Directive 2014/41/EU*, aggiornato al 16 ottobre 2017 e reperibile sul sito della Rete Giudiziaria Europea (<https://www.ejnforum.eu/cp/registry-files/3339/Competent-authorities-and-languages-accepted-EIO-16-october2017.pdf>).

5.1.2. Regime linguistico

L'*incoraggiamento* degli Stati membri ad ammettere il riconoscimento e l'esecuzione di un OEI compilato in "almeno una lingua comunemente utilizzata nell'Unione diversa dalla loro lingua o lingue ufficiali" (*considerando 14*) non è stato, al momento, recepito dal nostro Paese che, così come la Francia e la Germania¹⁸, ha notificato ai sensi dell'art. 33 § 1 una dichiarazione che ammette esclusivamente l'uso della propria lingua nazionale.

La dichiarazione corrisponde alla necessità (coincidente con quella manifestata dai Governi tedesco e francese) di garantire il rispetto dei termini assegnati per i provvedimenti di competenza dell'Autorità di esecuzione e ridurre i costi di gestione di queste procedure che, ai sensi dell'art. 15 del d. lgs. n. 108 del 2017, ricadono sullo Stato di esecuzione.

Il requisito connesso al regime linguistico ammesso, non corrispondendo a un tipizzato motivo di rifiuto, va interpretato con flessibilità.

L'autorità giudiziaria italiana ricevente potrà tanto richiedere all'Autorità emittente di conformare l'atto al regime linguistico accettato dallo Stato, quanto disporne la traduzione laddove l'attività richiesta risulti urgente e/o la traduzione non risulti particolarmente complessa e dispendiosa.

5.2 Controllo sul contenuto dell'OEI, condizioni sostanziali di compatibilità e motivi generali di non riconoscimento o di non esecuzione

L'art. 10 del d. lgs. n. 108 del 2017 elenca una serie di motivi di rifiuto obbligatorio validi per tutti gli ordini europei di indagine pervenuti alle autorità giudiziarie italiane, qualunque sia l'atto richiesto.

5.2.1. Incompletezza, manifesta erroneità, incoerenza e incongruità delle informazioni contenute dell'OEI (art. 10 comma 1, lett. a)

Il motivo non trova esatta corrispondenza nella direttiva ed è tuttavia comprensibile alla luce della necessità di assicurare una risposta rapida e nel contempo informata ai canoni di garanzia.

A ben vedere, la previsione interna valorizza la funzione centrale assegnata dalla Direttiva al modulo standardizzato.

Occorre però interpretare questo motivo di rifiuto in termini conformi al canone di *primauté communautaire* e allo spirito della direttiva, limitando la decisione restitutoria ai casi nei quali l'incompletezza o l'inesattezza risultino essenziali e non abbiano avuto successo le interlocuzioni (prescritte in via generale dall'art. 6, comma 2 del decreto) intese all'integrazione, al chiarimento o alla rettifica dell'OEI.

La *Relazione illustrativa* dello schema del decreto di attuazione riferisce del resto il rifiuto al caso dell'*incompletezza non emendata dell'OEI*, richiamando l'art. 16 (2) lett. a della direttiva che impone all'autorità di esecuzione di informare immediatamente e con qualsiasi mezzo disponibile l'autorità di emissione del caso in cui "è impossibile (...) adottare una decisione sul

¹⁸ Per quanto riguarda i rapporti con le autorità tedesche, bisognerà tener conto della previsione dell'art. 10 dell'Accordo aggiuntivo alla CEAG 1959 stipulato il 24.10.1979 che consente l'inoltro di richieste redatte nella lingua del Paese richiedente. Poiché sia l'Italia che la Germania hanno notificato alla Commissione UE l'intento di salvaguardare detto Accordo, nelle parti che "consentono di rafforzare ulteriormente gli obiettivi" della direttiva OEI, deve ritenersi che detta previsione imponga alle autorità tedesche di accettare OEI trasmessi dalle Autorità emittenti italiane nella lingua nazionale, e viceversa.

riconoscimento o sull'esecuzione a motivo del fatto che il modulo previsto nell'allegato A è incompleto o manifestamente inesatto”.

5.2.2. Immunità riconosciute dallo Stato italiano che limitano o impediscono l'esercizio o il proseguimento dell'azione penale nei confronti della persona per cui si procede (art. 10, comma 1, lett. b)

Il rifiuto deve intendersi circoscritto al caso dell'immunità non rimossa, a quella non rimovibile in assoluto (per esempio, l'insindacabilità delle opinioni espresse o dei voti dati dal parlamentare ai sensi dell'art. 68, comma 1 Cost.) o a quella la cui rimozione non compete alle autorità dello Stato di esecuzione.

Laddove si tratti di ostacolo procedurale la cui rimozione dipenda dalle autorità italiane (per esempio, per i reati previsti dall'art. 313 cod. pen.), l'art. 9, comma 4 assegna al procuratore della Repubblica distrettuale il compito di richiedere l'autorizzazione a procedere (ai sensi degli artt. 343 e 344 cod. proc. pen., 111 att. cod. proc. pen.) all'autorità competente e il rifiuto potrà essere opposto soltanto a seguito della decisione negativa di quest'ultima.

La previsione ricomprende anche le ipotesi di inviolabilità del parlamentare, rimovibili con le autorizzazioni *ad acta* previste dalla legge 20 giugno 2003, n. 140¹⁹.

5.2.3. Pregiudizio per la sicurezza nazionale (art. 10, comma 1, lett. c)

Anche la verifica di questo aspetto, affidata nel sistema rogatorio tradizionale al vaglio del Ministro della giustizia (art. 723 cod. proc. pen.), è tendenzialmente demandata dalla norma interna di attuazione dell'OEI all'Autorità giudiziaria competente per l'esecuzione²⁰.

Il riferimento della norma interna al pericolo di *pregiudizio per la sicurezza nazionale* racchiude, nelle intenzioni del legislatore (*Relazione illustrativa*, pag. 6), la più articolata definizione contenuta nell'art. 11 (1) lett. b della Direttiva che contempla il “caso specifico” nel quale l'esecuzione dell'OEI “leda interessi essenziali di sicurezza nazionale, metta in pericolo la fonte delle informazioni o comporti l'uso di informazioni classificate riguardanti attività di intelligence specifiche”.

Come si vedrà nel par. 17.2 della presente circolare, le valutazioni della competente autorità politica recuperano un ruolo quando, nel contesto dell'esecuzione di un OEI emesso per l'intercettazione di telecomunicazioni, siano acquisite comunicazioni di servizio di appartenenti al Dipartimento delle informazioni per la sicurezza.

5.2.4. Ne bis in idem (art. 10 lett. d)

¹⁹ La *Circulaire* del Ministero francese, fornisce analogia interpretazione delle previsioni della legge interna di attuazione (art. 694-31 del codice di procedura): “La DEE doit être refusée si un privilège ou une immunité fait obstacle à son exécution. Lorsque ce privilège ou cette immunité est susceptible d'être levée par une autorité française (comme par exemple l'immunité d'un en député ou d'un sénateur pouvant être levée par le bureau de l'Assemblée nationale ou du Sénat), la décision d'enquête n'est refusée qu'après que le magistrat français saisi a adressé sans délai à l'autorité française compétente une demande de levée de ce privilège ou de cette immunité, qui a été refusée ».

²⁰ E' diversa l'opzione praticata dal legislatore francese che riserva la valutazione di detto profilo e di quello attinente alla violazione degli interessi essenziali della Nazione al Ministro della giustizia e costruisce un percorso di trasmissione dell'OEI dall'Autorità giudiziaria di esecuzione (*procureur de la République* o *juge d'instruction*) al Procuratore generale e da questi al Ministro che, previa consultazione dell'Autorità di emissione e richiesta delle informazioni complementari ritenute necessarie, potrà decidere di rifiutare l'esecuzione o di restituire l'OEI all'Autorità giudiziaria interna per l'ulteriore corso (*Circulaire*, p. 27 s.).

La locuzione utilizzata nel decreto di attuazione dell'OEI ("dalle informazioni trasmesse risulta la violazione del divieto di sottoporre una persona, già definitivamente giudicata, a un nuovo processo per i medesimi fatti") corrisponde a quella contenuta nell'art. 13, comma 1 lett. c) del d. lgs. 15 febbraio 2016, n. 36 relativa all'attuazione della decisione quadro 2009/829/GAI sul mutuo riconoscimento delle decisioni applicative di misure alternative alla detenzione cautelare.

La condizione va verificata alla stregua dell'art. 649 cod. proc. pen. ma anche del cd. *ne bis in idem europeo* sancito dall'art. 50 della Carta di Nizza, che si configura quale garanzia generale da invocare nello spazio giuridico europeo, ogni qual volta si sia formato in qualsiasi Stato dell'Unione un giudicato penale su un medesimo fatto nei confronti della medesima persona, a prescindere dalla sua cittadinanza europea.

Non rileveranno soltanto le decisioni definitive assunte dalle autorità giudiziarie interne ma anche quelle assunte in altri Stati dell'Unione, anche diversi da quello di emissione, con l'unica limitazione, prevista dall'art. 51 della stessa Carta di Nizza, che il giudicato attenga a materie che rientrano negli ambiti di competenza della stessa Unione europea. Condizione, quest'ultima, che la Commissione europea e la stessa Corte di giustizia tendono ormai a interpretare in maniera estensiva, reputando sufficiente che la situazione esaminata "presenti un elemento di collegamento con il diritto dell'Unione" (Comunicazione del 19 ottobre 2010) ovvero che si tratti di norme incriminatrici nazionali "atte a entrare nel campo di applicazione del diritto dell'Unione", non necessariamente perché scaturenti dalla trasposizione di fonti UE ma anche nel caso in cui adottino misure in deroga a tali obblighi (CGUE, 29.5.1997, Kremzov; 22/11/2005, Mangold; 19.1.2010, Kucukdeveci; 26.2.2013, Akerberg).

Verranno in gioco i reati riconducibili alla protezione degli interessi finanziari dell'Unione (Convenzione del 26 luglio 1995), i reati di corruzione, ma anche quelli attinenti al traffico di stupefacenti e alle altre materie contemplate dall'art. 83 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE)²¹.

Dovrà trattarsi naturalmente di **decisioni definitive di merito**, come ha più volte chiarito la Corte di cassazione e come è stato di recente ribadito da CGUE, Grande sezione, 29.6.2016, Kossowski²².

Al fine di orientare le decisioni di riconoscimento in termini che non diano luogo alla sostanziale elusione degli impegni internazionali, è opportuno richiamare anche l'insegnamento giurisprudenziale che, in tema di art. 18 lett. m) della legge n. 69 del 2005, raccomanda di "avere riguardo al **criterio dell'identità sostanziale dei fatti oggetto dei relativi procedimenti**, indipendentemente dall'eventuale diversa qualificazione giuridica attribuita all'episodio dalle autorità dello Stato richiedente e di quello richiesto", procedendo ove necessario ad accertamenti ulteriori rispetto al mero raffronto delle imputazioni, a partire dall'approfondita analisi delle motivazioni dei provvedimenti (C., VI, n. 5092/14).

Come raccomandato dal *Considerando 17* della direttiva, occorre avere riguardo alla "**natura preliminare**" dei procedimenti alla base di un OEI, dalla quale discende che "la sua esecuzione non dovrebbe essere rifiutata se è intesa a stabilire la sussistenza di un eventuale conflitto con il principio del *ne bis in idem* o se l'autorità di emissione ha garantito che le prove trasferite a seguito dell'esecuzione dell'OEI non saranno usate per perseguire penalmente o sanzionare una persona il cui processo si è definitivamente concluso in un altro Stato membro sulla base degli stessi fatti".

²¹ Per una puntuale ricostruzione del principio del *ne bis in idem europeo*, compiuta nel contesto di una procedura estradizionale regolata dalla Convenzione europea di estradizione, si rimanda a C., VI n. 54467/16.

²² La sentenza ha escluso l'applicazione del principio in una procedura estradizionale nella quale veniva in gioco il provvedimento di un pubblico ministero polacco, che aveva dismesso l'esercizio dell'azione penale con una decisione non fondata sull'*esame condotto nel merito della causa*.

La formula impiegata nel decreto di attuazione, essendo incentrata sulla finalità di prevenire la celebrazione di un nuovo giudizio sul medesimo fatto, certamente consente alle competenti autorità italiane di dare esecuzione a un OEI che sia stato emesso proprio al fine di evitare l'instaurazione o la prosecuzione nello Stato di emissione di un secondo giudizio sul medesimo fatto.

Le informazioni rilevanti al riguardo potranno ricavarsi dalla sezione G punto 1 del modulo in allegato A e potranno formare oggetto di richiesta di chiarimento o integrazione ai sensi dell'art. 6, comma 2 del d.lgs. n. 108.

5.2.5. Incompatibilità dell'atto richiesto con i principi e diritti fondamentali (art. 10 lett. e).

La norma interna traduce il motivo di non riconoscimento o di non esecuzione previsto dall'art. 11 lett. c) della Direttiva riferendosi al caso di sussistenza di fondate ragioni per ritenere che l'esecuzione dell'atto richiesto nell'ordine di indagine sia incompatibile con gli obblighi dello Stato sanciti dall'art. 6 del Trattato sull'Unione europea e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

5.2.6. Doppia incriminazione salvo eccezioni (art. 10, comma 1 lett. f e comma 2)

La previsione interna ricalca quella dell'art. 11 della direttiva.

La condizione è declinata in senso non formalistico: l'autorità giudiziaria italiana dovrà stabilire se il fatto per il quale è stato emesso l'OEI sia punito dalla legge italiana come reato, prescindendo dall'identità di *nomen juris* e dalla perfetta corrispondenza degli elementi costitutivi della fattispecie interna e di quella configurata dall'Autorità emittente.

Qualora si tratti di violazioni tributarie, doganali o valutarie, il rifiuto non potrà essere fondato sul fatto "che la legge italiana non impone lo stesso tipo di tasse o di imposte, o (...) che la legislazione italiana in materia tributaria, valutaria o doganale è diversa da quella dello Stato di emissione" (art. 10, comma 2).

Per la corretta applicazione di questo motivo di rifiuto appare utile il richiamo della giurisprudenza interna di legittimità che, confrontandosi con l'analoga condizione prevista, in tema di mandato di arresto europeo (art. 7, comma 1 della legge 22 aprile 2005, n. 69), ha avuto modo di precisare che "non è necessario che lo schema astratto della norma incriminatrice dell'ordinamento straniero trovi il suo esatto corrispondente in una norma dell'ordinamento italiano, ma è sufficiente che la concreta fattispecie sia punibile come reato in entrambi gli ordinamenti, a nulla rilevando l'eventuale diversità, oltre che del trattamento sanzionatorio, anche del titolo e di tutti gli elementi richiesti per la configurazione del reato" (C. VI, n. 22249/17; C. VI, n. 19406/12; C. VI, n. 4538/12; C. VI, n. 11598/07).

La condizione delle *doppia incriminabilità* incontra, nella legge interna e nella corrispondente fonte dell'Unione, due ambiti di deroga.

Il primo, definito mediante rinvio all'art. 9, comma 5 del d.lgs. n. 108, riguarda alcune **tipologie di atti** accomunate da un minore livello di invasività ovvero dal fatto di consistere in informazioni già regolarmente acquisite e disponibili per le Autorità del Paese di esecuzione.

Rispetto a queste categorie di atti la direttiva promuove l'armonizzazione dei diversi ordinamenti coinvolti.

Si tratta dell'acquisizione dei verbali di prove di altro procedimento; dell'acquisizione di informazioni contenute in banche dati accessibili all'autorità giudiziaria; dell'audizione della persona informata dei fatti, del testimone, del consulente o del perito, della persona offesa, nonché della persona sottoposta ad indagini o dell'imputato presenti nel territorio dello Stato; degli atti di indagine che non incidono sulla libertà personale e sul diritto all'inviolabilità del domicilio; dell'identificazione di persone titolari di uno specifico numero telefonico o di un indirizzo di posta elettronica o di un indirizzo IP²³.

Il secondo ambito della deroga (art. 11 della legge interna) è definito dalle **32 categorie di reato** riprese dall'elenco contenuto nell'allegato D della direttiva che, laddove sanzionate nello Stato di emissione dell'OEI con una pena non inferiore nel massimo a tre anni o con una misura di sicurezza detentiva, obbligano il Paese di esecuzione a prestare assistenza a prescindere dalla condizione della doppia incriminazione.

L'elenco ricalca quello allegato, con la medesima funzione, ad altre fonti istitutive di strumenti di mutuo riconoscimento trasposte nel nostro ordinamento, quali la decisione quadro 2002/584/GAI in tema di mandato di arresto europeo; la decisione quadro 2008/909/GAI in tema di trasferimento dei condannati verso i paesi di origine; la decisione quadro 2003/577/GAI relativa all'esecuzione nell'Unione europea dei provvedimenti di blocco dei beni o di sequestro probatorio.

Il *considerando 26* richiama l'opportunità che *le categorie di reati elencati nell'allegato D* siano interpretate "in maniera coerente con l'interpretazione basata sugli strumenti esistenti in materia di riconoscimento reciproco".

Anche a tale riguardo pare dunque utile il richiamo della giurisprudenza interna che, occupandosi della previsione dell'art. 8 della legge 22 aprile 2005, n. 69 attuativa del mandato di arresto europeo, ha più volte enunciato il principio per il quale l'elencazione dei reati che consentono di prescindere dalla verifica della doppia incriminazione non è indicativa di una specifica qualificazione giuridica del fatto, quanto piuttosto dell'appartenenza ad una categoria di delitti, definita secondo una tecnica descrittiva che tiene conto della necessità di rendere comprensibile l'oggetto del procedimento penale nei rapporti tra ordinamenti diversi dell'Unione europea (C. VI, n. 43536/14 che richiama la decisione C.G.U.E, 3 maggio 2007, in causa C-303/05; C. VI, n. 39772/07).

²³ Analogamente, l'art. 694-33 del codice di procedura penale francese, così come modificato dall'Ordonnance n°206-1636, annovera: «*l'obtention d'informations ou d'éléments de preuve qui sont déjà en possession des autorités françaises et qui auraient pu être obtenus en droit français dans le cadre d'une procédure pénale ; l'obtention d'informations contenues dans le fichiers judiciaires, de police ou de gendarmerie accessibles dans le cadre d'une procédure pénale; toute audition de témoin, d'expert, de victime, de suspect ou personne poursuivie ou de tiers ; l'identification de titulaires d'un numéro de téléphone ou d'une adresse IP spécifique; et de manière générale, toute autre mesure d'enquête non intrusive qui ne porte pas atteinte aux droits ou libertés individuels*».

Sostanzialmente identica la legge di attuazione britannica (2017 n°730 - art. 28 par. 2) che menziona gli ordini finalizzati a: "(a) *the obtaining of evidence which is already in the possession of the central authority, or appears to the central authority to already be in the possession of an executing authority, where it appears to the central authority that the evidence could lawfully have been obtained in the framework of a criminal investigation or criminal proceeding or for the purposes of the European investigation order in the relevant part of United Kingdom; (b) the obtaining of evidence contained in database held by police or judicial authorities, where it appears to the central authority that the evidence is directly accessible by the central authority or by an executing authority in the framework of a criminal investigation or criminal proceedings; (c) the hearing of a witness, expert, victim, suspect, accused person or third party in the relevant part of United Kingdom; (d) any non-coercitive investigative measure, or (e) the identification of a person holding a subscription of a telephone number or IP address specified in the order*".

5.3 Motivi generali di non riconoscimento o di non esecuzione previsti dalla direttiva e non espressamente trasposti dalla norma di attuazione

In aggiunta ai motivi sopra enumerati, l'art. 11 della Direttiva contempla la possibilità per le autorità di esecuzione di considerare quali cause di rifiuto:

- il caso nel quale dall'esecuzione dell'OEI può derivare contrasto con le “norme sulla determinazione e limitazione della responsabilità penale relative alla **libertà di stampa**” [art. 11, (1) lett. a, seconda parte];
- il caso nel quale “l'OEI si riferisca a un reato che si presume commesso fuori del territorio dello Stato di emissione e interamente o parzialmente commesso nel territorio dello Stato di esecuzione, e la condotta per la quale l'OEI è emesso non costituisca reato nello Stato di esecuzione” [art. 11 (1) lett. e];
- il caso nel quale il ricorso all'atto di indagine richiesto nell'OEI sia limitato dal diritto dello Stato di esecuzione a un elenco o a una categoria di reati o a reati punibili entro una certa soglia fra cui non figura il reato oggetto dell'OEI [art. 11 (1) lett. h].

Il decreto di attuazione non traduce dette previsioni in espressi motivi generali di rifiuto.

La scelta di non trasporre in apposita previsione la clausola collegata alla salvaguardia della libertà di stampa e di comunicazione è spiegata dalla *Relazione illustrativa* con la considerazione che, nel caso di evidente sussistenza della scriminante dell'esercizio del diritto di cronaca, di critica e di manifestazione del pensiero, il rifiuto del riconoscimento dovrebbe essere opposto sulla base del motivo contemplato dalla lettera f) dell'art. 10 del decreto. L'evidente difetto di *antigiuridicità* ridonderebbe cioè in carenza del requisito di *doppia incriminazione*.

Quanto al caso previsto dall'art. 11 (1) lett. e) della Direttiva, la mancata ricezione del motivo di rifiuto nella normativa interna comporta che, nel caso dell'OEI emesso per un reato commesso al di fuori del territorio dello Stato di emissione e interamente o parzialmente nel territorio dello Stato di esecuzione, varrà la condizione generale della doppia incriminazione temperata dalla salvezza dei casi nei quali l'OEI sia stato emesso per una delle aree criminali elencate nell'art. 11 del decreto (allegato D della direttiva) e dall'eccezione degli atti investigativi/probatori previsti dall'art. 9, comma 5.

La *ratio* del motivo (facoltativo) previsto dalla fonte europea è infatti quella di ritagliare per i casi di giurisdizione extraterritoriale dello Stato di emissione un'area di applicazione rigida e incondizionata del principio di doppia incriminazione (estesa cioè anche alle ipotesi contemplate nel richiamato catalogo e ai mezzi investigativi non coercitivi).

In definitiva, i casi in questione dovranno essere trattati dall'autorità italiana di esecuzione secondo il regime generale dell'art. 10, comma 1 *lett. f*).

A conforto di questa interpretazione può richiamarsi la *Circulaire* del Ministero francese che, dando conto della diversa scelta di quel Governo di recepire un motivo specifico di rifiuto relativo ai *faits non pénalement sanctionnés et non commis dans l'Etat d'émission*, la traduce nell'indicazione per la quale in tali casi il riconoscimento della DEE deve essere rifiutato *tout court*; mentre nel caso dei *faits non pénalement sanctionnés mais commis dans l'Etat d'émission*, rilevano le eccezioni previste dagli articoli 694-32 e 694-33 del codice di procedura penale, relative alle *catégories d'infractions* dell'allegato D e alle *mesures non intrusives*.

La mancata previsione nell'art. 10 del decreto di un motivo generale di rifiuto corrispondente all'art. 11 lett. h della direttiva (limiti categoriali o alle soglie edittali entro le quali l'ordinamento interno consente il ricorso a un determinato atto di indagine) deve misurarsi con le previsioni dell'art. 9, comma 3 e con le *Disposizioni specifiche per determinati atti di indagine* contenute nel Capo II del Titolo II del d.lgs. n. 108. Per effetto di detta previsione dovrà, per esempio, essere rifiutato il riconoscimento di un ordine di intercettazione emesso da uno Stato membro per un reato non compreso nell'elenco di cui all'art. 266 cod. proc. pen. La mancata previsione di un motivo generale collegato alla violazione dei limiti di ammissibilità di un atto determinato nell'ordinamento interno non significa insomma l'irrelevanza di detti limiti, discendendo piuttosto dalla scelta di *specializzare* la *sedes materiae*.

5.3. Requisiti specifici di determinati atti di indagine e correlati motivi di rifiuto

Dall'art. 9 del d. lgs. n. 108 del 2017, rubricato *Modalità particolari di esecuzione*, si desume la rilevanza di casi ulteriori di rifiuto correlati alla mancata previsione nella legge italiana dell'atto di indagine dedotto nell'OEI ovvero all'insussistenza dei presupposti che la legge interna detta per il suo compimento.

Anche in tali casi, varrà la regola generale che prescrive previe interlocuzioni con l'autorità emittente (art. 6, comma 2).

La risposta negativa non potrà essere immediata. Il Procuratore della Repubblica dovrà prima consultare l'autorità emissione proponendole il compimento di "uno o più atti diversi", ovviamente compatibili con la legge interna e "comunque idonei al raggiungimento del medesimo scopo".

Soltanto quando l'autorità di emissione non abbia acconsentito all'alternativa prospettata ovvero quando risulti impossibile individuare o praticare alternative rispetto all'atto indicato nell'OEI, il riconoscimento dovrà essere rifiutato (art. 9 comma 3).

Per effetto della previsione in parola, e sempre nel caso di esito negativo della doverosa verifica dell'esperibilità di mezzi alternativi con l'accordo dell'autorità di emissione (art. 9, comma 2), si configurano motivi specifici di rifiuto obbligatorio per taluni degli atti di indagine indicati nel Capo II del Titolo II del d. lgs. n. 108 del 2017.

Il coordinamento delle previsioni interne regolatrici con i motivi di rifiuto configurati dalla Direttiva nel Capo IV (recante "disposizioni specifiche per determinati atti di indagine") consente, a titolo esemplificativo, di individuare ipotesi specifiche di rifiuto del riconoscimento per i seguenti casi:

- il trasferimento temporaneo nello Stato di emissione a fini investigativi di persone detenute (art. 16 del d. lgs.), quando difetta il consenso della persona detenuta ovvero quando il trasferimento può determinare un prolungamento della detenzione del trasferito [art. 22 (2) della Direttiva];
- l'audizione mediante videoconferenza o altra trasmissione audiovisiva della persona sottoposta a indagini o dell'imputato (art. 18 del d. lgs.), nel caso in cui questi neghi il consenso [art. 24 (2 lett. a)];
- le operazioni sotto copertura (art. 21 del d. lgs., che traspone l'art. 29 della Direttiva rubricato *Operazioni di infiltrazione*), quando queste non siano previste in *un caso interno analogo*, che andrà individuato sulla base delle disposizioni dell'art. 9 della legge 16 marzo 2006, n. 146 richiamato dall'art. 21, comma 1 della norma interna; ovvero quando non sia stato possibile raggiungere un accordo con l'autorità di emissione sulle modalità delle

operazioni. Queste ultime, conformemente all'art. 29 par. 4 della Direttiva, dovranno infatti risultare conformi al “diritto e alle procedure nazionali” dello Stato di esecuzione, riconoscendosi in via esclusiva alle autorità di esecuzione di quest'ultimo il “diritto di azione, direzione e controllo delle operazioni”; potranno invece essere regolate su base consensuale “la durata, le condizioni particolareggiate, lo status giuridico degli agenti coinvolti nelle operazioni”;

- l'intercettazione di telecomunicazioni con l'assistenza tecnica dell'autorità giudiziaria italiana (art. 23 del d. lgs.), quando l'atto di indagine non sia previsto in *un caso interno analogo* [art. 30 (5) della Direttiva].

6. Principio di proporzione.

6.1. Significato e contenuto della verifica di proporzionalità

Nell'ordinamento europeo [art. 52 (1) della Carta di Nizza] il principio di proporzionalità impone di verificare che ogni limitazione di un diritto fondamentale persegua “*finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione*” o “*l'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui*”; che esistano fattori di compensazione capaci di rispettare il contenuto essenziale del diritto fondamentale; che la limitazione sia strettamente necessaria, non esistendo alternative meno invasive ugualmente capaci di assicurare l'obiettivo perseguito.

La direttiva 2014/41/UE richiama ripetutamente il principio.

L'art. 6 (1) lett. a) afferma che l'emissione dell'OIE deve risultare “necessaria e proporzionata [...], tenendo conto dei diritti della persona sottoposta ad indagini o imputata”. L'art. 10 par. 3 prevede l'obbligo dello Stato di esecuzione di valutare se sia possibile raccogliere le informazioni attraverso operazioni meno invasive per i diritti individuali.

E' dunque previsto un doppio controllo sulla proporzionalità, nella fase di emissione e in quella di attuazione dell'*euromandato* investigativo, con l'espressa previsione di un dovere di consultazione dei due Stati implicati quando lo Stato di esecuzione nutra dei dubbi sul rispetto del principio [art. 6 (2)].

Il *considerando 11* definisce il ruolo dell'autorità di emissione assegnandole in esclusiva la responsabilità di “accertare se le prove che si intende acquisire sono necessarie e proporzionate ai fini del procedimento, se l'atto di indagine scelto è necessario e proporzionato per l'acquisizione di tali prove, e se è opportuno emettere un OEI affinché un altro Stato membro partecipi all'acquisizione di tali prove”.

Sul versante dell'autorità di esecuzione, il *considerando* segnala invece il diverso impatto del controllo di proporzionalità rispetto a quello delle altre condizioni di riconoscimento/esecuzione presidiate dai motivi di rifiuto *tipizzati* nell'art. 11:

“L'esecuzione di un OEI non dovrebbe essere rifiutata per motivi diversi da quelli previsti nella presente direttiva. Tuttavia l'autorità di esecuzione dovrebbe avere la facoltà di optare per un atto di indagine meno intrusivo di quello richiesto dell'OIE interessato qualora consenta di ottenere risultati analoghi”.

L'art. 7 del decreto interno definisce il principio, sottolineando la dimensione *concreta* della valutazione di funzionalità e non ridondanza dell'atto richiesto, indicando un parametro collegato alla gravità del reato e alla pena prevista: “l'atto non è proporzionato se dalla sua esecuzione può derivare un sacrificio ai diritti e alle libertà dell'imputato o della persona sottoposta alle indagini o di altre persone coinvolte nel compimento degli atti richiesti, non giustificato dalle esigenze investigative o probatorie del caso concreto, tenuto conto della gravità dei reati per i quali si procede e della pena per essi prevista”.

La Relazione illustrativa spiega che “andrà valutata la capacità del mezzo richiesto di raggiungere l’obiettivo prefissato, secondo il criterio per il quale, a parità di efficacia, è da preferire sempre il mezzo che abbia conseguenze meno gravose” e che è all’uopo prescritto un bilanciamento tra la *restrizione imposta al singolo* e *il valore del fine perseguito dal pubblico potere nell’esercizio della funzione*.

E’ evidente, nella norma europea e nella legge interna, la preoccupazione di arginare il rischio del ricorso a strumenti invasivi e costosi per gli Stati chiamati a darvi esecuzione (cfr. l’art. 21 della direttiva e l’art. 15 del decreto attuativo) per il perseguimento di reati bagatellari.

6.2 Dinamica applicativa

In coerenza con lo spirito e la lettera della Direttiva, il legislatore interno esclude che il difetto di proporzionalità possa comportare, di per sé solo, il rifiuto del riconoscimento o dell’esecuzione.

L’autorità giudiziaria italiana di esecuzione darà comunicazione motivata all’autorità di emissione della rilevata sproporzione, concordando mezzi alternativi e meno invasivi comunque idonei al raggiungimento dello scopo (art. 9, comma 2).

Combinata con la previsione dell’art. 6, comma 3, la comunicazione tende a promuovere il ritiro dell’OEI o l’emissione di un nuovo mandato conformato sulla proposta dell’autorità di esecuzione.

In caso di esito negativo dell’interlocuzione, non è però prevista la possibilità del rifiuto che l’art. 9, comma 3 riserva al solo caso nel quale l’impraticabilità di mezzi alternativi investano l’indisponibilità del mezzo richiesto nell’ordinamento interno o il difetto dei presupposti dallo stesso previsti.

Naturalmente, laddove il principio di proporzione costituisca il sostrato sostanziale di una formalizzata condizione di ammissibilità dell’atto investigativo o probatorio (si pensi alla selezione dei *serious crimes* per i quali l’art. 266 cod. proc. ammette il ricorso alle intercettazioni), sarà il difetto di detto presupposto a rilevare quale motivo anche autosufficiente di rifiuto.

Il sindacato dell’autorità di esecuzione sulla proporzionalità deve intendersi escluso quando si tratti di uno degli atti non elencati nel già richiamato art. 9, comma 5 del decreto per i quali opera, anche sotto questo profilo, una regola di incondizionata disponibilità verso lo Stato di emissione.

7. Altre decisioni rimesse all’autorità giudiziaria di esecuzione

Tra le decisioni demandate all’autorità interna competente per l’esecuzione figurano quelle relative alla partecipazione all’attività dell’autorità di emissione e quelle relative all’eventuale rinvio del riconoscimento o dell’esecuzione.

7.1 Partecipazione all’esecuzione dell’autorità di emissione

L’art. 8 disciplina la prima evenienza, considerando anzitutto il caso nel quale dalla richiesta di partecipazione diretta dell’autorità di emissione alla ricerca o raccolta del dato investigativo o della prova emergano **ragioni giustificative della costituzione di una squadra investigativa comune**.

Potrebbe disvelarsi, per esempio, il parallelismo tra l’indagine in corso presso lo Stato di emissione e indagini interne relative ai delitti di criminalità organizzata, di terrorismo o comunque agli altri reati contemplati dall’art. 2, comma 1 del d. lgs. 15 febbraio 2016, n. 34 (attuazione delle squadre investigative comuni nell’ordinamento italiano); ovvero potrebbe constare la sussistenza

in concreto delle condizioni previste per la costituzione della squadra investigativa comune dal comma 2 dello stesso articolo (l'esigenza di compiere indagini particolarmente complesse sul territorio di più Stati membri o di assicurarne il coordinamento).

In tal caso il procuratore della Repubblica competente per l'esecuzione dell'OEI, ricevuta la richiesta di partecipazione dell'autorità estera, promuoverà la costituzione della squadra attenendosi alle disposizioni del decreto legislativo 15 febbraio 2016, n. 34, ivi comprese quelle che attengono all'informazione dovuta al procuratore generale presso la corte d'appello o al procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo ai fini del coordinamento investigativo (art. 2, comma 4 del d. lgs.n. 34/2016).

Qualora non si addivenga alla costituzione della squadra, il Procuratore della Repubblica dovrà concordare con l'autorità di emissione dell'OEI le modalità della partecipazione, attenendosi alle statuizioni del giudice per le indagini preliminari quando si tratti di atto che coinvolge la sua competenza ai sensi dell'art. 5 del decreto.

I parametri di valutazione della richiesta di *concelebrazione* sono chiaramente ricavabili dall'art. 9 della direttiva che, non casualmente, collega l'istituto alla possibilità riconosciuta all'autorità di emissione di indicare nell'OEI specifiche forme e procedure di esecuzione, caldeggiando *un metodo di consultazione* tra le autorità coinvolte capace di agevolare l'efficace applicazione di dette previsioni (par. 6).

La concelebrazione è, in buona sostanza, intesa ad assicurare – oltre che un più vigile e informato svolgimento dell'attività – un risultato utilizzabile nel processo in corso nello Stato di emissione.

Il *caveat*, tanto per l'adesione alla richiesta di forme specifiche di esecuzione quanto per l'accettazione di una procedura *concelebrata*, è costituito dalla salvaguardia dei principi fondamentali del diritto interno e degli interessi essenziali della sicurezza nazionale [art. 9 (2) e (4) della direttiva].

L'art. 8, comma 4 del decreto estende al funzionario dell'autorità emittente che partecipa all'esecuzione dell'ordine di indagine la qualifica di pubblico ufficiale “anche agli effetti della legge penale”.

7.2 Rinvio del riconoscimento o dell'esecuzione

L'art. 14 autorizza l'autorità giudiziaria di esecuzione a rinviare il riconoscimento o l'esecuzione dell'OEI quando l'uno o l'altra possono interferire con lo svolgimento di un procedimento penale interno.

La salvaguardia delle prioritarie esigenze di *giustizia interna* – che nel sistema rogatorio è stata finora affidata al provvedimento sospensivo della Corte d'appello (art. 724, comma 5-*bis* cod. proc. pen.) – è scandita in due fattispecie, corrispondenti a quelle indicate nell'art. 15 della direttiva:

- a) una ha carattere generale e contempla il caso nel quale l'esecuzione dell'OEI può pregiudicare un'indagine o un processo penale in corso nello Stato;
- b) l'altra si riferisce ai soli OEI concernenti sequestri probatori, e prevede l'ipotesi nella quale “le cose, i documenti o i dati oggetto di sequestro sono già sottoposti a vincolo”, per stabilire che l'esecuzione sia rinviata fino alla revoca del provvedimento interno.

In linea con i principi di semplificazione e con il canone di *ragionevolezza* indicato nella direttiva, si pongono le previsioni procedurali che sanciscono:

- la **comunicazione immediata della decisione di rinvio** che, come indicato nella *Relazione illustrativa*, dovrà essere motivata e, ove possibile, indicare la durata del differimento;
- il **contenimento dei suoi effetti entro il tempo strettamente necessario**: l'ordine dovrà essere eseguito "non appena viene meno la causa che ha dato luogo al rinvio".

Dalla *Relazione illustrativa* si desume che un parametro delle autorità interne nell'applicazione della più generica tra le due cause di rinvio (quella riportata sub a) è legato alla durata dell'indagine interna e degli obblighi di riservatezza: "l'avvenuta *discovery* anche anteriore all'avviso di chiusura delle indagini dovrebbe guidare l'operatore interno a questi fini".

Come si è detto, anche il decreto legislativo di attuazione della MAP assegna la decisione sul rinvio al procuratore della Repubblica del capoluogo di distretto, obbligandolo a comunicare all'autorità richiedente il ritardo nell'esecuzione e le ragioni "che impediscono di rispettare il termine indicato nella richiesta di assistenza, in particolare quando dall'esecuzione può derivare pregiudizio alle indagini preliminari o a un processo già in corso" (art. 8, comma 6).

8. Il trasferimento delle prove acquisite.

L'art. 12 stabilisce che tanto le prove acquisite in esecuzione dell'OEI ("i verbali degli atti compiuti, i documenti e le cose oggetto della richiesta"), quanto quelle già in possesso dell'autorità giudiziaria interna ("i verbali di prove o gli atti acquisiti in altro procedimento"), siano trasferite all'autorità di emissione "senza ritardo".

Nel comma 2 si prevede la possibilità che il trasferimento avvenga attraverso consegna immediata alle autorità competenti dello Stato di emissione che partecipino all'esecuzione dell'OEI a norma dell'art. 8.

Il comma 4 contempla la possibilità del trasferimento temporaneo del corpo del reato o delle cose pertinenti al reato, già acquisiti nell'ambito di un procedimento interno, subordinandolo alla condizione che esso non pregiudichi la "spedita trattazione del procedimento in corso". Le modalità del trasferimento temporaneo e il termine di restituzione andranno concordati tra l'autorità italiana di esecuzione e quella di emissione. Dopo l'esercizio dell'azione penale, il trasferimento temporaneo dovrà essere autorizzato dal giudice che procede, previa audizione delle parti.

In ogni caso, ovvero (anche quando si tratti di consegna immediata ai sensi del comma 2, la trasmissione della prova dovrà essere *attestata in forma scritta*.

9. Impugnazioni.

L'introduzione di rimedi impugnatori *ad hoc* avverso la decisione di riconoscimento assunta nel contesto dell'assistenza giudiziaria internazionale in senso stretto costituisce una rilevante novità per il nostro ordinamento.

Nel sistema rogatorio nessun rimedio è proponibile avverso la decisione, positiva o negativa, assunta dalla Corte d'Appello nel procedimento di *exequatur* regolato dall'art. 724 cod. proc. pen²⁴.

²⁴ In tal senso depone un costante insegnamento giurisprudenziale che esclude l'impugnazione dell'*exequatur* pronunciato dalla Corte d'appello ma nel contempo riconosce l'esperibilità di un **incidente di esecuzione** contro gli atti compiuti in esecuzione di una rogatoria internazionale, a condizione che detto incidente non si fondi sulla contestazione della decisione di *exequatur* e abbia ad oggetto solo le questioni attinenti all'esistenza del titolo

Nel contesto dell'attuazione dell'OEI, il legislatore ha dovuto fare i conti con la previsione dell'art. 14 della direttiva che obbliga gli Stati membri a prevedere mezzi di impugnazione dell'OEI "almeno equivalenti a quelli disponibili in un caso interno analogo a fronte degli atti di indagine in questione".

La norma europea si traduce nell'art. 13 del decreto che costruisce un rimedio, l'**opposizione**, esperibile dalla persona sottoposta alle indagini e dal difensore entro cinque giorni dalle comunicazioni di cui all'art. 4, comma 4, innanzi **al giudice per le indagini preliminari del capoluogo di distretto**.

La decisione, da emettersi previa consultazione del procuratore della Repubblica, assume la forma dell'ordinanza e, in caso di accoglimento dell'opposizione, conduce all'**annullamento del decreto di riconoscimento** precludendo - ovviamente - la successiva esecuzione dell'ordine di indagine.

Essa andrà notificata all'interessato e comunicata al procuratore della Repubblica, che - a sua volta - informerà senza ritardo l'Autorità di emissione.

Conformandosi alla previsione dell'art. 14 (6) della direttiva, **la norma interna esclude che la mera impugnazione proietti un generalizzato effetto sospensivo sull'ordine di indagine**.

Non l'esecuzione dell'OEI, ma la sola attività di trasferimento della prova potrà essere sospesa²⁵, sempre che il procuratore della Repubblica stimi in concreto che dalla trasmissione possa derivare "grave e irreparabile danno alla persona sottoposta alle indagini, all'imputato o alla persona comunque interessata dal compimento dell'atto".

Nel caso di atti necessitanti dell'intervento esecutivo del giudice ai sensi dell'art. 5, il controllo sulla legittimità del decreto di riconoscimento emesso dal procuratore della Repubblica è esercitato dallo stesso giudice che potrà disporre, anche su richiesta delle parti presenti nell'udienza camerale prevista dall'art. 5, comma 3, l'annullamento del decreto del procuratore (e così impedire l'esecuzione dell'OEI).

Il **parametro del sindacato** è costituito dalla sussistenza dei motivi di rifiuto previsti dall'art. 10 che, pur essendo richiamati con esclusivo riferimento agli atti di cui all'art. 5, deve intendersi valido anche per il controllo che il giudice per le indagini preliminari esercita in sede di opposizione.

Il comma 7 dell'art. 13 del decreto contiene previsioni speciali relative **all'impugnazione del decreto di riconoscimento di un OEI avente ad oggetto un sequestro probatorio**.

In tal caso la platea dei legittimati all'opposizione si estende alla "persona alla quale la prova o il bene sono stati sequestrati" e a "quella che avrebbe diritto alla loro restituzione", quando non coincidenti con la persona sottoposta alle indagini; la decisione è assunta dal giudice con il rito dell'art. 127 cod. proc. pen; il provvedimento è ulteriormente ricorribile per Cassazione per violazione di legge, senza effetto sospensivo, sia dal pubblico ministero che dagli altri interessati.

esecutivo ovvero le condizioni costitutive, modificative o estintive del titolo stesso (C., IV, n. 9496/08; C. I, n. 40415/06; C. I, n. 22634/04). Conseguenza a detto assetto l'improponibilità di qualsiasi rimedio quando l'assistenza richiesta e positivamente deliberata dalla Corte d'appello comporta la mera trasmissione di atti e documenti già formati e contenuti in un fascicolo processuale, anziché l'esecuzione *ex novo* di atti a contenuto processuale (C. I, n. 22634/04).

²⁵ Anche tale previsione ricalca l'art. 13 (2) della direttiva per il quale "[i]l trasferimento delle prove può essere sospeso in attesa di una decisione relativa ad un mezzo di impugnazione, a meno che nell'OEI siano indicati motivi sufficienti per i quali il trasferimento immediato è essenziale al fine del corretto svolgimento delle indagini ovvero della tutela dei diritti individuali. Tuttavia, il trasferimento delle prove è sospeso se può provocare danni gravi e irreparabili alla persona interessata".

9.1 La preclusione del sindacato sulle ragioni di merito di emissione dell'OEI

La norma interna non riproduce testualmente la previsione della direttiva [art. 14(2)] che delimita il sindacato consentito alle autorità giudiziarie dello Stato di esecuzione, affermando che **“le ragioni di merito dell'emissione dell'OEI possono essere impugnate soltanto mediante un'azione introdotta nello Stato di emissione, fatte salve le garanzie dei diritti fondamentali nello Stato di esecuzione”**.

A ben vedere, però, la delimitazione è insita nel perimetro del controllo assegnato al giudice dell'opposizione (o al giudice che interviene nell'esecuzione ex art. 5), che - come visto - è rigidamente definito dall'elenco dei motivi di rifiuto, nessuno dei quali impinge le ragioni di merito poste a fondamento dell'emissione dell'OEI.

Laddove poi, con riferimento ad alcuni degli atti di indagine specifici previsti nel Capo II del Titolo II, si menzionano i motivi di rilevanza o di necessità dell'atto di indagine (art. 20, comma 2 in tema di informazioni e documenti presso banche e istituti finanziari; art. 23, comma 2 lett. e, in tema di intercettazione di telecomunicazioni), il carattere non invasivo del controllo è segnalato dal fatto che il legislatore richiede unicamente che l'autorità interna verifichi che detti motivi siano *indicati* dall'autorità di emissione.

Si tratterà cioè di verificare l'accurata compilazione e la coerenza delle informazioni riportate nelle pertinenti sezioni dell'*euromandato* (sezioni G punto 1; H4, H5, H6, H7), non anche di replicare le valutazioni rimesse all'autorità di emissione.

Il decreto legislativo 3 ottobre 2017, n. 149 recante Disposizioni di modifica del Libro XI del codice di procedura penale, nel nuovo Titolo I-bis del codice di rito (specificamente dedicato ai *Principi generali del mutuo riconoscimento delle decisioni e dei provvedimenti giudiziari tra Stati membri dell'Unione europea*), introduce l'art. 696-*quinquies* (*Limiti al sindacato delle decisioni giudiziarie degli altri Stati membri*) che generalizza la regola per la quale “L'autorità giudiziaria riconosce ed esegue le decisioni e i provvedimenti giudiziari degli altri Stati membri **senza sindacarne le ragioni di merito, salvo che sia altrimenti previsto**. E' in ogni caso assicurato il rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento giuridico dello Stato”. Coerente è la previsione dell'art. 696-*novies* (*Impugnazioni*) per la quale non è ammessa l'impugnazione delle decisioni sul riconoscimento e l'esecuzione di un provvedimento emesso dall'autorità giudiziaria di uno Stato membro “per motivi di merito, salvo quanto previsto dall'articolo 696-*quinquies*”.

10. Spese

Le spese sostenute per l'esecuzione dell'OEI sono a carico dello Stato di esecuzione (art. 15). Possono essere condivise con lo Stato di emissione quando si tratti di spese di rilevante entità, con il supporto, in questo caso, del Ministero della Giustizia al fine di valutare la condivisione dell'onere conseguente.

Ulteriori indicazioni di dettaglio sono contenute nelle disposizioni in tema di trasferimento temporaneo (artt. 17, 37 e 38) ed intercettazioni (artt. 23 e 43).

PARTE III - DISPOSIZIONI SPECIFICHE PER IL RICONOSCIMENTO E L'ESECUZIONE DI DETERMINATI ATTI DI INDAGINE

11. Trasferimento temporaneo nello Stato di emissione di persone detenute in Italia

L'art. 16 del decreto disciplina il trasferimento temporaneo nello Stato di emissione di una persona detenuta in Italia, ai fini del compimento di un atto investigativo o probatorio che richiede la sua presenza.

L'esecuzione di tale atto è subordinata, oltre che al riconoscimento dell'OEI (conseguente alla constatazione della non ricorrenza dei motivi tipizzati di rifiuto), a due condizioni:

- a) **il consenso della persona detenuta**, che dovrà risultare da un **atto scritto** ed essere preceduto da un'**adeguata informazione** e dalla possibilità di **conferire con il difensore**;
- b) **il nulla osta del giudice** (il giudice che procede, determinato ex art. 279 cod. proc. pen. nel caso di soggetto sottoposto a custodia cautelare; il magistrato di sorveglianza, nel caso di detenuto in espiazione pena o di internato), da rilasciare previa valutazione dell'età e delle condizioni di salute fisica o mentale della persona da trasferire.

Un accordo tra autorità emittente e il procuratore distrettuale italiano stabilirà le modalità del trasferimento e il termine di rientro del detenuto, assicurando che non si travalichino i termini massimi di custodia cautelare o il fine pena.

Il comma 4 dell'articolo assicura poi che il periodo di detenzione all'estero sia computato *a ogni effetto* nella durata della custodia o della pena da espiare²⁶.

Trova pure espresso richiamo, nel comma 6, il *principio di specialità* (divieto di sottoporre il trasferito temporaneo a misure cautelari ovvero all'esecuzione di pena o misure di sicurezza per fatti anteriori e diversi da quelli per i quali il trasferimento è stato disposto), con la consueta eccezione del caso in cui la persona detenuta "avendone avuto la possibilità, non abbia lasciato il territorio dello Stato trascorsi quindici giorni da quando la sua presenza non era più richiesta ovvero che, dopo averlo lasciato, vi abbia fatto volontariamente ritorno".

12. Trasferimento temporaneo in Italia di persone detenute nello Stato di emissione.

L'art. 17 regola la richiesta di trasferimento temporaneo della persona, detenuta nello stesso Stato di emissione, nel territorio italiano al fine di svolgere attività probatoria o di indagine.

Anche in questo caso le modalità del trasferimento e il termine di rientro nello Stato di emissione devono essere concordati tra il procuratore della Repubblica competente ex art. 4 e autorità di emissione.

Ai fini dell'esecuzione il procuratore della Repubblica dispone, con ordine di carcerazione temporaneo, che la persona temporaneamente trasferita sia custodita presso la casa circondariale del luogo di compimento dell'attività richiesta. Le spese di mantenimento sono a carico dello Stato italiano.

Sono ribadite garanzia della specialità e correlate ipotesi di "purgazione".

²⁶ La *Relazione illustrativa* esplicita l'intento del legislatore di conformarsi ai principi enunciati da C. cost., n. 143/08 nello scrutinio degli artt. 33 della legge 16 marzo 2006, n. 146 e 722 cod. proc. pen. In quella sede la Corte evidenziò che l'equivalenza tra custodia all'estero e custodia cautelare in Italia, già affermata in tema di estradizione, a maggior ragione deve operare in relazione a strumenti che poggiano sull'immediato e reciproco riconoscimento del provvedimento giudiziario. Detti strumenti, infatti, comportando un sistema semplificato di consegna, rendono ancor meno tollerabile, sul piano costituzionale, uno squilibrio della garanzie in tema di durata della carcerazione preventiva correlato al luogo - interno o esterno rispetto ai confini nazionali - nel quale la carcerazione è patita. Analoga garanzia è offerta dall'ordinamento francese (art. 694-45), per il quale « la période de détention subie par la personne en dehors du territoire national est intégralement prise en compte pour le calcul de sa durée totale de détention ».

13. Videoconferenza.

L'art. 18 contiene una disciplina articolata per l'audizione mediante videoconferenza dell'indagato, dell'imputato, del testimone, del consulente tecnico o del perito, prevedendo nel dettaglio - in sintonia con i principi generali del codice di rito - gli avvisi e le facoltà cui hanno diritto le persone da escutersi, le garanzie necessarie, nonché le modalità di esecuzione e di formalizzazione dell'attività.

Si segnala in particolare come, nel caso di audizione dell'indagato o dell'imputato, l'atto sia esperibile solo ove questi vi consentano.

Le modalità pratiche dell'audizione e le eventuali misure finalizzate alla protezione della persona da ascoltare sono concordate dall'autorità giudiziaria italiana con l'autorità di emissione.

L'esecuzione dell'OEI è demandata al giudice per le indagini preliminari nei casi previsti dall'art. 5.

L'audizione è condotta direttamente dall'autorità di emissione o sotto la sua direzione. Il procuratore della Repubblica o il giudice per le indagini preliminari, infatti, presenziano all'atto al solo fine di assicurare il rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento italiano (per esempio, il diritto al silenzio e all'assistenza difensiva).

L'art. 24 (5) lett. a della direttiva dà contenuto pratico a detta funzione: "se ritiene che durante l'audizione siano violati i principi fondamentali del diritto dello Stato di esecuzione, l'autorità di esecuzione prende immediatamente i provvedimenti necessari per assicurare che l'audizione continui a svolgersi secondo tali principi".

Per testimoni e periti rileverà la facoltà di astensione riconosciuta, in determinati casi, nello Stato di emissione o nell'ordinamento interno, della quale i predetti dovranno essere informati.

Al termine dell'atto, il processo verbale deve essere trasmesso all'autorità richiedente.

E' prevista l'applicabilità delle fattispecie incriminatrici italiane nel caso in cui la persona sentita con le forme e modalità sopra descritte, rifiuti uffici legalmente dovuti, ovvero renda dichiarazioni integranti simulazione di reato, calunnia, autocalunnia, false informazioni al pubblico ministero, falsa testimonianza, falsa perizia o interpretazione.

14. Audizione mediante teleconferenza.

Su richiesta di alcuni Stati membri l'art. 25 della direttiva ha previsto la possibilità che l'audizione del testimone o del perito (non anche dell'imputato e della persona sottoposta alle indagini) che si trova nel territorio dello Stato venga condotta mediante teleconferenza, nel caso in cui questi non possano comparire o la loro comparizione non sia opportuna nello Stato di emissione.

Trattasi di una forma di assunzione della prova dichiarativa non prevista *ad uso interno* (e non inserita neppure nel Titolo III del decreto n. 108/2017, dedicato alla procedura attiva), che tuttavia l'art. 19 del decreto ha voluto rendere disponibile verso le autorità degli Stati membri.

La competenza esecutiva è assegnata, come di consueto, al procuratore distrettuale o al giudice per le indagini preliminari quando, nella sezione I del modulo standard (*Formalità e procedure richieste per l'esecuzione*), sia stata evidenziata detta necessità.

La previsione della legge interna (che, con riguardo all'esecuzione, rimanda alle disposizioni dell'art. 18 *in quanto compatibili*) deve essere letta in correlazione con l'art. 25 (2) della direttiva, ove si richiamano i paragrafi 3, 5, 6 e 7 dell'art. 24 in tema di videoconferenza.

Saranno dunque senz'altro estese a detto mezzo di indagine/prova le disposizioni relative ai seguenti aspetti:

- accordo sulle modalità pratiche dell'audizione e sulle misure di protezione eventualmente necessarie; citazione del perito o del testimone; informativa sui diritti e le facoltà riconosciute dallo Stato di emissione o da quello di esecuzione, ivi compresa la facoltà di astensione riconosciuta dall'ordinamento dello Stato di emissione o da quello dello Stato di esecuzione, in taluni casi, al testimone o al perito;

- presenza dell'interprete ove necessario; conduzione o direzione dell'audizione da parte delle autorità di emissione; presenza delle autorità italiane finalizzata ad assicurare il rispetto delle garanzie previste dall'ordinamento interno;

- identificazione, raccolta della dichiarazione di impegno e verbalizzazione a cura delle autorità di esecuzione.

La condizione relativa all'inopportunità o all'impossibilità che la persona da udire compaia personalmente dinanzi all'autorità di emissione andrà verificata consultando la sezione H2 del modulo, e in particolare la voce dedicata all'indicazione dei motivi della richiesta.

15. Informazioni e documenti presso banche e istituti finanziari.

L'art. 20 del decreto traspone gli articoli 26 e 27 della direttiva dedicati, rispettivamente, all'acquisizione di *informazioni relative a conti bancari e altri conti finanziari* e alle *informazioni relative a operazioni bancarie e ad altre operazioni finanziarie*; ma anche la parte dell'art. 28 (*atti di indagine che implicano l'acquisizione di elementi di prova in tempo reale, in modo continuo e per un determinato periodo*) specificamente dedicata ai flussi finanziari registrati su uno o più conti specificati.

Per le **acquisizioni statiche** la disciplina esecutiva rimanda alle previsioni degli **articoli 255 e 256 cod. proc. pen.** in tema di sequestro presso banche e dovere di esibizione.

Coordinando la previsione interna con il testo della direttiva, le informazioni acquisibili con dette modalità concernono:

- il *se* una persona fisica o giuridica oggetto di un procedimento penale detenga o controlli, anche per interposta persona, uno o più conti, di qualsiasi natura, in una banca o altro istituto finanziario situati nel territorio dello Stato di esecuzione;
- i dettagli di conti bancari o finanziari specifici e delle operazioni bancarie o finanziarie effettuate in un dato periodo su uno o più conti indicati, compresi quelli relativi a eventuali conti emittenti o beneficiari.

Per le **acquisizioni dinamiche** (monitoraggio in tempo reale di flussi di operazioni su conto), l'art. 20, comma 2 del decreto prevede **l'intervento autorizzativo del giudice per le indagini preliminari** che, investito dal pubblico ministero distrettuale, deciderà "secondo quanto previsto dagli articoli 266 e seguenti del codice di procedura penale".

Per le autorità di esecuzione interne sarà dunque necessario valutare non soltanto che il fatto che forma oggetto del procedimento estero integri un reato riconducibile (in concreto e a prescindere dall'identità di *nomen juris*) a uno di quelli elencati nella disposizione interna dedicata ai limiti di ammissibilità dello strumento intercettivo; ma anche i presupposti di gravità indiziaria e indispensabilità per la prosecuzione delle investigazioni previsti dall'art. 267 cod. proc. pen., nonché la durata delle operazioni richieste.

Assumeranno particolare rilievo in tal caso le informazioni fornite dall'autorità emittente in punto di *motivi dell'emissione dell'OEI*, la sezione G punto 1 del modulo che deve contenere, tra l'altro, una sintesi dei fatti, una descrizione dei reati contestati o oggetto di indagine, l'indicazione della fase in cui si trovano le indagini, i motivi di eventuali fattori di rischio e altre informazioni pertinenti. Rileverà altresì l'attenta lettura della sezione H5 del modulo che è specificamente dedicata all'indicazione dei motivi per cui si ritiene il controllo dei flussi di conto corrente utile ai fini del procedimento in corso nello Stato di emissione.

Non è un caso che tanto le disposizioni europee [art. 28 (3)] quanto la disposizione interna sottolineino, per questa tipologia di atto investigativo o probatorio, la necessità di specifica indicazione dei motivi di utilità/rilevanza dell'atto; e che la norma interna ribadisca e specifichi l'obbligo dell'autorità di esecuzione italiana di interloquire con l'autorità di emissione perché questa integri l'illustrazione dei motivi e per ottenere "ogni altra informazione utile ai fini della tempestiva ed efficace esecuzione della richiesta" (art. 20, comma 3).

Nello scrutinio l'autorità di italiana di esecuzione, dovendosi conformare al canone della tendenziale insindacabilità dei *motivi di merito* posti a fondamento dell'emissione dell'OEI, valuterà completezza e coerenza delle informazioni fornite che dovranno risultare seriamente "evocative" dei presupposti richiesti dalla legge italiana, senza però indulgere nella più penetranti valutazioni prescritte (e praticabili) nei casi di applicazione dello strumento ai procedimenti interni.

Sarà legittimo, per esempio, controllare che l'autorità di emissione abbia indicato fonti di prova dichiarativa suffraganti a livello indiziario la sussistenza di un reato riconducibile all'elenco di cui all'art. 266 cod. proc. e/o la pertinenza di un determinato conto bancario e della relativa movimentazione rispetto alle finalità dell'indagine. Dovrebbe essere invece preclusa per l'autorità italiana di esecuzione la valutazione di attendibilità delle fonti indicate dall'autorità di emissione o dell'effettiva impraticabilità di mezzi alternativi di ricerca della prova: operazione che risulterebbe del resto difficilmente attuabile in un contesto normativo che (non casualmente) non impone all'autorità emittente l'allegazione degli atti acquisiti nell'indagine interna prima dell'emissione dell'OEI.

16. Operazioni sotto copertura e ritardo o omissione degli atti di arresto o di sequestro.

Tenendo conto del collegamento funzionale delle *operazioni sotto copertura* con l'istituto delle *consegne controllate*, il decreto articola in due diverse disposizioni (articoli 21 e 22) l'attuazione dell'art. 29 della direttiva (*Operazioni di infiltrazione*).

Le due disposizioni interne (rubricate, rispettivamente, *operazioni sotto copertura e ritardo o omissione degli atti di arresto o di sequestro*) sono accomunate dall'integrale rinvio, per quanto riguarda i casi e le forme dell'esecuzione, alle previsioni dell'art. 9 della legge 16 marzo 2006, n. 146, recante *Ratifica ed esecuzione della Convenzione e dei protocolli delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale, adottati dall'Assemblea generale il 15 novembre 2000 ed il 31 maggio 2001*.

Alla legge interna, l'art. 21, comma 4 del decreto fa rinvio anche per quanto attiene al profilo dell'applicabilità dell'esimente (qualificata dal legislatore del 2006 come *causa di giustificazione*), al funzionario dello Stato di emissione che eventualmente partecipi alle operazioni sotto copertura: "il funzionario dello Stato di emissione che partecipa alle attività nel territorio dello Stato assume, agli effetti della legge penale, la qualifica di pubblico ufficiale e nei suoi confronti si applica la speciale causa di non punibilità di cui all'articolo 9 della legge 16 marzo 2006, n. 146".

Com'è noto, con la disposizione dell'articolo 9 cit. il legislatore ha dettato uno statuto generale delle tecniche investigative speciali solitamente ricondotte alla tipologia generale delle operazioni coperte (*undercover operations*), includendovi le consegne controllate, la sorveglianza elettronica, ma anche l'attivazione di siti internet *civetta*. La disposizione, per effetto della legge 13 agosto 2010, n. 136 (art. 8, comma 2, lett. a e b), ha progressivamente inglobato le disposizioni speciali dettate in materia in altri comparti normativi (articoli 97 e 98 del d. P.R. n. 309 del 1990).

L'art. 29 della direttiva legittima l'opzione del rinvio integrale alla norma interna, giacché affida all'apprezzamento degli Stati membri la previsione di un motivo specifico di rifiuto quando l'esecuzione dell'operazione di infiltrazione non è autorizzata in *un caso interno analogo* (par. 3, lett. a). Esso inoltre assicura la prevalenza della *lex loci*, non soltanto proclamando che "le operazioni di infiltrazione sono effettuate in conformità del diritto e delle procedure nazionali dello Stato di membro nel cui territorio è effettuata l'operazione", ma anche attribuendo *unicamente* alle autorità competenti dello Stato di esecuzione il *diritto di azione, direzione e controllo delle operazioni* (par. 4).

Il rinvio all'art. 9 della legge n. 146 del 2006 implica:

- la delimitazione della possibilità di riconoscere l'OEI relativo all'applicazione *cross-border* di tecniche investigative speciali a determinati delitti: quelli di falso nummario, falso di marchio, estorsione, sequestro di persona a scopo di estorsione, usura, riciclaggio e reimpiego di proventi di delitto, delitti contro la personalità individuale (artt- 600-604 cod. pen.); quelli in tema di armi, munizioni ed esplosivi; i delitti in materia di stupefacenti, di attività organizzata per il traffico illecito di rifiuti, in tema di prostituzione; quelli relativi all'immigrazione clandestina (art. 12, commi 1, 3, 3-*bis* e 3-*ter* del testo unico) e al contrasto al terrorismo e all'eversione, al finanziamento del terrorismo.

- la limitazione tipologica delle attività eseguibili, secondo il dettato dall'ultima parte della lett. a) del comma 1 dell'art. 9 cit.: dare rifugio o prestare assistenza agli associati; l'acquisto/ricezione/sostituzione/occultamento di denaro, armi, documenti, sostanze stupefacenti, beni ovvero cose che costituiscano oggetto, prodotto, profitto, mezzo del reato; ostacolo all'individuazione della provenienza di detti beni, favoreggiamento del loro impiego; compimento di attività prodromiche o strumentali.

- le qualifiche soggettive richieste dalla norma interna per la copertura delle attività in parola ai sensi dell'art. 51 cod. pen. e per l'utilizzazione probatoria dei relativi risultati: gli ufficiali di polizia giudiziaria appartenenti alle strutture specializzate individuate nel comma 1 dell'art. 9 cit., con possibilità di avvalersi degli agenti, di ausiliari e di interposte persone ai sensi del comma 5).

Nell'esecuzione dell'OEI occorrerà poi tener conto delle previsioni interne che richiamano la necessità della delimitazione delle tecniche speciali a *operazioni specifiche*.

Con riferimento poi alla competenza interna a disporre il *ritardo o l'omissione di atti doverosi*, rileveranno le previsioni che demandano agli ufficiali di polizia giudiziaria il compito di decidere il ritardo o l'omissione di sequestri di urgenza e arresti in flagranza, fermo restando l'obbligo di darne avviso immediato, anche orale, al pubblico ministero e invio al medesimo di "motivato rapporto entro le successive quarantotto ore" e l'obbligo di trasmettere analogo avviso, nel caso di operazioni antidroga, alla "Direzione centrale per i servizi antidroga per il necessario coordinamento anche in ambito internazionale" (comma 6); e che riservano, invece, allo stesso pubblico ministero la decisione, nei casi consentiti, di ritardare con apposito decreto l'esecuzione

dei provvedimenti cautelari, del fermo dell'indiziato di delitto, dell'ordine di esecuzione di pene detentive e del sequestro, prescrivendogli obblighi informativi indirizzati all'autorità giudiziaria competente territorialmente per il luogo di conclusione delle operazioni, al procuratore generale presso la corte d'appello e, per i delitti di competenza, al procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo (comma 7).

Tutte le autorità italiane coinvolte nel riconoscimento e nell'esecuzione di un OEI avente ad oggetto operazioni di infiltrazione dovranno poi misurarsi con il rischio, segnalato anche dalla C.edu, che l'attività degli infiltrati possa falsare il *fair trial*.

In funzione della necessità di prevenire tale rischio – che assume rilevanza quale motivo di rifiuto anche ai sensi del richiamato art. 10 lett. e) del decreto n. 108/2017 - la Corte di legittimità subordina l'operatività dell'esimente alla condizione che l'azione dell'infiltrato non debordi nell'incitamento o nell'induzione a commettere un reato, ma resti circoscritta al disvelamento di un'intenzione criminosa già esistente nell'indagato/imputato e alla finalità di acquisizione delle prove di un'attività illecita già in corso, senza mai trasmodare l'area delle azioni illecite espressamente consentite dalla norma e di quelle strettamente e strumentalmente connesse (C. III, n. 11572/17; C. III, n. 31415/16; C. III, n. 37805/13; C. II, n. 38488/08).

Il decreto sottolinea anche in questo caso, mediante il rinvio alla già esaminata disposizione dell'art. 20, comma 3, la particolare importanza delle informazioni dovute dall'autorità emittente in tema di motivi (sezione G e sezione H6 del modulo OEI).

17. Intercettazione di telecomunicazioni.

Il capo III del titolo II del decreto disciplina il riconoscimento e l'esecuzione dell'OEI avente per oggetto la captazione di flussi comunicativi telefonici e telematici, distinguendo due ipotesi: l'intercettazione di telecomunicazioni con l'assistenza tecnica dell'autorità italiana (art. 23); l'intercettazione di telecomunicazioni senza richiesta di assistenza tecnica dell'autorità italiana (art. 24).

17.1 Acquisizione di tabulati e dati estrinseci

Accede alle predette discipline una previsione relativa all'**acquisizione dei dati esterni relativi alle comunicazioni telefoniche e telematiche**, volta a completare il quadro dei mezzi di indagine e di prova che gli Stati membri si sono impegnati a rendere disponibili in questa materia, corrispondendo all'auspicio formulato nel *considerando 30* della direttiva ove si sottolinea come la disponibilità di detto strumento concorra alla migliore attuazione del *principio di proporzionalità*:

“le possibilità di cooperare conformemente alla presente direttiva in materia di intercettazione delle telecomunicazioni non dovrebbero essere limitate al contenuto delle telecomunicazioni, ma dovrebbero anche riguardare la raccolta dei dati relativi al traffico e all'ubicazione associati a tali telecomunicazioni, in modo che le autorità competenti possano emettere un OEI inteso a ottenere dati meno intrusivi sulle telecomunicazioni”.

In conformità con l'assetto del diritto interno, l'art. 25 del decreto prevede per l'acquisizione dei dati estrinseci condizioni di riconoscimento e forme esecutive meno gravose di quelle richieste per la captazione dei contenuti comunicativi, rinviando alle previsioni dell'art. 256 cod. proc. pen. in tema di ordine di esibizione di documenti che, come noto, non postulano l'intervento del giudice terzo e richiedono di norma una motivazione meno penetrante in tema di necessità investigativa di quella richiesta per le captazioni (C. I, n. 37212/14; C. I, n. 46086/07).

Sempreché non interferiscano esigenze di tutela del segreto d'ufficio o professionale che impongono verifiche e oneri motivazionali più impegnativi, nonché un più rigoroso scrutinio di proporzionalità (C. VI, n. 31735/14)²⁷.

17.2 Intercettazione di telecomunicazioni con l'assistenza tecnica dell'autorità italiana

Presupposto comune alle due forme di intercettazione disciplinate dagli articoli 23 e 24 del decreto è che l'attività sia già stata autorizzata dall'autorità giudiziaria competente dello Stato membro richiedente.

Nel caso in cui la captazione necessiti dell'assistenza tecnica delle autorità italiane (corrispondente all'art. 30 della direttiva) la norma di attuazione scandisce le competenze rispettive del procuratore della Repubblica e del giudice per le indagini preliminari presso il tribunale del capoluogo di distretto, assegnando:

- al procuratore il compito di procedere al riconoscimento dell'OEI, previa verifica della ricorrenza delle condizioni di ammissibilità previste dall'ordinamento interno (su cui si tornerà in seguito) e dell'esauriente indicazione da parte dell'autorità emittente di una serie di informazioni: l'autorità che procede; l'esistenza del titolo che dispone o autorizza l'intercettazione con l'indicazione del reato oggetto di investigazione; i dati tecnici necessari allo svolgimento delle operazioni (telefono cellulare, telefono fisso, indirizzo di posta elettronica, connessione internet); la durata (*auspicata*) dell'intercettazione; i motivi che rendono necessaria l'attività di intercettazione (sarà all'uopo necessaria la consultazione, oltre che delle sezioni di carattere generale del modello in allegato A, della sezione H7);

- al giudice il compito di verificare la sussistenza dei motivi generali di rifiuto previsti dall'art. 10 del decreto e del motivo specifico collegato all'assenza delle condizioni di ammissibilità previste dall'ordinamento interno. Ricorrendo uno di questi, sarà il giudice a emettere il provvedimento di rifiuto del quale il procuratore curerà l'immediata comunicazione all'autorità di emissione (art. 23, comma 3).

Deve sottolinearsi come, in considerazione dell'esigenza di preservare la funzionalità del mezzo di ricerca della prova in questione (e, più in generale, di evitare qualsiasi pericolo di *discovery* dell'indagine estera), **il legislatore delegato abbia escluso, in tal caso, che al difensore della persona sottoposta ad indagini sia dovuta la comunicazione del decreto di riconoscimento emesso dal pubblico ministero.**

L'esclusione si desume dal fatto che, come si è detto, l'art. 4, comma 4 ricollega l'obbligo di comunicazione unicamente agli atti per il cui compimento la normativa interna imponga il preventivo avviso al difensore o il diritto del difensore di assistere senza preavviso: né l'una né l'altra condizione riguarda l'intercettazione²⁸.

Ne consegue che, **in tema di OEI emesso per intercettazione, non sarà esperibile l'opposizione ex art. 13 innanzi al giudice per le indagini preliminari** (già, del resto, coinvolto nella preliminare verifica di eseguibilità dell'ordine) che è ipotizzabile unicamente a seguito della comunicazione prevista dall'art. 4. A detta comunicazione, difatti, l'art. 13, comma 1 riconnette la decorrenza del termine di 5 giorni previsto per la proposizione dell'impugnazione.

²⁷ Nello stesso *considerando* 30 si opera una mediazione tra le diverse tradizioni giuridiche, ammettendo che in taluni Stati membri anche l'acquisizione dei dati estrinseci del traffico telefonico o telematico possa essere considerato, in taluni Stati membri di esecuzione, "un atto coercitivo".

²⁸ Nessun rilievo potrà ovviamente assumere, ai fini in esame, l'avviso *postumo* di cui all'art. 268, comma 5, cod. proc. pen.

Alla consultazione tra autorità di esecuzione e autorità emittente il comma 4 dell'art. 23, conformemente all'art. 30 (6) della direttiva, rimette la scelta tra **due metodi alternativi di esecuzione dell'OEI**:

- il primo consiste nella **trasmissione immediata dei flussi comunicativi all'autorità di emissione** che, in tal modo, potrà curare l'esecuzione materiale delle operazioni;
- il secondo prevede che, invece, intercettazione e registrazione siano effettuate a cura delle autorità italiane che **trasmetteranno poi all'autorità emittente i risultati delle operazioni**²⁹.

In tale ultima ipotesi, quando nel contesto dell'esecuzione dell'OEI, siano acquisite **comunicazioni di servizio di appartenenti al Dipartimento delle informazioni per la sicurezza o ai servizi di informazione per la sicurezza o ai servizi di informazione per la sicurezza**, il pubblico ministero dovrà in ogni caso curare gli adempimenti previsti dall'art. 270-*bis* cod. proc. pen., prima di provvedere alla trasmissione dei risultati delle intercettazioni all'autorità emittente.

Il rinvio a detta disposizione implica che la trasmissione dei risultati delle intercettazioni dovrà essere rifiutata quando la Presidenza del Consiglio dei Ministri abbia opposto il segreto di Stato (art. 270-bis, comma 5, cod. proc. pen.). Di tale rifiuto dovrà darsi, come di consueto, tempestiva e motivata comunicazione all'autorità emittente.

In attuazione dell'art. 30 (7) della direttiva, la norma interna consente che, al momento della richiesta o anche successivamente nel corso delle operazioni, l'autorità emittente possa chiedere e ottenere la **trascrizione, la decodificazione o la decrittazione delle registrazioni**. Le spese connesse a queste prestazioni aggiuntive sono sopportate dallo Stato di emissione, in deroga alla regola generale dell'art. 15 del decreto.

17.2.1 La verifica delle condizioni di praticabilità dell'intercettazione nel caso interno analogo

Il richiamo delle *condizioni di ammissibilità previste dall'ordinamento interno* concreta nella norma di attuazione la facoltà, riconosciuta agli Stati membri dall'art. 30 (5) della direttiva, di prevedere motivi specifici di rifiuto, ulteriori rispetto a quelli di portata generale elencati nell'articolo 11 della direttiva e nell'articolo 10 del decreto.

Il pubblico ministero prima (in sede di riconoscimento dell'ordine), il giudice poi (in sede di controllo autorizzativo) sono chiamati a verificare anzitutto che il reato per il quale procede l'autorità di emissione sia compreso nella lista di quelli che consentono, alla stregua dell'art. 266 cod. proc. pen., il ricorso all'intercettazione.

Quanto alle ulteriori verifiche imposte dalla normativa interna, relative alla sussistenza di *gravi indizi di reato* e della *indispensabilità del ricorso all'intercettazione per la prosecuzione delle indagini*³⁰, similmente a ciò che si è già notato a proposito dell'acquisizione di informazioni in tempo reale presso banche ed istituti finanziari (art. 20), esse andranno limitate alla constatazione dell'avvenuta rappresentazione - nel modulo (sezioni G e H, punto 1), ovvero nel corredo informativo integrato su sollecitazione dell'autorità di esecuzione - di elementi evocativi di detti presupposti³¹.

²⁹ La sezione H7 n. 3) del modulo consente all'autorità emittente di indicare una preferenza tra i due metodi già al momento dell'emissione dell'ordine.

³⁰ Ovvero, per i delitti di criminalità organizzata e terrorismo, dei *sufficienti* indizi di reato e della *necessità* per le indagini (art. 13 del d.l. 13 maggio 1991, n. 152).

³¹ Al riguardo, nella *Relazione illustrativa* (pag. 15 s.) si osserva infatti che "sarebbe impensabile imporre alle autorità straniere di avventurarsi in valutazioni calibrate sulle forme tipiche del sistema italiano e verosimilmente estranee alle abitudini e alla cultura dello Stato richiedente" e che "non fosse altro che per una questione di tempi, non è pensabile che l'a.g. italiana possa e debba esaminare integralmente e direttamente gli elementi in fatto posti a fondamento delle richieste", trattandosi "pur sempre di dare esecuzione ad un provvedimento già emesso dalla competente autorità

17.3 Notifica all'autorità giudiziaria italiana nel caso di persona soggetta a intercettazione nel territorio dello Stato.

La previsione dell'articolo 24 del decreto costituisce, soprattutto per le autorità italiane, uno dei più significativi profili di novità del nuovo strumento di assistenza.

Il fenomeno è quello dell'intercettazione di utenze transitoriamente o stabilmente ubicate in territorio estero che non necessiti dell'assistenza tecnica delle autorità di quello Stato, in quanto effettuabile con la tecnica del cd. *istradamento*, e cioè mediante la canalizzazione dei flussi comunicativi su impianti e ripetitori ubicati nel territorio dello Stato che procede all'indagine.

Un consolidato insegnamento della Corte di cassazione esclude in tali casi la necessità del percorso rogatorio (così come di qualsiasi forma di comunicazione allo Stato ove sono ubicati l'utenza o l'indirizzo IP del soggetto intercettato), in quanto l'utilizzo della tecnica in questione fa sì che nessuna attività di captazione, ricezione o registrazione debba svolgersi in territorio estero.

Il granitico quadro giurisprudenziale interno deve ora fare i conti, almeno nel perimetro operativo della direttiva 2014/41/UE (v. *supra*), con l'espressa previsione dell'art. 31 che conferisce rilievo - anziché al luogo di esecuzione delle operazioni - al territorio nel quale è utilizzato l'indirizzo di comunicazione della persona soggetta a intercettazione, per imporre allo Stato di intercettazione l'effettuazione di una notifica allo Stato membro "nel quale si trova la persona soggetta a intercettazione", affinché quest'ultimo possa determinarsi in ordine all'ammissibilità o meno dell'avvio (o della prosecuzione) delle attività captative sul proprio territorio.

La valutazione, da espletarsi e comunicarsi allo Stato richiedente **entro il termine di 96 ore**, assume a parametro (unicamente) la conformità di dette attività "in un caso interno analogo".

La notifica dovrà essere redatta su un **modulo standardizzato** (allegato C) e quindi trasmessa, in base all'art. 31 (1), secondo una tempistica differenziata in ragione del momento in cui si è avuta contezza della presenza (o dello spostamento) della cd. utenza bersaglio sull'utenza dell'altro Stato Membro, ovvero:

- a) prima dell'intercettazione, qualora... sappia, al momento di ordinare l'intercettazione, che la persona soggetta a intercettazione si trova o si troverà sul territorio dello Stato membro notificato;
- b) durante l'intercettazione o ad intercettazione effettuata, non appena venga a conoscenza del fatto che la persona soggetta a intercettazione si trova o si trovava durante l'intercettazione, sul territorio dello Stato membro notificato.

L'art. 24 del decreto interno disciplina i risvolti interni conseguenti all'adempimento del suddetto obbligo di notifica da parte degli altri Stati membri, prevedendo che il procuratore della Repubblica del tribunale capoluogo di distretto competente per territorio trasmetta *immediatamente* al giudice per le indagini preliminari il modulo in questione.

La **competenza territoriale** sarà determinata sulla base del luogo in cui lo Stato di intercettazione prospetta di aver rilevato la presenza del dispositivo o del sistema di comunicazione da controllare. Se necessario, potranno essere richieste dall'autorità ricevente italiana informazioni integrative rispetto a quelle riportate nella sezione del modulo dedicata all'identificazione delle persone interessate dall'attività intercettiva (sezione B punto IV)³².

giudiziaria dello Stato richiedente", in un sistema fondato "su un atto di reciproca fiducia (...) che consente al giudice italiano di fondare il proprio giudizio su un quadro attestato dall'autorità richiedente".

³² Un principio di *perpetuatio competentiae* dovrebbe regolare il caso nel quale, trattandosi di dispositivo mobile, il bersaglio si sposti in uno o più distretti diversi da quello nel quale l'autorità dello Stato di intercettazione ha

Non è richiesto, in questo caso e diversamente da quello dell'intercettazione con assistenza tecnica delle autorità italiane, un previo scrutinio di ammissibilità del procuratore distrettuale. Questi fungerà da mero organo di trasmissione interna (*Relazione illustrativa*, pag. 16).

Il giudice dovrà verificare “se le intercettazioni sono state disposte in riferimento a un reato per il quale, secondo l'ordinamento interno, le intercettazioni non sono consentite”, dando immediata comunicazione degli esiti di detta verifica al procuratore.

Nel caso in cui lo scrutinio abbia esito negativo, il procuratore comunicherà, senza ritardo e comunque entro 96 ore dalla ricezione della notifica, all'autorità giudiziaria dello Stato di intercettazione **un provvedimento motivato di cessazione delle operazioni e della non utilizzabilità a fini di prova dei risultati delle investigazioni eseguite**.

Il legislatore interno ha dunque declinato in termini univoci e cogenti la previsione dell'art. 31 (3 lett. b) della direttiva che, nel caso di notifica di un intercettazione già iniziata e non conforme alle condizioni del caso interno analogo, consentirebbe un'alternativa tra l'inibizione assoluta dell'utilizzazione dei suoi risultati e la possibilità di dettare specifiche condizioni per la sua utilizzazione³³.

Va da sé che laddove la notifica sia stata trasmessa prima dell'inizio delle operazioni, il riscontro negativo delle autorità del territorio di ubicazione del bersaglio comporterà l'inibizione delle operazioni [art. 31 (3) lett. a) della direttiva].

Una sfumatura del linguaggio segnala la minore pregnanza dello scrutinio che il legislatore interno ha inteso rimettere al giudice nell'*ipotesi leggera* di cui all'art. 24 del decreto. Aniché la valutazione di tutte *le condizioni di ammissibilità previste dall'ordinamento interno*, è qui richiesta la sola verifica della corrispondenza del titolo di reato ipotizzato dalle autorità dello Stato di intercettazione a uno di quelli previsti dall'art. 266 cod. proc. pen.

“Un simile limite di utilizzazione – dice la Relazione illustrativa (pag. 17) - è destinato a operare quando l'intercettazione sia stata disposta per reati per i quali l'ordinamento interno non lo prevede (...) ai fini della cooperazione non si richiede il rispetto delle ulteriori condizioni legittimanti l'ascolto (gravità indiziaria, indispensabilità dello strumento invasivo ecc.)”.

17.4. Notifiche di intercettazione nella Convenzione di Bruxelles sulla mutua assistenza tra gli Stati membri dell'Unione europea (MAP 2000)

La novità della previsione recata nell'articolo 24 del decreto di attuazione della direttiva OEI è tale soltanto per le autorità italiane e per quelle dei pochi Paesi dell'Unione che non avevano ancora proceduto, alla data di scadenza della direttiva, all'implementazione della Convenzione di Bruxelles del 2000.

La Convenzione, che costituisce il primo atto multilaterale che disciplina specificamente le intercettazioni quali oggetto di *mutual legal assistance*³⁴, dedica a questa materia l'intero Titolo III (artt. 17-22), includendovi una previsione specifica per “l'intercettazione di persone nel territorio di un altro Stato membro senza l'assistenza tecnica di quest'ultimo”.

La norma di attuazione dedicata al versante passivo (art. 21 del d. lgs. 5 aprile 2017, n. 52) reca una disciplina che ricalca quella dell'art. 24 del decreto attuativo dell'OEI:

inizialmente rilevato la sua presenza. Laddove poi, nel corso di un medesimo procedimento o di procedimenti collegati, l'autorità estera si trovasse nella necessità di trasmettere più notifiche in relazione allo stesso o a diversi bersagli, soccorrerà la regola che radica la competenza in capo al procuratore che ha provveduto sulla prima notifica (art. 4, comma 7).

³³ E' significativa dell'importanza assegnata all'adempimento la circostanza che la previsione dell'art. 31 (3) della direttiva costituisce l'unica ipotesi nella quale il sindacato delle autorità dello Stato ricevente vincola integralmente l'utilizzabilità dell'atto nel procedimento in corso nello Stato emittente.

³⁴ Prima della MAP, la copertura dell'assistenza giudiziaria in materia di intercettazioni era garantita dalla previsione generica dell'art. 3 della Convenzione di Strasburgo in tema di *atti istruttori*.

1. *Quando l'autorità competente dello Stato Parte ha disposto, senza richiesta di assistenza tecnica, l'intercettazione di un dispositivo in uso a persona che si trova nel territorio dello Stato, il procuratore della Repubblica, ricevuta notificazione dell'avvio delle operazioni, la trasmette al giudice per le indagini preliminari.*

2. *Il giudice per le indagini preliminari ordina, con decreto, l'esecuzione o la prosecuzione delle operazioni, ovvero, fermo quanto previsto dall'articolo 20, paragrafo 4, della convenzione, l'immediata cessazione, se le intercettazioni sono state disposte in riferimento a un reato per il quale, secondo l'ordinamento interno, esse non sono consentite.*

3. *Il procuratore della Repubblica senza ritardo dà comunicazione all'autorità competente dello Stato Parte dei provvedimenti adottati dal giudice per le indagini preliminari.*

18. Provvedimenti di sequestro probatorio.

L'articolo 26 del decreto traspone l'art. 32 della direttiva che, sotto la più generica rubrica *Provvedimenti provvisori*, contempla la possibilità che un OEI venga emesso “per adottare provvedimenti intesi a impedire provvisoriamente la distruzione, la trasformazione, la rimozione, il trasferimento o l'alienazione di elementi che possono essere usati come prove”.

Conformandosi alla previsione dell'art. 32 (2) della direttiva, la norma interna stabilisce che il riconoscimento e l'esecuzione di siffatto OEI e la relativa comunicazione intervengano “entro ventiquattro ore dalla ricezione e comunque senza ritardo”.

All'autorità emittente è affidata la scelta tra due alternative per quanto concerne gli sviluppi dell'apprensione, scelta che dovrà risultare dalla sezione H3 del modulo.

Essa potrà optare per il trasferimento immediato delle cose sequestrate che avrà luogo secondo le disposizioni generali del già esaminato art. 12 del decreto, ivi comprese quelle che contemplano, nell'ipotesi di concomitanti necessità della *giustizia interna*, la temporaneità del trasferimento e la necessaria autorizzazione del giudice, nel caso in cui nel procedimento interno sia stata già esercitata l'azione penale.

Oppure potrà optare per il mantenimento delle cose presso l'autorità italiana di esecuzione. In tal caso l'art. 26, comma 3 del decreto [conformandosi all'art. 32 (4) della direttiva] prescrive che sia indicato, nell'apposito riquadro della sezione H3, un termine entro il quale il provvedimento potrà essere revocato ovvero una data entro la quale il bene appreso dovrà essere trasferito.

E' prevista dalla norma interna la possibilità che il procuratore della Repubblica ritenga di dover revocare il provvedimento di sequestro disposto in esecuzione dell'OEI. In tal caso, l'art. 26, comma 4 del decreto prescrive la previa consultazione dell'autorità di emissione (“*ne informa l'autorità di emissione che può formulare osservazioni*”).

In effetti l'art. 32 (5) della direttiva assicura all'autorità di esecuzione una funzione di controllo sulla durata del vincolo, consentendole di stabilire sin dal momento dell'esecuzione, previa consultazione dell'autorità di emissione, “condizioni adeguate alle circostanze del caso, al fine di limitare la durata di validità del provvedimento provvisorio”; e quindi di procedere, conformemente a dette condizioni, alla revoca del provvedimento provvisorio previa informativa e acquisizione delle eventuali osservazioni dell'autorità di emissione alla quale dovrà essere immediatamente notificato il provvedimento di revoca.

Poiché il sistema italiano non prevede l'indicazione di un termine di durata quale condizione originaria di validità del sequestro probatorio, la norma di attuazione concentra la funzione di controllo sulla fase successiva all'esecuzione dell'OEI nella quale l'autorità giudiziaria italiana è ordinariamente tenuta a verificare, ai sensi dell'art. 262, comma 1 cod. proc. pen., se il mantenimento del vincolo nel tempo si atteggi come eccessivo e ingiustificato rispetto alla finalità dell'accertamento (C. II, n. 5650/14).

Naturalmente detta verifica dovrà misurarsi con la circostanza che l'autorità di esecuzione non dispone (e non è tenuta a disporre) del *dossier* relativo al procedimento in corso presso l'autorità di emissione e che un più penetrante sindacato è rimesso alle competenti autorità dello Stato di emissione.

La base cognitiva alla quale dovrà attenersi l'autorità di esecuzione è dunque delimitata dalle informazioni riportate nel modulo standardizzato e dalle altre acquisibili attraverso la prescritta consultazione dell'autorità emittente.

PARTE IV - PROCEDURA ATTIVA

19. Autorità competenti per l'emissione dell'OEI e procedimenti nel cui ambito l'OEI può essere emesso

L'art. 27 del decreto attribuisce al pubblico ministero e al giudice che procede, “*nell'ambito delle rispettive attribuzioni*”, la competenza a emettere l'OEI e a trasmetterlo direttamente all'autorità di esecuzione, “*nell'ambito di un procedimento penale o di un procedimento per l'applicazione di una misura di prevenzione patrimoniale*”.

La concentrazione della competenza presso gli uffici dei capoluoghi di distretto, prevista per la trattazione *in passivo*, non ha evidentemente ragion d'essere per quanto attiene al versante attivo della procedura.

La previsione della *trasmissione diretta* significa l'abolizione, nell'ambito di operatività dell'OEI, del filtro ministeriale (art. 727 cod. proc. pen.).

Il riferimento alle “rispettive attribuzioni” di pubblico ministero e al giudice che procede va letto in relazione alle **fasi del procedimento interno** nel cui ambito emerge la necessità dell'assistenza giudiziaria di altro Stato membro.

Competeranno **al pubblico ministero gli ordini emessi nel corso delle indagini preliminari**, anche quando abbiano per oggetto attività postulanti il previo controllo autorizzativo del giudice (per esempio, intercettazioni), posto che la competenza incidentale del giudice per le indagini non immuta il dominio della fase (v. art. 43 del decreto).

Sarà invece **il giudice a emettere gli ordini di prova nelle fasi *stricto sensu* processuali** delle quali è *dominus*: l'udienza preliminare (per esempio, per lo svolgimento di attività di integrazione probatoria ex art. 422 cod. proc. pen.); i riti speciali che prevedono attività di integrazione istruttoria (per esempio, il giudizio abbreviato, nei casi di cui all'art. 441, comma 5, cod. proc. pen.); il giudizio dibattimentale ordinario.

Poiché nel contesto *stricto sensu* processuale è per definizione già instaurato il contraddittorio di tutte le parti, non pone particolari problemi la previsione (art. 27, comma 1, ult. periodo) che obbliga il giudice alla loro previa consultazione.

In relazione all'ambito oggettivo, il riferimento al *procedimento penale* senza ulteriori connotazioni (non si dice *procedimento di cognizione*) è tale da includere tra i legittimati all'emissione: **il giudice penale dell'esecuzione** che debba acquisire documenti o informazioni ai sensi degli artt. 666, comma 5 o 667, comma 1 c.p.p.; la **magistratura di sorveglianza**, per quanto attiene all'acquisizione dei documenti necessari per un'attenta valutazione della situazione globale del detenuto, in vista per esempio della concessione di benefici o misure alternative.

E' significativa l'**espressa inclusione del procedimento di prevenzione patrimoniale** tra quelli nel cui ambito può essere emesso un ordine di indagine dalle autorità giudiziarie italiane.

Dovrà trattarsi, anche in questo ambito, di un ordine inteso alla ricerca, all'acquisizione e/o all'assicurazione di elementi conoscitivi e non, per esempio, all'esecuzione della confisca di prevenzione o al sequestro inteso ad assicurarne gli effetti, per i quali continueranno a operare altri strumenti di cooperazione internazionale.

Con l'OEI potranno essere veicolate, per esempio, le richieste di assistenza finalizzate all'assunzione di interrogatori o informazioni testimoniali, alle acquisizioni di documenti funzionali all'accertamento incidentale della pericolosità del proposto; le indagini patrimoniali previste dall'art. 19 del d. lgs. n. 159 del 2011, quando attivate dall'autorità giudiziaria.

Come sopra accennato, la legge interna non contempla il caso dell'OEI emesso da un'autorità amministrativa italiana per l'accertamento di violazioni che implicano l'irrogazione di sanzioni di sua competenza.

20. Previsioni normative e raccomandazioni operative per la compilazione, la traduzione e la trasmissione dell'OEI

L'art. 30 del decreto definisce sinteticamente **il contenuto obbligatorio dell'OEI** emesso dalle autorità interne.

Sono incluse nell'elencazione le informazioni salienti prescritte dalla direttiva e riflesse nelle sezioni di carattere generale del modello standardizzato. Ai campi previsti dal modulo dovranno prestare attenzione le autorità italiane emittenti per confezionare un mandato il più possibile immune, almeno sul piano formale, dal rischio di rifiuto o di ritardo delle decisioni di riconoscimento ed esecuzione dell'autorità destinataria.

I dati relativi all'autorità di emissione (sezione K) dovranno comprendere, oltre alla denominazione dell'ufficio emittente, ai suoi recapiti (indirizzo fisico, recapito telefonico, indirizzo di posta elettronica), il nome del magistrato procedente o del punto di contatto designato per le comunicazioni, la lingua di comunicazione, il numero di fascicolo.

La descrizione dell'oggetto dell'OEI (art. 30, comma 1 lett. b) e *la sintetica descrizione dell'atto di indagine o di prova richiesti* (lett. e) rimandano alla sezione C del modulo che impone tra l'altro di specificare, attraverso la spunta delle apposite voci, determinate categorie di atti che si caratterizzano o per il fatto di essere sottratti al regime generale dei motivi di rifiuto o per il fatto di poter essere assoggettati a condizioni specifiche e ulteriori di riconoscimento o esecuzione.

Le ragioni sulle quali l'OEI si fonda (art. 30, comma 1 lett. c) e *la descrizione sommaria del fatto per cui si procede con l'indicazione delle norme di legge violate* (lett. d) corrispondono alle informazioni richieste nella sezione G del modello che, nel punto 3, consente anche di porre in immediata evidenza la circostanza che la fattispecie di reato iscritta nel procedimento interno è compresa in una delle categorie *esentate* dalla verifica di doppia incriminabilità ai sensi dell'art. 11 della direttiva.

I dati utili all'identificazione della persona o delle persone interessate dal compimento dell'atto richiesto andranno riportati nella sezione E che richiede: la compiuta identificazione non soltanto della persona fisica ma anche della persona giuridica interessata all'atto; la specificazione della qualità assunta nel procedimento (imputato o persona sottoposta alle indagini; vittima, testimone, perito, terzo o altro); l'identificazione del luogo ove deve essere compiuto l'atto di indagine, se diverso dall'indirizzo di residenza o dimora indicato nei campi precedenti³⁵.

³⁵ Le indicazioni rispondono, evidentemente, all'esigenza di porre lo Stato di esecuzione in condizione di individuare l'autorità territorialmente competente e di procedere con la massima tempestività alla materiale esecuzione dell'atto richiesto.

Le informazioni essenziali dovranno essere integrate con quelle ulteriori richieste per i *determinati atti di indagine* specificati dagli articoli 37-45 del decreto interno, che esplicitamente o implicitamente richiamano le autorità giudiziarie italiane alla necessità di scrupolosa compilazione delle sezioni H-H7 del modello, ove vanno enunciati i dati corrispondenti ai requisiti supplementari richiesti per dar corso a *trasferimenti di persone detenute a fini di prova; videoconferenza o altra trasmissione audiovisiva; provvedimenti provvisori* (sequestri probatori); *informazioni su conti bancari e finanziari; acquisizione di prove in tempo reale, in modo continuo e per un periodo determinato; intercettazione di telecomunicazioni.*

Nella sezione B del modulo dovranno essere indicate e motivate le **eventuali ragioni di urgenza** e dovrà essere specificato il termine entro il quale l'atto dovrà essere eseguito, quando questo sia più breve di quelli previsti in linea generale dall'articolo 12 della direttiva.

La sezione D è sede dell'informazione relativa al **collegamento con un OEI precedente** che dovrà essere ben individuato (data di emissione, autorità ricevente e, ove possibile, numeri di riferimento attribuiti dalle autorità di esecuzione). La necessità di fornire dette indicazioni è richiamata dall'art. 34 del d. lgs. n. 108/2017 che, nel caso di partecipazione dell'autorità di emissione italiana all'attività esecutiva che si svolge in altro Stato membro, abilita anche la *presentazione diretta* alle competenti autorità dell'ordine di indagine collegato a quello in corso di esecuzione.

Nella sezione I dovranno essere espresse:

- le **formalità e procedure** che dovranno essere indicate all'autorità di esecuzione, ai sensi dell'art. 33, comma 1 del decreto, tenendo conto evidentemente delle regole nazionali di assunzione del mezzo investigativo o della prova, e in particolare di quelle che condizionano l'utilizzazione dell'atto nel processo interno (la norma interna richiama specificamente le forme dirette ad assicurare *i diritti e le facoltà riconosciuti dalla legge alle parti e ai difensori*);

- la **volontà di partecipazione dell'autorità giudiziaria italiana di emissione**, all'esecuzione dell'OEI, nei termini descritti dall'art. 29, commi 1 e 2 del decreto.

20.1 Regime linguistico e canali di trasmissione

Per quanto attiene al **regime linguistico** (art. 32, comma 4 del decreto), si informano le autorità in indirizzo delle scelte operate dagli Stati membri che hanno finora attuato la direttiva, nel contesto delle dichiarazioni depositate insieme alla notifica del perfezionamento delle procedure interne di attuazione:

Belgio	francese, olandese, tedesco e inglese;
Croazia	n.d.;
Estonia	inglese, estone
Finlandia	finlandese, svedese, inglese;
Francia	francese;
Germania	tedesco (salvo quanto specificato nel paragrafo 2.4);
Grecia	greco, inglese;
Lettonia	lettone;
Lituania	lituano, inglese;
Paesi Bassi	olandese, inglese;
Portogallo	portoghese, spagnolo;
Regno Unito	inglese;
Slovacchia	slovacco;

Ungheria ungherese; in casi di urgenza o di “estrema difficoltà” della traduzione nella lingua nazionale, inglese, francese, tedesco.

Per l’aggiornamento del quadro degli Stati membri che procederanno all’attuazione della direttiva e delle opzioni praticate in tema di regime linguistico e di autorità designate per la ricezione e l’esecuzione degli OEI, si raccomanda la consultazione del sito della Rete giudiziaria europea (*European Judicial Network* – www.ejn-crimjust.europa.eu) che evidenzia in *home page* una sezione dedicata all’*EIO* (*European Investigation Order*)³⁶.

Al fine di **ridurre i costi di traduzione** e agevolare la consultazione del documento da parte delle autorità riceventi, si consiglia di acquisire il modulo OEI in formato Word dal sito della RGE [all’indirizzo <https://www.ejn-crimjust.europa.eu/ejn/libcategories.aspx?Id=120>], ove è disponibile in tutte le lingue dei Paesi dell’Unione. In tal modo sarà possibile compilare agevolmente e tradurre le sole sezioni essenziali in relazione al caso specifico.

In tema di **trasmissione dell’OEI**, l’art. 32 del decreto abilita le autorità giudiziarie interne alla trasmissione diretta del modulo compilato e di ogni comunicazione indirizzata alle autorità competenti dello Stato di esecuzione. La trasmissione potrà avvenire con qualsiasi mezzo idoneo che lasci traccia scritta e sia tale da garantire l’autenticità della provenienza, ivi compresa una *e-mail* alla quale sia allegato l’ordine in formato PDF immutabile e debitamente tradotto³⁷.

All’Autorità centrale (la Direzione generale della giustizia penale – Ufficio II) le autorità interne potranno rivolgersi quando ciò sia necessario per ricevere ausilio al fine di risolvere difficoltà di comunicazione o di ricevere indicazioni sui modi nei quali può essere assicurata alle autorità di esecuzione *l’autenticità della provenienza* dell’atto o della comunicazione.

Il comma 2 dell’art. 32 abilita la trasmissione dell’OEI e di ogni comunicazione rilevante mediante il sistema di telecomunicazione della menzionata Rete giudiziaria europea. Tuttavia, nel corso delle periodiche riunioni della Rete, il corrispondente nazionale ha acquisito informazioni che sconsigliano allo stato di far ricorso a detto strumento.

Deve essere, invece, valorizzata la previsione del comma successivo che assegna ai punti di contatto della Rete designati presso ciascun distretto di Corte d’appello funzioni di ausilio per l’individuazione dell’autorità di esecuzione competente per lo Stato membro destinatario dell’OEI.

Ferma restando la doverosa disponibilità dei soggetti indicati nel decreto, si segnala che informazioni generali sulle autorità funzionalmente competenti in ciascuno Stato membro per il riconoscimento e l’esecuzione dell’OEI possono ricavarsi dal sito della Rete (prospetto intitolato *Competent authorities and languages accepted for the European Investigation Order in criminal matters*); mentre informazioni di dettaglio, relative per esempio alle autorità territorialmente competenti (in ragione della residenza della fonte di prova dichiarativa, dell’ubicazione del bersaglio da intercettare o della cosa da sequestrare, ecc.) possono ricavarsi utilizzando la funzione

³⁶ La sezione EIO include - sotto la voce, *Useful tools and information for the practical application of the European Investigation Order (EIO) Directive* - un prospetto aggiornato dello *Status of transposition of the EIO Directive* e un altro dedicato alle *Competent authorities and languages accepted for the European Investigation Order in criminal matters*.

³⁷ Non costituisce mezzo idoneo allo scopo la posta certificata che non è conosciuta negli altri Stati membri.

Judicial Atlas dello stesso sito la cui affidabilità risente però della tempestività delle operazioni di *updating* rimesse ai *Tool Correspondent* dei diversi Stati membri³⁸.

Preziosi servizi di supporto informativo potranno essere offerti dal magistrato di collegamento con la Repubblica francese, dal *Desk* italiano di *Eurojust* e dai corrispondenti nazionali di *Eurojust* (designati presso le Procure generali di ciascuna Corte d'appello), almeno con riferimento alle indagini transnazionali di competenza di detto organismo.

Giova segnalare che non tutti gli Stati membri hanno declinato la previsione dell'art. 7 (3) della direttiva come il legislatore italiano che, come detto, assegna all'Autorità centrale insediata presso il Ministero della Giustizia esclusivamente una funzione di supporto informativo e consente l'accesso diretto all'Autorità giudiziaria italiana da parte delle autorità di emissione degli altri Stati membri.

Alcuni Stati hanno operato la scelta di scindere le autorità competenti per la ricezione dell'OEI e quelle competenti per il riconoscimento e l'esecuzione. Altri, hanno designato autorità di ricezione e/o di esecuzione differenziate in ragione della natura del mezzo investigativo o probatorio richiesto, della connotazione urgente o meno dell'atto, del reato per cui si procede. In altri casi ancora, la peculiare struttura ordinamentale ha determinato l'indicazione di autorità centrali differenziate in ragione dell'area territoriale ove l'atto deve trovare esecuzione³⁹.

La varietà delle scelte operate dai diversi Stati membri in sede di implementazione della direttiva rende particolarmente utile, se non necessario, il ricorso ai servizi di supporto sopra illustrati.

21. Comunicazioni interne relative all'emissione dell'OEI

Il decreto di attuazione non contempla un obbligo di comunicazione dell'OEI emesso dalle autorità italiane di emissione all'Autorità centrale.

Poiché saranno come di consueto varati in ambito UE esercizi di verifica dell'impatto dello strumento nei diversi Stati membri (anche ai fini della *relazione sull'applicazione* prevista dall'art. 37 della direttiva), è opportuno che gli Uffici in indirizzo si dotino di un sistema di rilevamento quali-quantitativo degli OEI emessi (inclusivo di informazioni relative allo Stato membro destinatario, al reato per cui si procede, alla tipologia di attività per la quale è richiesta assistenza) anche al fine di consentire periodiche verifiche sull'adeguatezza della normativa interna di attuazione.

Delle informazioni statistiche relative agli uffici dei diversi distretti si faranno portatori i punti di contatto della Rete giudiziaria europea nelle riunioni periodiche indette dalla Direzione

³⁸ Non appena sarà aggiornata dai *tool correspondents* dei diversi Stati membri, risulterà particolarmente utile la consultazione sul sito della Rete delle schede di sintesi (cd. *fiches belges*) che, in relazione a ciascuna misura disponibile, indicano le caratteristiche essenziali della normativa nazionale, fornendo anche utili consigli di ordine pratico.

³⁹ La legislazione belga, per esempio, individua un'apposita autorità (il Procuratore federale) per la ricezione degli OEI caratterizzati da urgenza e per i casi di indeterminata localizzazione della fonte di prova; e un'altra (l'Amministrazione generale delle dogane e delle accise) specializzata per la ricezione e l'esecuzione degli OEI relativi alla materia tributaria e doganale. Il legislatore francese individua: il *Directeur des affaires criminelles et des grâces*, quale autorità centrale competente, oltre che per la soluzione delle difficoltà incontrate dagli altri Stati membri di emissione, per i provvedimenti conseguenti alla notifica di intercettazioni eseguibili da altro Stato membro senza l'assistenza tecnica delle autorità francesi (art. 31 della direttiva). Nel sistema UK, sono contemplate autorità centrali differenziate per gli OEI da eseguire in Galles, Inghilterra e Irlanda del Nord (UK Central Authority - UKCA), in Scozia (Crown Office) e in Gibilterra (Attorney General of Gibraltar). E' inoltre individuata un'autorità specifica per le violazioni di carattere fiscale e doganale (Her Majesty's Revenue and Customs - HMRC).

generale della giustizia penale, che saranno dedicate anche al monitoraggio del funzionamento dello strumento e delle prassi virtuose che andranno a consolidarsi presso i diversi uffici.

In prospettiva sarà realizzato dalla Direzione generale dei servizi informativi automatizzati (DGSIA) un registro informatico che agevolerà la rilevazione di questi dati.

E' prescritta (art. 27, comma 2) ed è vivamente raccomandata la comunicazione dell'OEI alla Direzione nazionale antimafia e antiterrorismo, quando si tratti di indagini relative ai delitti di cui all'art. 51, commi 3 bis e 3 quater cod. proc. pen.

Alla medesima autorità dovranno essere comunicate, ai sensi del d. lgs. 15 febbraio 2016, n. 34, le iniziative di costituzione delle squadre investigative comuni assunte dai procuratori della Repubblica nel contesto delle interlocuzioni instaurate con le competenti autorità di esecuzione ai sensi dell'art. 29, comma 1 del decreto (*Partecipazione all'esecuzione dell'ordine di indagine*).

Ai sensi dell'art. 7, comma 3 della legge n. 41 del 2005 può ritenersi che un'informativa sia dovuta anche al Desk italiano di *Eurojust* nei casi in cui l'OEI sia emesso nel contesto di indagini rientranti nel perimetro di competenza di questo organismo che coinvolgano almeno due Stati membri dell'Unione europea o un Paese terzo.

Come evidenziato nel citato documento del Desk italiano (pag. 10), l'informativa propizierà l'esercizio istituzionale del **ruolo di facilitazione operativa e mediazione giuridica di Eurojust** nell'ambito delle *finestre di consultazione* previste dalla direttiva con diverse finalità: per la soluzione dei problemi che afferiscono le condizioni di riconoscimento/esecuzione; per l'attuazione bilaterale del canone di proporzione; per la partecipazione dell'autorità italiana emittente alla fase esecutiva; per l'indicazione all'autorità destinataria dell'OEI di *formalità e procedure* di esecuzione; per l'individuazione delle modalità di trasferimento della prova; per il rinvio dell'esecuzione, a fini di salvaguardia dell'indagine o del processo che si svolge presso lo Stato di esecuzione; per l'individuazione e la soddisfazione dei requisiti particolari relativi agli *specifici atti di indagine* disciplinati negli articoli 16-26 della direttiva.

22. L'emissione dell'OEI e i diritti della difesa

Si è già evidenziata la funzione di tutela dei diritti della difesa (e nel contempo di garanzia dell'utilizzabilità dell'atto nel processo interno) attribuibile alle previsioni degli articoli 29 e 33 del decreto, in tema di forme e procedure da indicare alle autorità estere competenti per l'esecuzione dell'atto e in tema di partecipazione delle autorità emittenti italiane (o degli ufficiali di P.G. delegati) all'esecuzione dell'OEI.

Guardando alla fase successiva all'esecuzione e alla consegna o al trasferimento dei verbali e delle cose rilevanti per la prova, l'art. 35 del decreto disciplina mediante integrale rinvio ai casi e ai modi previsti dalla legge dello Stato di esecuzione la materia degli avvisi dovuti alle parti e ai difensori.

Ma la previsione della fonte europea più innovativa a tale riguardo è quella che allarga i tradizionali confini soggettivi della cooperazione internazionale in materia penale **attribuendo all'indagato e al suo difensore la legittimazione ad agire per l'emissione di un euro-mandato di prova**, "*nel quadro dei diritti della difesa applicabili conformemente al diritto e alla procedura penale nazionale*" (art.1 par. 3).

L'art. 31 del decreto traduce la disposizione stabilendo che il difensore della persona sottoposta alle indagini, dell'imputato, della persona proposta per l'applicazione di una misura di prevenzione possa chiedere l'emissione di un ordine europeo d'indagine all'autorità giudiziaria interna procedente (pubblico ministero o giudice, secondo la fase).

La richiesta dovrà contenere, a pena di inammissibilità, l'indicazione dell'atto che si intende assumere all'estero e dei motivi che ne giustificano l'assunzione.

In caso di rigetto, il pubblico ministero dovrà provvedere con decreto motivato, mentre il giudice deciderà con ordinanza, dopo aver sentito le parti.

Nel caso in cui l'atto sollecitato dal difensore consista in un sequestro probatorio opererà, nel caso di valutazione negativa del pubblico ministero, il meccanismo di *controllo sostitutivo* del giudice previsto dall'art. 368 c.p.p.

23. Disposizioni sulla utilizzabilità degli atti compiuti e delle prove assunte all'estero.

Secondo il *Libro Verde sulla ricerca della prova in materia penale* adottato dalla Commissione europea l'11 novembre 2009, i nuovi strumenti di assistenza avrebbero dovuto darsi carico dell'adozione di “*norme comuni per la raccolta delle prove in materia penale*”. Veniva lasciata aperta l'opzione tra la predisposizione di una tavola dei principi generali condivisi ovvero la formulazione di più specifiche disposizioni calibrate sulle diverse tipologie di prova.

L'auspicio corrispondeva a una delle più rilevanti novità introdotte dal Trattato di Lisbona (art. 82, par. 2), per il quale l'Unione avrebbe dovuto costruire “norme minime” anche in materia penal-processuale (in tema di ammissione delle prove, diritti della persona e delle vittime), laddove necessario “*per facilitare il riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie e la cooperazione di polizia e giudiziaria nelle materie penali aventi dimensione transnazionale*”, ferma restando la necessità di tenere conto delle differenze tra le diverse tradizioni giuridiche degli Stati membri, se idonee a garantire un livello più elevato di tutela delle persone.

L'attuazione di queste raccomandazioni avrebbe imposto, secondo alcuni commentatori, la creazione di una piattaforma unitaria di norme minime volte a disciplinare i criteri di ammissione della prova, ma anche a dettare un *numerus clausus* di regole di esclusione di determinate fonti di prova dal panorama cognitivo sottoposto alla prudente valutazione dell'autorità giudiziaria.

La direttiva 2014/41/UE non contiene una disciplina generale della *mutual admissibility of evidence*.

Il legislatore interno però, nell'art. 36 del decreto (recante *Disposizioni sulla utilizzabilità degli atti compiuti e delle prove assunte all'estero*), estende agli atti acquisiti mediante l'ordine europeo di indagine alcune previsioni, in tema di formazione del fascicolo per il dibattimento e di letture acquisitive, dedicate dagli articoli 431 e 512-*bis* c.p.p. agli atti e alle dichiarazioni assunte per via rogatoriale.

Ricalcando il modello dell'art. 431, comma 1 *lett. d)* ed *f)*, l'art. 36, comma 1 stabilisce l'inclusione nel fascicolo per il dibattimento:

- a) dei “documenti acquisiti all'estero mediante ordine di indagine” e dei “verbali degli atti non ripetibili assunti con le stesse modalità”;
- b) dei verbali degli atti di natura non documentale né irripetibile assunti all'estero a seguito di ordine di indagine, ai quali i difensori siano stati posti in grado di assistere esercitando le facoltà loro consentite dalla legge italiana.

L'art. 36, comma 2 riguarda i verbali delle dichiarazioni rese all'estero sulla base di un ordine emesso nella fase delle indagini preliminari e in ambiti diversi dall'incidente probatorio⁴⁰.

Di detti verbali il giudice dispone la lettura “**nei casi e con le modalità di cui all'articolo 512-*bis***”.

⁴⁰ Per le dichiarazioni acquisite all'estero nel corso (e con le forme proprie) dell'incidente probatorio interno vale la regola dell'inclusione automatica nel fascicolo per il dibattimento ex art. 36, comma 1 *lett. b)*.

Varranno dunque le condizioni e le forme procedurali dettate dall'art. 512-*bis* c.p.p., secondo l'interpretazione costituzionalmente orientata (art. 111, comma 5 Cost.) fornite da S.U. n. 27918/11, D.F. e dalla successiva giurisprudenza di legittimità⁴¹ che prescrivono:

- a) **l'effettiva e valida citazione della fonte dichiarativa residente all'estero**, secondo le modalità stabilite dall'art. 727 c.p.p. per le rogatorie internazionali o dalle convenzioni di cooperazione giudiziaria applicabili nel caso di specie;
- b) **la verifica dell'eventuale irreperibilità** mediante tutti gli accertamenti opportuni e necessari in concreto, non essendo sufficienti la mancata notificazione o le risultanze anagrafiche o verifiche meramente burocratiche;
- c) **l'assoluta e oggettiva impossibilità di ottenere l'escussione del dichiarante attraverso una rogatoria internazionale concelebrata o mista**, secondo il modello previsto dall'art. 4 della Convenzione di Strasburgo 1959.

Calata nel contesto che ci occupa, la condizione sub c) richiama la necessità che l'autorità italiana procedente eserciti la facoltà prevista dall'art. 29, comma 2 del decreto di richiedere all'autorità di esecuzione “*di partecipare direttamente all'esecuzione dell'ordine di indagine*”, affinché sia garantito il rispetto delle *forme e procedure* funzionali all'attuazione del principio costituzionale del contraddittorio nella formazione della prova: richiesta che, a termini dell'art. 9 par. 4 della direttiva, l'Autorità di esecuzione potrebbe disattendere soltanto in caso di conflitto con i principi fondamentali del proprio diritto nazionale⁴².

PARTE V - DISPOSIZIONI SPECIFICHE PER L'EMISSIONE DI UN OEI RELATIVO A DETERMINATI ATTI DI INDAGINE

24. Trasferimenti temporanei di persone detenute

Gli artt. 37 e 38 disciplinano il trasferimento temporaneo nello Stato italiano di persona detenuta in altro Stato membro (art. 37) e il trasferimento temporaneo in altro Stato membro di persone detenute nello Stato italiano (art. 38).

Nel primo caso il pubblico ministero o il giudice procedente, secondo la fase nella quale l'atto probatorio deve essere assunto, emettono l'OEI per ottenere la comparizione di una persona detenuta in un altro Stato membro ai fini del compimento di un atto per il quale si renda necessaria la sua presenza.

Dovrà essere raggiunto un accordo con l'autorità di esecuzione sulle modalità del trasferimento, sulla sua durata e sul termine entro il quale il detenuto dovrà fare rientro nello Stato di esecuzione. Si applicano le disposizioni dell'art. 17, comma 2 che assegnano al procuratore della Repubblica il compito di emettere un ordine di carcerazione temporaneo, che collochi la persona temporaneamente trasferita presso la casa circondariale del luogo di compimento dell'atto di indagine o di prova. Le spese di mantenimento sono a carico dello Stato italiano.

Valgono, questa volta a carico dell'autorità italiana, le regole della specialità e le relative eccezioni (art. 37, commi 3 e 4).

⁴¹ *Ex plurimis*, v. C. II, n. 51410/13.

⁴² Le leggi di attuazione adottate da Francia e Regno Unito si conformano pienamente alla previsione dell'art. 9 par. 4 della direttiva. L'art. 694-39 del codice di procedura penale francese riconosce, quali unici possibili motivi di rifiuto della richiesta dell'autorità emittente di partecipare all'esecuzione dell'atto, il caso in cui detta partecipazione appaia “*de nature à réduire les droits des parties et le garanties procédurales fondamentales de notre droit ou de nature à nuire à nos intérêts nationaux fondamentaux*”. Analogamente, l'art. 34 delle *Regulations* 2017 n°730 del Regno Unito prevede che la richiesta di concelebrazione dello Stato emittente possa essere rifiutata soltanto quando “*contrary to a fundamental principle of law, or harmful to essential national security interests*”.

L'art. 38 disciplina il trasferimento di un soggetto detenuto in Italia verso lo Stato di esecuzione, sempre ovviamente al fine del compimento di un atto di indagine: potrebbe trattarsi per esempio di persona detenuta in Italia il cui trasferimento all'estero si rende necessario per compiere un'attività di individuazione o ricognizione di luoghi rilevante ai fini di un procedimento interno.

Sono richiamate, in quanto compatibili, le previsioni che regolano l'atto corrispondente *in passivo* (art. 16): *in primis*, quelle relative alla necessità del consenso informato e alle modalità della sua acquisizione e documentazione; poi quelle inerenti l'imputazione del periodo di detenzione all'estero ai fini dei termini di custodia e dell'esecuzione della pena; infine quelle relative al principio di specialità e alle sue eccezioni.

25. Richiesta di audizione mediante videoconferenza o altra trasmissione audiovisiva

L'articolo 39 disciplina l'audizione a distanza di testimoni, periti, consulenti tecnici, persone informate dei fatti, imputati e persone sottoposte alle indagini (commi 1 e 2).

Ribadita la necessità del consenso di questi ultimi, la previsione si caratterizza per l'evocazione della possibilità che l'autorità di esecuzione non disponga dei mezzi tecnici necessari all'esecuzione dell'attività, evenienza alla quale l'autorità giudiziaria italiana potrà ovviare mettendoli a disposizione "per il tramite dell'autorità centrale" (art. 39, comma 5).

Con riferimento ai casi nei quali può essere emesso dalle autorità giudiziarie italiane un OEI avente tale specifico oggetto, il comma 3 elenca tre situazioni:

- a) il caso nel quale i soggetti indicati nei commi 1 e 2 dell'art. 39 risiedano o dimorino all'estero e ricorrono ***giustificati motivi che rendono non opportuna la loro presenza sul territorio nazionale***. Possono venire in gioco i tempi di raccolta delle dichiarazioni e il rischio che risulti pregiudicato l'accertamento, tenuto conto anche della gravità del reato e dell'importanza della prova da acquisire; o anche il rischio di pregiudizio di diritti fondamentali, come l'integrità e il benessere del dichiarante esposto a violenza o minaccia o la vulnerabilità del testimone vittima;
- b) **il caso in cui la persona da interrogare o esaminare sia a qualsiasi titolo detenuta all'estero**, nel quale si presume l'opportunità dell'audizione a distanza;
- c) **i casi previsti dall'art. 147-bis disp. att. c.p.p.** riguardanti l'esame degli operatori sotto copertura, delle persone che collaborano con la giustizia e degli imputati di reato connesso.

Il richiamo integrale alla disposizione di attuazione significa che l'OEI potrà essere emesso sia nei **casi in cui il giudice ha facoltà di disporre**, sentite le parti, l'esame a distanza dei soggetti ammessi a programmi di protezione e degli operatori coinvolti nelle operazioni di cui all'art. 9 della legge 16 marzo 2006, n. 146, come una delle misure finalizzate alla loro tutela (art. 147-bis, comma 2); sia nelle **ipotesi in cui, invece, l'esame in videoconferenza costituisce la regola**, derogabile soltanto quando "il giudice ritenga assolutamente necessaria la loro presenza": persone ammesse al piano provvisorio di protezione previsto dall'art. 13, comma 1, del d.l. 15 gennaio 1991, n. 8 o alle speciali misure di protezione di cui all'art. 13, commi 4 e 5 dello stesso d.l.; persona destinataria del decreto di cambiamento delle generalità previsto dall'art. 3 del

d. lgs. 29 marzo 1993, n. 119; dichiarante ex art. 210 c.p.p. da esaminare nel contesto di un procedimento relativo ai delitti di cui agli artt. 51, comma 3-bis e 407, comma 2, lett. a), n. 4, a sua volta imputato o indagato per uno di tali delitti, anche in procedimento separato; ufficiali o agenti di polizia giudiziaria, anche appartenenti ad organismi di polizia esteri, loro ausiliari o interposte persone che siano chiamate a deporre in ordine alle attività svolte nel corso delle operazioni sotto copertura di cui all'art. 9 della legge 16 marzo 2006, n. 146.

Il comma 6 dell'art. 39 fa carico all'autorità giudiziaria italiana di verificare che la persona da ascoltare sia avvertita dei diritti e delle garanzie previste dall'ordinamento interno, con riferimento evidente sia al diritto al silenzio e all'assistenza difensiva per i dichiaranti indagati o imputati nel medesimo o in procedimento connesso (art. 64 c.p.p.), sia ai privilegi riconosciuti a determinate categorie di testimoni e periti (per es. artt. 199 e 200 ss. c.p.p.).

L'audizione mediante collegamento audiovisivo, consentendo di fatto all'autorità emittente e alle parti del procedimento interno di partecipare, sia pure a distanza, alla raccolta della prova dichiarativa e di condizionarne l'acquisizione secondo una prospettiva di massimo avvicinamento alla *lex fori* (per es. *cross examination*), dev'essere considerata con particolare favore.

In una graduatoria ideale delle tecniche di acquisizione della prova dichiarativa all'estero, la videoconferenza si situa immediatamente dopo l'esame concelebrato (art. 29, comma 2 del decreto), quale modalità capace di annullare la distanza giuridica tra il luogo di raccolta della prova e il luogo nel quale essa dovrà essere utilizzata e immediatamente prima della prova delegata all'autorità di esecuzione con la mera indicazione di forme e procedure (art. 33, comma 1).

L'accordo sulle modalità di audizione previsto dall'art. 39, comma 4 dovrà tendere a questo risultato che consentirà l'inserimento dei verbali di prova nel fascicolo per il dibattimento ai sensi dell'art. 36, comma 1, lett. b).

26. Informazioni relative a conti e operazioni bancarie e finanziarie.

L'art. 40 disciplina le modalità di compilazione dell'OEI avente per oggetto l'acquisizione *statica* di informazioni e documenti presso banche e istituti finanziari all'estero, richiamando l'attenzione sulla sezione H4 del modulo di cui all'allegato A.

Consapevole delle più ricorrenti difficoltà di attuazione di questo tipo di assistenza, il legislatore richiama in particolare la necessità che le autorità procedenti italiane indichino i motivi di rilevanza della richiesta e riportino le informazioni utili all'individuazione delle banche e degli istituti finanziari interessati.

Con riferimento all'OEI emesso per l'acquisizione *in tempo reale* di dati relativi ai movimenti che avvengono su determinati conti bancari e finanziari, il Titolo III del decreto non contiene specifiche disposizioni. La *Relazione illustrativa* segnala però che, come già evidenziato nella disciplina del versante passivo (art. 20, comma 2), l'attività deve essere assimilata alle intercettazioni di comunicazioni informatiche o telematiche di cui all'art. 266-bis c.p.p., di talché la relativa richiesta dovrà conformarsi agli artt. 43 e 44 del decreto.

La sezione del modulo da compilare per questa tipologia di assistenza è quella contrassegnata dalla lettera H5 (*Atti di indagine che implicano l'acquisizione di prove in tempo reale, in modo continuo e per un periodo determinato*).

27. Operazioni sotto copertura e ritardo o omissione degli atti di arresto o di sequestro.

Gli artt. 41 e 42 richiamano i presupposti, le condizioni e le modalità previste dall'art. 9 della legge 16 marzo 2006, n.146. L'art. 41, ricalcando la disposizione dell'art. 20, comma 3 relativa alla procedura passiva, segnala la particolare importanza delle informazioni dovute dall'autorità emittente in tema di motivi di emissione dell'OIE (sezione G e sezione H6 del modulo standard).

Con riferimento specifico alle operazioni sotto copertura, l'art. 41, comma 2 ribadisce la regola della comunicazione diretta con le autorità di esecuzione designate dallo Stato estero e della determinazione consensuale delle modalità di compimento delle operazioni.

La *Relazione illustrativa* segnala, in perfetta armonia con le previsioni della direttiva, la vigilanza e il primato della legge dell'autorità di esecuzione, “*anche con riguardo all'eventuale status riconosciuto a chi partecipi sul territorio estero a siffatte attività*”.

28. Intercettazione di telecomunicazioni.

Gli articoli 43 e 44 del decreto legislativo n. 108 sono dedicati, rispettivamente, **(i)** alla *richiesta di intercettazione di telecomunicazioni con l'assistenza tecnica dell'autorità giudiziaria di altro Stato membro* e **(ii)** agli *obblighi di informazione* che l'autorità italiana dovrà adempiere verso lo Stato ove è ubicato il dispositivo bersaglio quando, invece, l'esecuzione dell'intercettazione non necessita dell'assistenza tecnica delle autorità di tale Stato.

Quest'ultima evenienza ricorre quando l'utenza oggetto dell'intercettazione sia riferibile ad un gestore telefonico nazionale che abbia stipulato accordi di roaming con altri gestori esteri, tali da assicurare in automatico il trasferimento delle comunicazioni sul territorio dello Stato italiano e nei casi di cd. *istradamento* nei quali, come sopra precisato (par. 17.3), la giurisprudenza di legittimità interna, valorizzando il fatto che tutte le operazioni rilevanti vengono compiute sul territorio italiano, ha finora legittimato l'esecuzione delle intercettazioni senza necessità di alcuna interlocuzione con lo Stato estero.

Quando, invece, si tratta di conversazioni che intercorrono su un'utenza o un sistema riferibile soltanto a un gestore estero ovvero di comunicazioni *estero su estero* non dirottabili (o comunque non dirottate) su nodi telefonici ubicati in Italia, le operazioni richiederanno l'assistenza tecnica delle autorità dello Stato membro interessato e troverà applicazione la disciplina dell'art. 43 del decreto.

28.1 Richiesta di intercettazione con assistenza tecnica di altro Stato membro

L'art. 43 individua il pubblico ministero, e non il Gip, come autorità emittente l'OIE in questione. L'indicazione è coerente con il fatto che anche per le intercettazioni nazionali l'esecuzione dell'attività autorizzata dal giudice è affidata all'autorità giudiziaria inquirente.

Il pubblico ministero dovrà compilare le parti generali e la sezione H7 del modello in allegato A, sezione specificamente dedicata a questa tipologia di atto.

Tra le **informazioni richieste dal modello**, il comma 2 della norma sottolinea quelle relative a:

- a) **l'indicazione dell'autorità giudiziaria che ha disposto l'intercettazione**, che richiama la necessità del previo provvedimento autorizzativo dato dal giudice ai sensi dell'art. 267 c.p.p.;
- b) **ogni informazione utile all'identificazione della persona che ha in uso il dispositivo o il sistema da controllare;**
- c) la **durata** delle operazioni di intercettazione da eseguire;
- d) i **dati tecnici** necessari allo svolgimento delle operazioni;

- e) i **motivi di rilevanza dell'atto** che, insieme alle informazioni di carattere generale sul reato e sullo stato del procedimento, assumono particolare importanza al fine di consentire all'autorità di esecuzione lo scrutinio di *equivalenza* con il caso interno analogo.

In tema di **modalità di esecuzione**, la norma dell'art. 43, comma 3 è speculare a quella dettata, per la procedura in passivo, dall'art. 20, comma 4.

Il pubblico ministero italiano, previo accordo con l'autorità di esecuzione, indicherà nell'OEI se l'operazione deve essere eseguita: a) con trasmissione immediata delle telecomunicazioni; b) ovvero intercettando, registrando e trasmettendo successivamente il risultato dell'intercettazione al suo Ufficio.

Ancora speculare è la previsione della possibilità di richiedere **prestazioni aggiuntive** quali la trascrizione, la decodificazione o la decrittazione delle comunicazioni intercettate le cui spese saranno anticipate dallo Stato italiano.

28.2 Obblighi di informazione in favore dell'autorità giudiziaria di uno Stato membro

Analogamente a quanto previsto per le procedure passive, è da evidenziare che tutte le volte che l'autorità inquirente abbia notizia che l'apparecchio o la persona oggetto di controllo si trovi sul territorio di altro Stato dell'Unione, e l'attività captativa non richieda il supporto tecnico, deve essere data comunicazione, mediante il modello di cui all'allegato C) del decreto legislativo, all'autorità giudiziaria competente dello Stato membro nel cui territorio si trova il dispositivo o il sistema da controllare.

La previsione è innovativa per le autorità giudiziarie italiane, presso le quali si è finora consolidato (anche in ragione del tardivo recepimento della Convenzione MAP) un'interpretazione incline a escludere qualsiasi adempimento nel caso della captazione diretta di utenze localizzate in territorio estero, i cui flussi comunicativi fossero stati, con appositi accorgimenti tecnici, canalizzati o convogliati su *nodi* italiani.

In tali casi, seguendo il criterio del luogo di svolgimento delle operazioni, la Corte di legittimità escludeva la necessità, a fini di utilizzazione probatoria delle comunicazioni captate, di qualsiasi richiesta o comunicazione indirizzata allo Stato estero:

“In tema d'intercettazioni telefoniche, il ricorso alla procedura dell'istradamento, e cioè il convogliamento delle chiamate in partenza dall'estero in un nodo situato in Italia (e a maggior ragione di quelle in partenza dall'Italia verso l'estero, delle quali è certo che vengono convogliate a mezzo di gestore sito nel territorio nazionale) non comporta la violazione delle norme sulle rogatorie internazionali, in quanto in tal modo tutta l'attività d'intercettazione, ricezione e registrazione delle telefonate viene interamente compiuta nel territorio italiano, mentre è necessario il ricorso all'assistenza giudiziaria all'estero unicamente per gli interventi da compiersi all'estero per l'intercettazione di conversazioni captate solo da un gestore straniero” (C. VI, n. 7634/2015; cfr. anche C. I, n. 13972/2009 e C. IV, n. 13206/2008). Di recente il principio di diritto è stato ribadito con riferimento all'intercettazione mediante *istradamento* delle chat *Blackberry*, realizzate con il sistema “*pin to pin*”, sul duplice presupposto che anche in questo caso l'intera attività di captazione e registrazione si svolge sul territorio nazionale e che i contenuti della chat, anche se non contestuali, costituiscono un flusso di comunicazioni intercettabile ai sensi dell'art. 266-bis cod. proc. pen. (C., III, n. 5818/16; C. III, n. 10788/16). Analogo principio è stato affermato in tema di acquisizione di e-mail in entrata e in uscita su una casella gestita da un provider estero (C. IV, n. 40903/16)

Diversa, come si è sopra detto, è la prospettiva della direttiva OEI (e prima ancora della Convenzione MAP) che guarda al territorio nel quale si trova il *bersaglio* colpito dall'atto intrusivo e perciò prescrive specifici obblighi di informazione.

La notifica dovrà essere redatta dal pubblico ministero sul modulo standardizzato di cui all'allegato C e quindi trasmessa, in base all'art. 44, comma 2 del decreto [che ricalca l'art. 31 (1), della direttiva], “non appena ha notizia che il dispositivo o il sistema controllato si trova nel territorio dello Stato membro”.

Qualora l'autorità competente dello Stato destinatario della comunicazione comunichi che l'intercettazione non può essere eseguita o proseguita in quanto contrastante con il diritto interno, il pubblico ministero dovrà disporre l'immediata cessazione.

I risultati dell'intercettazione potranno essere utilizzati soltanto alle condizioni e nei limiti stabiliti dall'autorità giudiziaria dello Stato notificato.

Due **precisazioni** appaiono a questo punto opportune:

- 1) la notifica non è dovuta nel caso in cui, eseguendo l'intercettazione su un bersaglio localizzato sul territorio italiano, vengano captate conversazioni in entrata da/in uscita verso soggetti che si trovano nel territorio di un altro Stato membro (cd. *intercettazione indiretta*);
- 2) la richiamata dottrina dell'*istradamento* potrà continuare a trovare applicazione con riferimento a bersagli localizzati nel territorio di Stati estranei all'ambito applicativo della Direttiva OEI e della Convenzione MAP.

29. Prospettive

Sul piano normativo, la strategia di ammodernamento degli strumenti dell'assistenza giudiziaria internazionale perseguita in questi anni attraverso l'implementazione di numerose decisioni quadro e, da ultimo, attraverso l'attuazione della Convenzione MAP, della Direttiva OEI e della legge delega di riforma del Libro XI del codice di procedura penale, proseguirà con la messa in cantiere della ratifica del Secondo Protocollo addizionale alla Convenzione di Strasburgo 1959 sulla mutua assistenza in materia penale. Con il perfezionamento di detta procedura si estenderanno al più ampio contesto degli Stati membri del Consiglio d'Europa le misure di semplificazione della cooperazione in tema di indagini e di prova previste, nel più ristretto ambito UE, dalla Convenzione di Bruxelles del 2000.

Sul piano organizzativo, questo Dipartimento ha avviato un piano di riconfigurazione dei Punti di contatto italiani della Rete giudiziaria europea, diretto a includere i rappresentanti delle procure della Repubblica aventi sede nei capoluoghi di distretto, uffici ai quali, come si è visto, sia le norme di attuazione della MAP e dell'OEI che la riforma del Libro XI assegnano un ruolo centrale nella trattazione del versante passivo dell'assistenza giudiziaria.

Sono inoltre allo studio della competente Direzione generale (DGSIA) misure di registrazione automatizzata delle procedure OEI dirette ad agevolare la rilevazione statistica dell'impatto dello strumento e la raccolta dei dati quantitativi e qualitativi che gli Stati membri dell'Unione devono periodicamente trasmettere alla Commissione ai sensi dell'art. 37 della Direttiva.

Si raccomanda alle Autorità in indirizzo la massima diffusione del presente Manuale presso gli Uffici di rispettiva competenza.

Nella prospettiva del miglioramento del servizio che questo Dipartimento intende rendere agli Uffici, sarà particolarmente gradita la comunicazione alla Direzione generale della giustizia penale, anche per il tramite dei punti di contatto della Rete giudiziaria europea, delle iniziative di carattere organizzativo assunte per far fronte alle nuove necessità operative, così come la segnalazione delle difficoltà riscontrate nell'attuazione dello strumento e delle *buone prassi* sperimentate.

Il Capo Dipartimento
Raffaele Piccirillo

Allegati:

- 1) A - Modello dell'Ordine europeo di indagine, in lingua italiana e in lingua inglese;
- 2) B - Modello di conferma della ricezione di un OEI, in lingua italiana e in lingua inglese;
- 3) C - Modello della notifica ad uno Stato membro dell'intercettazione di telecomunicazioni, in lingua italiana e in lingua inglese;
- 4) Office of the liaison magistrate of the Netherlands in Italy, *The European Investigation Order in the Netherlands* (19 October 2017).

