



Dipartimento di Giurisprudenza

Cattedra di Diritto Processuale Penale

L'Ordine Europeo di Indagine

RELATORE

Prof. Avv. Filippo Dinacci

CANDIDATO

Giuseppe Ferrara

Matricola: 160123

CORRELATORE

Prof. Avv. Alberto Macchia

ANNO ACCADEMICO 2023/2024

L'ORDINE EUROPEO DI INDAGINE

INTRODUZIONE

1. Il mutuo riconoscimento e la Direttiva 2014/41/UE

Le origini del Principio del Mutuo Riconoscimento.

1.1. Il trattato di Lisbona.

1.2. Il principio del mutuo riconoscimento in ambito Comunitario

1.3. Gli obiettivi del mutuo riconoscimento

1.4. Il mutuo riconoscimento e l'Ordine Europeo di Indagine

2. L'ordine europeo di indagine

Disposizioni preliminari

2.1. Procedure e garanzie per lo Stato di emissione e per lo Stato di esecuzione

2.2. Disposizioni specifiche per determinati atti di indagine

2.3. Provvedimenti provvisori e finali

3. Disciplina di attuazione dell'ordine europeo di indagine nel nostro ordinamento

3.1. Nuova configurazione dell'assistenza giudiziale e snellimento della procedura

3.2. Decreto legislativo n. 108 del 21 giugno 2017

3.3. La procedura passiva: riconoscimento ed esecuzione dell'ordine europeo di indagine

3.4. La procedura attiva: emissione e trasmissione dell'ordine europeo di indagine.

3.5. L'utilizzabilità processuale del materiale probatorio acquisito all'etero.

4. Criticità dell'ordine europeo di indagine.

4.1. La Circolazione della prova europea e l'allineamento delle legislazioni penali

4.2. Il difficile equilibrio tra fiducia reciproca e mutua assistenza

4.3. I limiti al riconoscimento reciproco nella cooperazione internazionale

4.4. Il criterio di proporzionalità

CONCLUSIONI

Bibliografia

Ringraziamenti

INTRODUZIONE

Negli ultimi decenni, l'Unione Europea ha compiuto passi significativi verso l'armonizzazione delle normative penali e l'intensificazione della cooperazione giudiziaria tra gli Stati membri. Uno degli strumenti più innovativi e rilevanti in questo contesto è l'Ordine Europeo di Indagine (OEI), istituito con la Direttiva 2014/41/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio. L'OEI rappresenta un salto qualitativo rispetto ai tradizionali meccanismi di assistenza giudiziaria, ponendosi come uno strumento vincolante e uniforme per la raccolta e il trasferimento delle prove in ambito transnazionale.

L'introduzione dell'OEI è avvenuta in risposta alla crescente necessità di una cooperazione più efficiente e rapida tra le autorità giudiziarie europee, soprattutto in un'epoca in cui la criminalità transnazionale e organizzata presenta sfide sempre più complesse. Prima dell'OEI, gli strumenti di cooperazione come le rogatorie internazionali erano spesso lenti e caratterizzati da burocrazia complessa, che ostacolavano la tempestività e l'efficacia delle indagini.

L'OEI consente alle autorità giudiziarie di uno Stato membro (lo Stato emittente) di richiedere direttamente alle autorità di un altro Stato membro (lo Stato di esecuzione) l'esecuzione di atti investigativi specifici. Questi atti possono includere la raccolta di testimonianze, la perquisizione di locali, la sorveglianza elettronica e la raccolta di documenti.

L'OEI è basato sul principio del mutuo riconoscimento, che implica che l'ordine emesso da un'autorità giudiziaria di uno Stato membro deve essere riconosciuto ed eseguito da un'altra autorità giudiziaria in un altro Stato membro con il minimo di formalità.

Un aspetto cruciale dell'OEI è l'attenzione posta alla tutela dei diritti fondamentali delle persone coinvolte. La Direttiva 2014/41/UE stabilisce

che l'emissione e l'esecuzione di un OEI devono rispettare i principi di proporzionalità, necessità e adeguatezza. Gli Stati membri devono garantire che le misure richieste non siano eccessive rispetto all'obiettivo dell'indagine e che siano previste adeguate garanzie per proteggere i diritti degli indagati e dei terzi interessati. Inoltre, l'OEI prevede meccanismi di ricorso che consentono alle persone interessate di contestare l'emissione o l'esecuzione dell'ordine.

L'introduzione dell'OEI ha avuto un impatto significativo sulla cooperazione giudiziaria in Europa, migliorando la rapidità e l'efficacia delle indagini transfrontaliere. Tuttavia, l'implementazione pratica dell'OEI non è stata priva di difficoltà. Le diverse interpretazioni della direttiva da parte degli Stati membri, le differenze nei sistemi giuridici nazionali e le problematiche linguistiche e culturali hanno creato sfide operative. Inoltre, vi sono preoccupazioni riguardo alla protezione dei dati personali e alla salvaguardia dei diritti fondamentali in contesti investigativi complessi.

Questa tesi si propone di analizzare in maniera approfondita l'Ordine Europeo di Indagine, esaminandone le origini, le caratteristiche principali, l'impatto sulla cooperazione giudiziaria europea e le criticità emerse nella sua applicazione pratica. In particolare, verranno esaminati i benefici introdotti dall'OEI in termini di velocità e uniformità delle procedure investigative transfrontaliere, nonché le problematiche legate alla sua implementazione nei diversi ordinamenti nazionali. Attraverso un'analisi critica e comparativa, si cercherà di delineare le prospettive future di questo strumento e le possibili evoluzioni normative necessarie per ottimizzarne l'efficacia.

L'obiettivo finale di questa ricerca è di fornire un contributo alla comprensione e al miglioramento dell'OEI, mettendo in luce le potenzialità e le sfide di uno strumento che rappresenta un pilastro fondamentale per la

costruzione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia all'interno dell'Unione Europea. Attraverso una valutazione critica e proposte concrete, si auspica di promuovere un utilizzo più efficace e garantista dell'OEI, rafforzando così la fiducia reciproca tra gli Stati membri e contribuendo a una giustizia penale europea più integrata e cooperativa.

Capitolo I: Le origini del Principio del Mutuo Riconoscimento.

Il principio del mutuo riconoscimento¹ si realizza nella libertà di circolazione dei provvedimenti giudiziari all'interno dello spazio euro-unitario.

Trova il suo fondamento nella fiducia reciproca tra gli Stati Membri² i quali sono legati da un vincolo di appartenenza ad una medesima Comunità che condivide valori comuni³.

Secondo tale principio, il riconoscimento e l'esecuzione di un provvedimento estero dovrebbe avvenire nelle medesime condizioni stabilite a livello interno, senza possibilità per l'autorità richiesta di cooperazione, di riesaminare nel merito le ragioni che ne hanno motivato l'emanazione.

Il principio in questione viene preso in considerazione per la prima volta in occasione del Consiglio europeo di Cardiff del 15 e 16 giugno 1998; tuttavia, solo con il Consiglio di Tampere, tenutosi il 15 e 16 ottobre 1999, si dichiarò di considerare l'obiettivo di fare dell'Unione "uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia" valorizzando appieno le possibilità offerte dal Trattato di Amsterdam".

In tale ottica riveste particolare importanza il paragrafo 33 delle conclusioni della Presidenza dove si enfatizza il concetto secondo cui il principio del

¹ La prima formulazione del principio del mutuo riconoscimento, quale corollario del principio dell'accettazione dei prodotti legalmente e lealmente fabbricati all'interno della Comunità Europea, risale alla celebre sentenza della Corte di Giustizia, *Cassis de Dijon*, del 20 febbraio 1979, C-120/78, in materia di libera circolazione delle merci.

² La fiducia reciproca viene ormai intesa quale preconditione indispensabile per sviluppare in modo soddisfacente il mutuo riconoscimento. In questi termini, v. J.R. SPENCER, *Mutuo riconoscimento, armonizzazione e tradizionali modelli intergovernativi*.

³ V. l'art. 2 TUE: "L'Unione si fonda sui valori del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranze. Questi valori sono comuni agli Stati membri in una società caratterizzata dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà e dalla parità tra donne e uomini", e l'art. 49 TUE: "Ogni Stato europeo che rispetti i valori di cui all'articolo 2 e si impegni a promuoverli può domandare di diventare membro dell'Unione

mutuo riconoscimento dovrebbe costituire il fondamento della cooperazione giudiziaria all'interno dell'Unione Europea.

Da tale momento in poi si inizia a delineare l'idea, successivamente ripresa anche nell'articolo 82 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), che il reciproco riconoscimento e il progressivo avvicinamento delle legislazioni nazionali costituiscano strumenti essenziali per realizzare un modello di cooperazione giudiziaria vantaggioso ed efficace all'interno dell'Unione

Non a caso il paragrafo 40 delle conclusioni della Presidenza⁴, sottolinea come per garantire un elevato grado di sicurezza all'interno dello spazio comunitario occorre approcciarsi in maniera completamente diversa così da poter contrastare fenomeni criminali di varia natura.

Il paragrafo 46⁵ delle medesime conclusioni delinea, invece, le basi per l'istituzione di Eurojust (struttura già prevista dal Trattato di Nizza del 2001); organo il cui compito principale è quello di facilitare il coordinamento tra le autorità nazionali (soprattutto per quanto concerne i procedimenti di semplificazione per l'esecuzione delle rogatorie) responsabili dell'azione penale. Questo organismo svolge altresì supporto nelle indagini relative ai casi di criminalità organizzata, utilizzando l'analisi condotta da Europol⁶ tra gli Stati membri⁷.

⁴ Conclusioni della Presidenza a seguito del Consiglio Europeo di Bruxelles avvenuto il 21 e 22 giugno 2007

⁵ Conclusioni della Presidenza a seguito del Consiglio Europeo di Bruxelles avvenuto il 21 e 22 giugno 2007

⁶ L'Ufficio europeo di polizia (Europol) è l'agenzia di contrasto dell'Unione europea. Il suo obiettivo è contribuire a rendere l'Europa più sicura assistendo le autorità di contrasto negli Stati membri dell'UE.

⁷ V. Regolamento (UE) 2018/1727 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 novembre 2018, che istituisce l'Agenzia dell'Unione Europea per la cooperazione giudiziaria penale (Eurojust) e che sostituisce e abroga la decisione 2002/187/GAI del Consiglio. Per un commento, v. L. CAMALDO, *La metamorfosi di Eurojust in Agenzia dell'Unione Europea per la Cooperazione giudiziaria penale*, in *Cass. Pen.*, 2019, n. 7, p.2708 ss.

1.1. Il trattato di Lisbona

Tra gli obiettivi del Trattato di Lisbona⁸ vi è quello di sviluppare la cooperazione giudiziaria e di polizia nel contesto penale europeo.

Le novità introdotte dal Trattato di Lisbona operano su due livelli: formale e sostanziale.

Sul piano formale, il cambiamento più significativo è l'eliminazione della struttura "a Pilastri" introdotta dal Trattato di Maastricht del 1992, portando le questioni precedentemente subordinate al "Terzo Pilastro" sotto l'autorità del diritto comunitario. Ciò ha esteso i meccanismi decisionali e di controllo giurisdizionale propri del diritto primario al settore della cooperazione giudiziaria e di polizia in ambito penale, rafforzando il ruolo dello "Spazio di libertà, sicurezza e giustizia". Ad esempio, il nuovo articolo 67 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea non solo promuove misure di coordinamento e cooperazione, ma sottolinea anche il principio del riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie penali e il ravvicinamento delle legislazioni penali.

⁸ Il Trattato di Lisbona, che modifica il Trattato sull'Unione europea e il Trattato che istituisce la Comunità europea e alcuni atti connessi è stato stipulato il 13 dicembre 2007 ed è stato ratificato e reso esecutivo in Italia con la legge 2 agosto 2008, n. 130. La sua entrata in vigore data al 1° dicembre 2009, quando anche l'ultimo Stato membro - la Repubblica Ceca - ha depositato il proprio strumento di ratifica. In dottrina, sulle principali modifiche introdotte con riguardo, in particolare, alle competenze dell'Unione e alla cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale, v. *inter alia*, S. ALLEGREZZA, *L'armonizzazione della prova penale alla luce del Trattato di Lisbona*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 3882 ss.; F. BASSANINI - G. TIBERI (a cura di), *Le nuove istituzioni europee. Commento al Trattato di Lisbona*, Il Mulino, Bologna, 2010; P. BILANCIA - M. D'AMICO (a cura di), *La nuova Europa dopo il Trattato di Lisbona*, Giuffrè, Milano, 2009; E. APRILE - F. SPIEZIA, *Cooperazione giudiziaria penale nell'Unione europea prima e dopo il Trattato di Lisbona*, Ipsoa, Milano, 2009; S. CAMPAILLA, *La "circolazione" giudiziaria europea dopo Lisbona*, in *Proc. pen. giust.*, 2011, n. 5, p. 90; V. MUSACCHIO, *Il Trattato di Lisbona e le basi per un nuovo diritto penale europeo*, in *Riv. pen.*, 2008, n. 5, p. 471 ss.; F. ROMOLI, *Il nuovo volto dell'Europa dopo il Trattato di Lisbona. Un'analisi penalistica "multilivello"*, in *Arch. pen.*, 2011, n. 1, p. 155 ss.; G. TIBERI, *Le nuove fonti del diritto nella cooperazione giudiziaria in materia penale dopo il Trattato di Lisbona ed il loro impatto sull'ordinamento interno*, in T. RAFARACI (a cura di) *La cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale nell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 13 ss.; D. RINOLDI, *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, in U. DRAETTA - N. PARISI (a cura di), *Elementi di diritto dell'Unione Europea. Parte speciale: il diritto sostanziale*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 1 ss.

Dal punto di vista sostanziale, le innovazioni riguardano la gestione dell'Unione in materia penale, trasformando radicalmente il processo decisionale.

Il nuovo assetto rafforza anche la posizione della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, ampliando le sue competenze e rendendola un arbitro centrale nel diritto comunitario, contribuendo a una maggiore uniformità e omogeneità nella tutela giurisdizionale all'interno dell'Unione. Queste modifiche non solo rafforzano l'efficacia operativa della legislazione, ma migliorano anche la coerenza applicativa degli strumenti di cooperazione giudiziaria.

L'implementazione del Trattato di Lisbona ha rappresentato una svolta decisiva anche per il principio del mutuo riconoscimento. L'inclusione esplicita di questo principio negli articoli 67⁹ e 82¹⁰ del TFUE ha elevato il mutuo riconoscimento al rango di elemento fondamentale del diritto primario dell'Unione Europea, conferendogli un'importanza e un impatto senza precedenti, trasformandolo in un criterio di legalità per l'ordinamento europeo¹¹.

In passato, l'applicazione di questo principio si basava principalmente su decisioni quadro che, non avendo efficacia diretta, richiedevano

⁹ L'articolo 67 del TFUE stabilisce che l'Unione intende garantire un elevato livello di sicurezza avvalendosi di misure di prevenzione e lotta alla criminalità, al razzismo e alla xenofobia, e di misure di coordinamento e cooperazione tra polizia, autorità giudiziarie e altre autorità competenti, nonché mediante il riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie in materia penale e, qualora necessario, tramite il ravvicinamento del diritto penale degli Stati membri dell'Unione.

¹⁰ L'articolo 82, paragrafo 1, del TFUE consente al legislatore dell'Unione di adottare regolamenti e direttive.

Poiché la proposta riguarda procedure transfrontaliere, per le quali sono necessarie norme uniformi, non occorre lasciare un margine agli Stati membri per recepirle. Il regolamento è direttamente applicabile offre chiarezza e maggiore certezza giuridica e consente di evitare interpretazioni divergenti negli Stati membri e altri problemi di recepimento incontrati dalle decisioni quadro sul riconoscimento reciproco delle sentenze e delle decisioni giudiziarie. Inoltre, permette che lo stesso obbligo sia imposto in modo uniforme in tutta l'Unione. Pertanto, la forma più appropriata per questo strumento di riconoscimento reciproco è il regolamento.

¹¹ S. CAMPAILLA, *La "circolazione" giudiziaria europea dopo Lisbona*, in *Proc. Pen. e Giustizia*, cit., p.96.

un'implementazione nazionale che spesso si discostava dallo spirito originale della normativa superiore. Ora, invece, il principio può essere sostenuto da normative con potenziale efficacia diretta negli stati membri, garantendo così una maggiore coerenza e forza applicativa che in passato risultava spesso deficitaria.

Il documento europeo identifica il mutuo riconoscimento come lo strumento principale per fondare la cooperazione giudiziaria in materia penale (art. 82, §1 TFUE), con l'obiettivo di assicurare un alto livello di sicurezza all'interno dell'Unione (art. 67, § 3 TFUE). Per raggiungere questo obiettivo, è previsto che il Parlamento europeo e il Consiglio, mediante la procedura legislativa ordinaria, definiscano norme e procedure per garantire il riconoscimento uniforme di ogni tipo di sentenza e decisione giudiziaria in tutta l'Unione (art. 82, §1, lett. A, TFUE), facilitando così la cooperazione tra le autorità competenti dei vari stati membri in materia di azione penale e esecuzione delle decisioni (art. 82, §1, lett. D, TFUE)¹².

La normativa adotta un approccio ampio, mirando a un'applicazione estesa del principio che eviti interpretazioni restrittive o limitative, applicandolo non solo a decisioni definitive ma anche a quelle preliminari, cautelari, provvisorie o istruttorie, e persino a quelle successive alla condanna e di controllo post-processo. Allo stesso tempo, per favorire l'efficacia del mutuo riconoscimento e la cooperazione giudiziaria, si considera anche il "ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri" (art. 82, §1), dove, "se necessario", il Parlamento europeo e il Consiglio possono stabilire "norme minime" comuni tramite direttive, coprendo aspetti come l'ammissibilità reciproca delle prove, i diritti degli

¹² Si prevede la possibilità di adottare misure intese a prevenire e risolvere i conflitti di giurisdizione tra gli Stati Membri e a sostenere la formazione dei magistrati e degli operatori giudiziari.

imputati e delle vittime e altri elementi specifici del procedimento penale (art. 82, §2, TFUE).

Questa base giuridica esplicita e robusta è stata predisposta per permettere interventi normativi di armonizzazione che affrontino sfide particolarmente delicate e complesse, che in passato hanno rappresentato ostacoli a una cooperazione efficace e garantita, semplificando le procedure e rafforzando le garanzie individuali.

Il principio del mutuo riconoscimento viene oggi concepito come l'asse portante dell'intero spazio giudiziario europeo, costituendo il fondamento su cui si basa tutta la cooperazione giudiziaria in materia penale.

L'armonizzazione legislativa assume un ruolo di supporto, utilizzata per facilitare¹³ l'applicazione del mutuo riconoscimento e creare un insieme comune di norme indispensabili per rendere possibile il mutuo riconoscimento stesso e semplificare la collaborazione internazionale tra le autorità giudiziarie degli stati membri.

Il Trattato di Lisbona ha rappresentato un punto di svolta notevole anche per quanto riguarda la protezione dei diritti fondamentali.

¹³ Tale prospettiva era stata adottata dal Progetto di Trattato costituzionale, all'art. III-270, par. 1 "costituzionalizzava" il principio del riconoscimento reciproco delle sentenze e dei provvedimenti (anche non definitivi) emessi dalle autorità giudiziarie dei Paesi membri, ponendolo a "fondamento" di tutta la cooperazione giudiziaria in materia penale "*La cooperazione giudiziaria in materia penale nell'Unione è fondata sul principio di riconoscimento reciproco delle sentenze e delle decisioni giudiziarie e include il ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri nei settori di cui al paragrafo 2 e all'articolo III-271*".

Il par. 2 della medesima disposizione concepiva il ravvicinamento legislativo come meramente strumentale alla realizzazione del mutuo riconoscimento "*Laddove necessario per facilitare il riconoscimento reciproco delle sentenze e delle decisioni giudiziarie e la cooperazione di polizia e giudiziaria nelle materie penali aventi dimensione transnazionale, la legge quadro europea può stabilire norme minime. Queste tengono conto delle differenze tra le tradizioni e gli ordinamenti giuridici degli Stati membri. Esse riguardano: a) l'ammissibilità reciproca delle prove tra gli Stati membri;*

b) i diritti della persona nella procedura penale; c) i diritti delle vittime della criminalità; d) altri elementi specifici della procedura penale, individuati dal Consiglio in via preliminare mediante una decisione europea; per adottare tale decisione il Consiglio delibera all'unanimità previa approvazione del Parlamento europeo".

Difatti nel decennio che ha preceduto il trattato, sotto l'influenza del Trattato di Amsterdam (1999-2009), si è assistito a una predominanza di politiche di sicurezza nell'ambito penale e processuale penale, con un chiaro accento sulle finalità repressive della cooperazione giudiziaria e di polizia. Questo orientamento ha privilegiato la sicurezza sociale, spesso a scapito delle garanzie difensive degli individui coinvolti, evidenziando una tendenza verso una politica criminale focalizzata sull'efficienza operativa piuttosto che sulla tutela dei diritti¹⁴.

In tale periodo, la dimensione securitaria dell'UE era evidente, con sforzi concentrati principalmente nel contrasto al crimine transnazionale. Era inoltre in corso il rafforzamento di organismi sovranazionali come Eurojust, Europol e Olaf, i quali, nonostante facilitassero la cooperazione, lasciavano

¹⁴ *Decisione quadro 2001/220/GAI, del Consiglio, del 15 marzo 2001, relativa alla posizione della vittima nel procedimento penale, in G.U.U.E., 22 marzo 2001, L 82/1; Decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa al mandato di arresto europeo ed alle procedure di consegna tra Stati membri, cit.; Decisione quadro 2003/577/GAI del Consiglio, del 22 luglio 2003, relativa all'esecuzione nell'Unione europea dei provvedimenti di blocco dei beni o di sequestro probatorio, in G.U.U.E., 2 agosto 2003, L 196/45; Decisione quadro 2005/212/GAI del Consiglio, del 24 febbraio 2005, relativa alla confisca di beni, strumenti e proventi di reato, in G. U.U.E., 15 marzo 2005, L 68/49; Decisione quadro 2005/214/GAI del Consiglio, del 24 febbra-10 2005, relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle sanzioni pecuniarie, in G.U.U.E., 22 marzo 2005, L 76/16; Decisione quadro 2008/675/GAI, del Consiglio, del 24 luglio 2008, relativa alla considerazione delle decisioni di condanna tra Stati membri dell'Unione europea in occasione di un nuovo procedimento penale, in G.U.U.E., 15 agosto 2008, L 220/32; Decisione quadro 2008/947/GAI, del Consiglio, del 27 novembre 2008, relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle sentenze e alle decisioni di sospensione condizionale in vista della sorveglianza delle misure di sospensione condizionale e delle sanzioni sostitutive, in G.U.U.E., 16 dicembre 2008, L 337/102; Decisione quadro 2008/978/GAI, del Consiglio, del 18 dicembre 2008, relativa al mandato europeo di ricerca delle prove diretto all'acquisizione di oggetti, documenti e dati da utilizzare nei procedimenti penali, in G.U.U.E., 30 dicembre 2008, L 350/72; Decisione quadro 2009/299/GAI, del Consiglio del 26 febbraio 2009, che modifica le decisioni quadro 2002/584/GAI, 2005/214/GAI, 2006/783/GAI, 2008/909/GAI e 2008/947/GAI, rafforzando i diritti processuali delle persone e promuovendo l'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle decisioni pronunciate in assenza dell'interessato al processo, in G.U.U.E., 27 marzo 2009, L 81/24; Decisione quadro 2009/315/GAI, del Consiglio, del 26 febbraio 2009, relativa all'organizzazione e al contenuto degli scambi fra gli Stati membri di informazioni estratte dal casellario giudiziario, in G.U.U.E., 7 aprile 2009, L 93/23; Decisione quadro 2009/829/GAI, del Consiglio, del 23 ottobre 2009, sull'applicazione tra gli Stati membri dell'Unione europea del principio del reciproco riconoscimento alle decisioni sulle misure alternative alla detenzione cautelare, in G.U.U.E., 11 novembre 2009, L 294/20; Decisione quadro 2009/948/GAI, del Consiglio, del 30 novembre 2009, sulla prevenzione e la risoluzione dei conflitti relativi all'esercizio della giurisdizione nei procedimenti penali, in G.U.U.E., 15 dicembre 2009, L 328/42. Sempre in un'ottica securitaria, anche se non attuativa del principio del mutuo riconoscimento, si collocava anche la Decisione quadro 2002/465/GAI, del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa alle squadre investigative comuni, in G.U.U.E., 20 giugno 2002, L 162.*

poco spazio all'intervento difensivo. Questo ambiente primariamente orientato alla repressione ha gettato le basi per la futura architettura di un sistema penale europeo, che vedeva, tra l'altro, la Corte di Lussemburgo estendere l'obbligo di interpretazione conforme anche alle decisioni quadro attraverso l'orientamento "Pupino", aumentando così l'influenza delle normative europee sugli ordinamenti nazionali¹⁵.

Nel 2009, con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, si è verificato un cambiamento fondamentale nell'ambito della tutela dei diritti fondamentali nell'Unione Europea. Prima di allora, la Carta dei diritti fondamentali, adottata a Nizza nel 2000, aveva un valore prevalentemente simbolico e non vincolante. Tuttavia, il Trattato di Lisbona ha conferito alla Carta lo status di diritto primario dell'Unione, ponendola sullo stesso livello dei trattati fondamentali dell'Unione Europea (articolo 6.1 del Trattato sull'Unione Europea, TUE).

Questo cambiamento ha avuto un impatto significativo sulla protezione dei diritti fondamentali all'interno dell'UE. La Carta, che include una vasta gamma di diritti e garanzie, tra cui quelli rilevanti per l'ambito penale, è ora giuridicamente vincolante per tutte le istituzioni dell'Unione Europea e per gli Stati membri quando attuano il diritto dell'Unione. Ciò significa che i diritti elencati nella Carta devono essere rispettati e protetti in ogni attività dell'UE e in ogni legge e decisione adottata.

Inoltre, il fatto che la Carta sia diventata diritto primario vincolante implica che essa sia soggetta alla supervisione e all'interpretazione della Corte di Giustizia dell'Unione Europea. Questo rafforza ulteriormente la sua

¹⁵ Cfr. Corte Cost. sentenza 21 giugno 2010, n.227, in Giur. Cost., 2010, p.2598ss., con nota di R. CALVANO – B. PIATTOLI, *Una nuova (ed ottima) decisione in tema di mandato d'arresto europeo ed una vecchia obiezione. Mandato d'arresto esecutivo e motivi di rifiuto alla consegna: l'illegittimità costituzionale della mancata estensione della disciplina italiana dell'art. 18.1, lett. R), L.22 aprile 2005, n.69, al cittadino di un altro paese UE residente nello Stato.*

applicazione, poiché la Corte di Giustizia può intervenire per garantire che i diritti fondamentali siano rispettati in tutti gli atti giuridici e amministrativi all'interno dell'Unione. Questo nuovo capitolo ha introdotto una fase che pone l'individuo e le sue garanzie al centro del sistema giuridico. Di seguito, una serie di direttive europee emanate dal 2010 in poi ha consolidato questo orientamento garantista, migliorando i diritti procedurali degli indagati e imputati nei procedimenti penali attraverso normative che riguardano il diritto all'interpretazione, all'informazione, all'assistenza legale, e il rafforzamento della presunzione di innocenza e delle garanzie per i minori. Infine, la recente evoluzione della giurisprudenza della Corte di Lussemburgo ha portato a una nuova interpretazione del principio di mutua fiducia tra gli Stati membri, che non è più visto come un presupposto incondizionato per il riconoscimento reciproco dei provvedimenti giudiziari, ma come un principio che può essere messo in discussione in caso di violazioni concrete e dimostrate dei diritti fondamentali.

Questo nuovo orientamento giurisprudenziale rappresenta un ulteriore passo avanti nella protezione delle libertà individuali contro l'esercizio delle autorità repressive transnazionali e contribuisce a un dialogo sempre più intenso e talvolta complesso tra le corti a livello nazionale e sovranazionale, verso la formazione di un diritto comune europeo basato su un continuo scambio e integrazione di normative e principi giuridici.

1.2. Il principio del mutuo riconoscimento in ambito comunitario

Così come emerge da quanto sin qui detto, il principio del mutuo riconoscimento è effettivamente diventato parte integrante del diritto comunitario, non necessitando quindi di una specifica trasposizione nelle leggi nazionali ordinarie. Tuttavia, con il decreto legislativo del 3 ottobre 2017, n. 149, che attua la riforma del Libro XI del codice di procedura penale come previsto dalla legge del 21 luglio 2016, n. 149¹⁶, si è optato per un intervento normativo volto a un aggiornamento concettuale e terminologico in materia di cooperazione giudiziaria.

Il “Titolo I bis”¹⁷ include nove nuove disposizioni, dagli articoli 696 bis a 696 *decies* del codice di procedura penale, che fungono da principi guida per una “parte generale” della cooperazione giudiziaria europea in ambito penale, facilitando l’applicazione quotidiana del diritto da parte del giurista nazionale.

Questo insieme di norme, con un forte valore pedagogico e orientativo, è inteso a guidare sia gli interpreti sia i futuri legislatori nell’applicazione dei principi del mutuo riconoscimento, come sottolineato nella Relazione illustrativa del decreto¹⁸.

¹⁶ Per un inquadramento della riforma, v. S. ARASI, “Nuovi” rapporti giurisdizionali con le autorità straniere: le modifiche al codice di procedura penale, in *Proc. pen. giust.*, 2018, n. 3, p. 575 ss.; M. R. MARCHETTI, *Cooperazione giudiziaria: innovazioni apportate e occasioni perdute*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, p. 1545 ss.; C. PoNTI, *Riforma dell’assistenza giudiziaria penale e tutela dei diritti fondamentali nell’ordinamento italiano, Dalla legge n. 149 del 2016 al recepimento della direttiva 2014/41/UE*, in www.la legislazione penale.eu, 2 ottobre 2017; F. RUGGIERI, *Il Libro XI del codice di rito. Guida minima*, in *Cass. pen.*, 2018, p. 1766 ss.

¹⁷ *Principi generali del mutuo riconoscimento delle decisioni e dei provvedimenti giudiziari tra Stati membri dell’Unione Europea*. Titolo inserito dall’art.3, comma 1, lett. a del d.lgs. 3 ottobre 2017, n.149.

¹⁸ Lo schema di decreto legislativo, basato sulla delega della legge 12 agosto 2016, n. 170, adegua la normativa nazionale al regolamento (UE) n. 1169/2011 sulle informazioni sugli alimenti. Prevede l’obbligo di indicare la sede dello stabilimento di produzione o confezionamento sulle etichette dei prodotti alimentari preimballati per garantire una migliore rintracciabilità e tutela della salute pubblica. Inoltre, introduce un sistema sanzionatorio per le violazioni. L’obiettivo è allineare la normativa nazionale agli standard europei per migliorare la trasparenza e l’efficacia dei controlli alimentari.

Le disposizioni spaziano dalla definizione normativa del principio alla protezione dei diritti fondamentali, dai meccanismi di trasmissione delle richieste di cooperazione alle tempistiche e modalità di adempimento, limitando il controllo sulle decisioni estere e delineando il ruolo delle autorità politiche, oltre a definire i rimedi impugnatori e la tutela dei terzi di buona fede, fino all'esecuzione delle decisioni relative alla responsabilità penale delle entità legali.

In particolare, si tenta di fornire una definizione generale del principio del mutuo riconoscimento, descrivendolo come un meccanismo in base al quale le decisioni giudiziarie degli altri Stati membri possono essere riconosciute ed eseguite, o richieste per esecuzione, a seconda della giurisdizione.

Si ribadisce la necessità di una risposta rapida ed efficace alle richieste di cooperazione, e si conferma che le impugnazioni sul merito delle decisioni estere sono generalmente precluse, con la possibilità di ricorso per questioni di legalità solo nel Paese di emissione del provvedimento.

Un'attenzione particolare è data anche alla protezione dei terzi di buona fede coinvolti nei procedimenti, garantendo la loro partecipazione e la tutela dei loro diritti secondo le norme vigenti.

Il principio del mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie penali è ormai formalizzato, essendo stato adottato come principio generale nel diritto dell'Unione Europea e come fondamento legale di un rinnovato sistema di cooperazione giudiziaria¹⁹ a livello nazionale.

Da un lato, funge da linea guida per il legislatore comunitario, influenzando le sue azioni legislative e agendo come criterio normativo per le leggi europee che si basano su di esso, nonché come principio interpretativo per navigare e risolvere le varie problematiche che emergono dall'applicazione

¹⁹ G. DE AMICIS, *Il principio del reciproco riconoscimento e la sua attuazione nel diritto interno*, cit., p.245.

pratica dei diversi meccanismi di mutuo riconoscimento. Dall'altro, serve come norma educativa per il legislatore e gli operatori nazionali, fornendo direzione attraverso il complesso panorama delle normative dell'Unione, sia quelle esistenti sia quelle future.

Originariamente sviluppato dalle istituzioni europee, in particolare la Corte di Giustizia e la Commissione Europea, il mutuo riconoscimento è stato concepito come uno strumento per facilitare la realizzazione del mercato comune, superando gli ostacoli alla libera circolazione delle merci causati dalla mancanza di armonizzazione delle leggi nazionali.

Con il tempo, il principio ha mostrato una notevole capacità di adattamento e un'ampia applicabilità.

Nonostante il principio sia sostenuto da una logica comune di equilibrio tra la diversità delle realtà giuridiche nazionali e l'unità del quadro europeo, permettendo una coesistenza armoniosa, esso abbraccia fenomeni molto diversi, come il mercato interno e la cooperazione interstatale, la cui assimilazione può risultare impropria o fuorviante.

Questo richiede un'analisi attenta e specifica al contesto giuridico in cui il principio viene applicato, influenzato dalle caratteristiche istituzionali dei vari ambiti e dal livello di integrazione europea effettivamente raggiunto. Particolarmente delicata è l'applicazione nel campo giudiziario penale, recentemente soggetto a significative riforme che hanno modificato profondamente la sua struttura originaria. In questo settore, la natura flessibile e poliedrica del mutuo riconoscimento, che può essere modulata in diversi modi, viene sia esaltata sia complicata, richiedendo riflessioni approfondite sulle sue caratteristiche e le implicazioni di tale flessibilità applicativa.

1.3. *Gli obiettivi del mutuo riconoscimento*

Nel contesto della cooperazione giudiziaria penale, il mutuo riconoscimento ha suscitato grandi aspettative come strumento capace di evitare intrusioni sovranazionali invasive nei sistemi penali statali (sia in termini sostanziali che processuali)²⁰ e, contemporaneamente, di promuovere un'azione più incisiva contro i crimini transfrontalieri all'interno dello spazio europeo. Politicamente, il principio è visto come un modo per allineare la realtà della cooperazione giudiziaria tra gli stati membri dell'UE alla loro appartenenza all'Unione, stabilendo una distinzione con le relazioni mantenute con stati non membri²¹. Questa differenziazione è giustificata dalla presunta omogeneità delle garanzie tra i sistemi giuridici degli stati membri²², derivante dal rispetto dei diritti fondamentali assicurati dalla Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, che stabiliscono uno standard minimo di protezione e

²⁰ M. CAIANIELLO, *Il cammino della cooperazione giudiziaria*, in V. MANES – M. CAIANIELLO, *Introduzione al diritto penale europeo*, cit., pp.55 e 46, il quale fa riferimento al forte legame intercorrente tra sovranità nazionale e diritto penale, ragione della refrattarietà degli Stati di fronte alle prospettive di armonizzazione

²¹ Cfr. L. SALAZAR, *La lunga marcia del mandato d'arresto europeo*, in M. BARGIS – E. SELVAGGI (a cura di), *Mandato d'arresto europeo. Dall'estradizione alle procedure di consegna*, Giappichelli, Torino, 2005, p.16.

²² Il mutuo riconoscimento è stato infatti innestato in molti dei vari settori in cui la cooperazione giudiziaria penale si articola: consegna dei soggetti ricercati (*Decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri, cit.*); provvedimenti di blocco dei beni o sequestro (*Decisione quadro 2003/577/GAI del Consiglio, del 22 luglio 2003, relativa all'esecuzione nell'Unione europea di provvedimenti di blocco dei beni o di sequestro probatorio, cit.*); ricerca e acquisizione delle prove (*Decisione quadro 2008/978/GAI del Consiglio, del 18 dicembre 2008, relativa al mandato europeo di ricerca delle prove dirette all'acquisizione di oggetti, documenti e dati da utilizzare nei procedimenti penali, cit.*; *Direttiva 2014/41/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 3 aprile 2014, relativa all'ordine europeo di indagine penale, in G.U.C.E., 1° maggio 2014, L 130/1*); esecuzione delle sanzioni pecuniarie (*Decisione quadro 2005/214/GAI del Consiglio, del 24 febbraio 2005, relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle sanzioni pecuniarie, cit.*); protezione della vittima del reato (*Direttiva 2011/99/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 2011 sull'ordine di protezione europeo, in G.U.C.E., 21 dicembre 2011, L 338/2*); esecuzione delle pene detentive (*Decisione quadro 2008/909/GAI del Consiglio del 27 novembre 2008 relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle sentenze penali che irrogano pene detentive o misure privative della libertà personale, ai fini della loro esecuzione nell'Unione europea, in G.U.C.E., 5 dicembre 2008, L 327/27*), etc.

alimentano la fiducia reciproca necessaria per il riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie.

Negli ultimi quindici anni, questo principio ha subito significativi sviluppi, diventando una nuova categoria normativa applicabile a vari ambiti della cooperazione giudiziaria penale. Progressivamente, il mutuo riconoscimento ha iniziato a includere diversi tipi di provvedimenti, sia personali sia reali, definitivi o temporanei, cautelari o conclusivi, emanati dalle autorità giudiziarie degli stati membri. Attraverso l'uso standardizzato della cosiddetta "eurordinanza", i provvedimenti nazionali possono circolare liberamente all'interno dello spazio giudiziario europeo ed essere eseguiti direttamente, senza la necessità di procedimenti di exequatur o altre forme di conversione.

Il principio si basa sull'idea che le decisioni dei giudici penali di uno stato membro debbano essere riconosciute ed eseguite dagli omologhi negli altri stati allo stesso modo delle decisioni nazionali.

Questo implica una ricezione quasi incondizionata dei provvedimenti giudiziari conformi al sistema legale del paese d'origine, con l'autorità del paese destinatario che agisce con procedure semplificate e può opporre solo motivi limitati di rifiuto.

Teoricamente, il principio può essere visto sotto una doppia luce: un aspetto "passivo", che implica che le decisioni di un giudice penale di uno stato membro debbano avere gli stessi effetti legali in un altro stato membro come se fossero state emesse internamente; e un aspetto "attivo", che richiede che i giudici di ogni stato membro non solo riconoscano come valide le decisioni e i provvedimenti degli altri stati membri, ma anche agiscano attivamente per la loro esecuzione quando necessario²³.

²³ J. R. SPENCER, Il principio del mutuo riconoscimento, cit., p. 313, il quale per le due ipotesi considerate cita i seguenti esempi: «*se in uno Stato membro il recidivo è soggetto ad una pena maggiore, tale effetto si determinerà*

La “spinta riformatrice” che ha seguito la fase iniziale introdotta con il mandato d’arresto europeo ha portato all’adozione di nuovi elementi evidenziando la notevole flessibilità del principio, che nella pratica si esprime in forme varie e difficilmente riconducibili a un modello unitario.

anche nel caso in cui la precedente sentenza di condanna sia stata pronunciata in un altro Stato membro» (mutuo riconoscimento in senso passivo); «se un giudice francese emette un mandato d’arresto di una persona che si trova in quel momento in Italia o in Inghilterra, i giudici italiani o inglesi, se richiesti, devono eseguire il mandato francese arrestando la persona e trasferendola in Francia» (mutuo riconoscimento in senso attivo).

1.4. *Il mutuo riconoscimento all'interno dell'ordine Europeo di Indagine*

Recentemente, il principio del mutuo riconoscimento è stato ampliato per includere anche la circolazione delle prove nel contesto europeo, grazie all'introduzione dell'Ordine Europeo di Indagine Penale (OEI), istituito dal decreto legislativo del 21 giugno 2017, n. 108²⁴, in attuazione della direttiva 2014/41/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 3 aprile 2014²⁵.

Questo nuovo strumento di assistenza giudiziaria agisce nell'ambito dello Spazio giudiziario europeo come un equivalente, per le indagini e la raccolta di prove, di quello che il mandato d'arresto europeo rappresenta per

²⁴ In G.U., 13 luglio 2017, n. 162. Su tale disciplina, tra i numerosi contributi, v. in dottrina G. BARROCU, *La cooperazione investigativa in ambito europeo*, Cedam, Padova, 2017, p. 251 ss.; R. BELFIORE, Su alcuni aspetti del decreto di attuazione dell'ordine europeo di indagine penale, in *Cass. pen.*, 2018, p. 400 ss.; M. CAIANIELLO, *L'attuazione della direttiva sull'ordine europeo di indagine penale e le sue ricadute nel campo del diritto probatorio*, ivi, 2018, p. 2197 ss.; L. CAMAL-Do, La normativa di attuazione dell'ordine europeo di indagine penale: le modalità operative del nuovo strumento di acquisizione della prova all'estero, ivi 2017, p. 4196 ss.; A. CISTERNA, *Un passo importante per omologare le investigazioni UE*, in *Guida dir.*, 2017, n. 40, p. 31 ss.; ID., *Una serie di regole che perfeziona gli atti di indagine*, ivi, 2017, n. 40, p. 37 ss.; M. DANIELE - R. E. Ko-STORIS (a cura di), *L'ordine europeo di indagine penale. Il nuovo volto della raccolta transnazionale delle prove nel d.lgs. n. 108 del 2017*, Giappichelli, Torino, 2018; M. DANIELE, *L'ordine europeo di indagine penale entra a regime. Prime riflessioni sul d.lgs. n. 108 del 2017*, in *Dir. pen. cont.*, 28 luglio 2017; G. DE AMICIS, *Dalle rogatorie all'ordine europeo di indagine: verso un nuovo diritto della cooperazione giudiziaria penale*, in *Cass. pen.*, 2018, p. 22 ss.; R. E. KoSTORIS, *Ordine di investigazione europeo e tutela dei diritti fondamentali*, in *Cass. pen.*, 2018, p. 1437 ss.; A. MANGIARACINA, *L'acquisizione "europea" della prova cambia volto: l'Italia attua la Direttiva relativa all'ordine europeo di indagine penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, p. 158 ss.; M. R. MARCHETTI - E. SELVAGGI (a cura di), *La nuova cooperazione giudiziaria penale. Dalle modifiche al Codice di Procedura Penale all'Ordine europeo di indagine*, Wolters Kluwer Cedam, Milano, 2019; F. RUGGIERI (a cura di), *Processo penale e regole europee*, II, cit.; EAD., *Le nuove frontiere dell'assistenza penale internazionale: l'ordine europeo di indagine penale*, in *Proc. pen. giust.*, 2018, n. 1, p. 131 ss.; E. SELVAGGI, *L'ordine europeo di indagine - EIO: come funziona?*, in *Cass. pen.*, 2018, p. 44 ss.; M. TROGU, *Ordine europeo di indagine penale*, in A. MARANDOLA (a cura di), *Cooperazione giudiziaria penale*, Giuffrè, Milano, 2018, p. 1004 ss.

²⁵ In *G.U.U.E.*, 1° maggio 2014, L 130/1. Si attuava così la l. 9 luglio 2015, n. 114, recante *delega al Governo per il recepimento delle direttive europee e l'attuazione di altri atti dell'Unione europea - Legge di delegazione europea 2014*, in *G.U.*, 31 luglio 2015, n. 176. *Ex plurimis*, sulla disciplina di cui alla direttiva 2014/41/UE, v. in dottrina, G. BARROCU, *La cooperazione investigativa in ambito europeo*, cit., p. 191 ss.; R. BELFIORE, *Riflessioni a margine della direttiva sull'ordine europeo di indagine penale*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 3288 ss.; T. BENE - L. LUPARIA - L. MARAFIOTI (a cura di), *L'ordine europeo di indagine. Criticità e prospettive*, Giappichelli, Torino, 2016; M. CAIANIELLO, *La nuova direttiva UE sull'ordine europeo di indagine penale tra mutuo riconoscimento e ammissione reciproca delle prove*, in *Proc. pen. giust.*, 2015, n. 3, p. 1 ss.; ID., *Il cammino della cooperazione giudiziaria*, in V. MANES - M. CAIANIELLO, *Introduzione al diritto penale europeo*, cit., p. 80 ss.; L. CAMALDO - F. CERQUA, *La direttiva sull'Ordine europeo di indagine penale: le nuove prospettive per la libera circolazione delle prove*, in *Cass. pen.*, 2014, p. 3522 ss.; M. DANIELE, *La metamorfosi del diritto delle prove nella direttiva sull'ordine europeo di indagine penale*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, n. 4, p. 86 ss.; A. MANGIARACINA, *La orden europea de investigación*, in M. JIMENO BULNES (dir.) - R. M. BARRIO (coord.), *Espacio judicial europeo y proceso penal*, cit., p. 115 ss.; A. TINOCO PASTRANA, *L'ordine europeo di indagine penale*, in *Proc. pen. giust.*, 2017, n. 2, p. 346 ss.; F. SIRACUSANO, *Tra semplificazione e ibridismo: insidie e aporie dell'Ordine europeo di indagine penale*, in *Arch. pen.*, 2017, n. 2, p. 275 ss.

l'extradizione di soggetti condannati o ricercati a fini cautelari. Sostituendo i metodi tradizionali di assistenza giudiziaria, l'OEI introduce un meccanismo più diretto e semplice, finalizzato a facilitare la "libera circolazione" delle prove all'interno della comunità europea.

Caratterizzato da una portata globale, l'OEI può essere attivato per acquisire all'estero sia atti investigativi sia prove; è applicabile in tutte le fasi del processo di cooperazione, dal compimento dell'atto richiesto al trasferimento del risultato ottenuto; e unifica il panorama legale frammentato che regola l'assistenza giudiziaria, sostituendo le diverse regolamentazioni derivanti da molteplici accordi, come la Convenzione europea del 1959, la Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen e la Convenzione di Bruxelles del 2000²⁶.

I tentativi precedenti di implementare una strategia simile includevano la decisione quadro 2003/577/GAI, che riguardava l'esecuzione immediata di provvedimenti di blocco dei beni e di sequestro delle prove, e la decisione quadro 2008/978/GAI, relativa al cosiddetto mandato europeo di ricerca della prova (M.E.R.C.). Tuttavia, questi sforzi iniziali, pur significativi, erano limitati in quanto non coprivano l'intero processo di assistenza

²⁶ Si tratta, più precisamente, della *Convenzione europea di mutua assistenza giudiziaria penale del 20 aprile 1959* (ratificata con la legge n. 215 del 1961) e dei suoi *due Protocolli addizionali del 17 marzo 1978 e dell'8 novembre 2001*, della *Convenzione di applicazione degli Accordi di Schengen del 19 giugno 1990* (ratificata con la legge n. 388 del 1993) e della *Convenzione sulla mutua assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea del 20 maggio 2000* (ratificata con la legge n. 149 del 2016, e a cui è stata data tardiva attuazione con il d.lg. n. 52 del 2017) ed il relativo Protocollo del 16 ottobre 2001. In effetti, queste normative non sono state revocate, ma continuano ad applicarsi nei "settori residui", cioè in quelle aree che non rientrano nell'ambito di applicazione dell'Ordine Europeo di Indagine Penale. Questi includono ambiti non esplicitamente disciplinati da tale strumento, come l'assistenza per l'applicazione di sanzioni amministrative, le notificazioni degli atti del procedimento penale, lo scambio spontaneo di informazioni, le squadre investigative comuni, e le osservazioni transfrontaliere. Le norme precedenti rimangono inoltre applicabili per l'assistenza giudiziaria con paesi che non aderiscono alla direttiva 2014/41/UE, come Danimarca e Irlanda, nonché con stati non membri dell'Unione Europea, quali Norvegia e Islanda.

giudiziaria o erano ristretti solo a specifici tipi di atti²⁷, rendendoli in effetti parziali e non completamente riusciti.

In linea con il modello tradizionale della cooperazione giudiziaria, l'Ordine Europeo di Indagine Penale prevede una fase attiva e una passiva, a seconda che l'Italia agisca come stato richiedente o come stato destinatario dell'assistenza. In entrambe le fasi, recentemente è stato conferito un ruolo centrale al Procuratore della Repubblica, identificato su base distrettuale, che riceve l'OEI emesso dall'estero e ha la competenza, insieme al giudice procedente, per emettere un ordine per l'acquisizione di prove.

Per quanto riguarda la fase passiva, una volta ricevuto l'OEI, l'autorità requirente²⁸ ha un termine flessibile di trenta giorni, estendibile fino a sessanta giorni su indicazione dell'autorità emittente, per procedere al "riconoscimento" dell'ordine. Questo implica un controllo preliminare sulla compatibilità legale degli atti richiesti, che devono soddisfare certi criteri formali e sostanziali come stabilito dall'art. 2, comma 1, lett. a), 7, 9, commi 1, 2 e 3 e 10 del d.lgs. n. 108 del 2017. Tali criteri includono l'emanazione dell'ordine da un organo giurisdizionale o la sua convalida, la completezza e correttezza delle informazioni, il rispetto dei principi di non doppia incriminazione, proporzionalità, e dei diritti fondamentali come sanciti dall'art. 6 TUE e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'UE.

²⁷ La decisione quadro riguardante l'attuazione dei provvedimenti di congelamento o sequestro di beni era strutturata in due fasi distinte: una prima fase che comportava l'emissione del provvedimento restrittivo, seguita da una seconda fase dedicata al trasferimento del bene sequestrato. Quest'ultima fase si svolgeva secondo le norme convenzionali dell'assistenza giudiziaria, annullando così i vantaggi di efficienza ottenuti nella fase iniziale. Per quanto riguarda il Mandato Europeo di Ricerca della Prova (M.E.R.C.), la sua applicazione era circoscritta esclusivamente a prove già esistenti, escludendo le prove da formarsi, per le quali si doveva ancora fare affidamento sui metodi rogatoriali tradizionali.

²⁸ Il ruolo è assegnato al Procuratore della Repubblica presso il Tribunale del capoluogo del distretto dove devono essere eseguiti gli atti. Entro sette giorni dal ricevimento dell'ordine, il Procuratore è tenuto a notificare l'autorità che ha emesso l'ordine riguardo al corretto ricevimento dello stesso, inviando il modulo specifico previsto dall'Allegato B del decreto legislativo, che conferma la ricezione di un Ordine Europeo di Indagine (art. 6, comma 1, d.lgs. 108/2017). Deve inoltre fornire una copia dell'ordine al Ministro della giustizia e, nel caso in cui l'indagine riguardi uno dei reati specificati all'art. 51, commi 3-bis e 3-quater del codice di procedura penale, deve informare anche il Procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo per il necessario coordinamento investigativo (art. 4, comma 1, d.lgs. 108/2017).

Se vengono identificate condizioni ostative, l'autorità italiana non rifiuta immediatamente l'esecuzione, ma può iniziare un dialogo costruttivo con l'autorità richiedente per correggere o integrare le lacune trovate, portando alla reiezione dell'esecuzione dell'OEI solo se non si raggiunge un adeguamento.

Se non emergono complicazioni, o se queste sono state risolte, si procede al riconoscimento dell'ordine tramite un decreto motivato del Procuratore della Repubblica, notificato al difensore dell'indagato secondo le modalità previste per l'atto specifico²⁹. L'adempimento consente alla difesa di contestare il decreto entro cinque giorni, presentando un'opposizione al giudice per le indagini preliminari. Il giudice decide dopo aver consultato il Procuratore della Repubblica. Se l'opposizione è accettata, si blocca l'esecuzione³⁰; altrimenti, segue l'esecuzione dell'ordine entro novanta giorni successivi, rispettando le leggi locali e le modalità richieste

²⁹ Nel caso in cui la legge nazionale riconosca al difensore il solo diritto di essere presente durante l'esecuzione di un atto, senza un avviso preventivo, tale notifica deve essere fatta nel momento in cui l'atto è realizzato, o immediatamente dopo, come specificato nell'articolo 4, comma 4. L'assenza di indicazioni specifiche, sia nella direttiva che nella normativa di attuazione, su quale difensore debba ricevere la comunicazione potrebbe far supporre che si riferisca all'avvocato straniero coinvolto nel procedimento nel paese che ha emesso l'ordine. Questa interpretazione porta con sé notevoli problemi, poiché si trasformerebbe in una forma superficiale di tutela legale a causa delle difficoltà logistiche e linguistiche, e dei tempi necessari per la comunicazione riguardante atti ai quali il difensore può partecipare senza un avviso anticipato. Di qui, la conclusione per cui in tali ipotesi andrebbe nominato un difensore d'ufficio prontamente reperibile (T. RAFARACI, *Il procedimento passivo di riconoscimento ed esecuzione*, cit., p. 304; R. BELFIORE, *Su alcuni aspetti*, cit., pp. 404-405), posto che l'indagato dovrebbe essere considerato privo del difensore, in quanto sprovvisto del patrocinio di un legale abilitato all'esercizio della professione forense nel territorio dello Stato (E. LORENZETTO, *I diritti della difesa nelle dinamiche dell'ordine europeo di indagine*, in M. R. MARCHETTI - E. SELVAGGI (a cura di), *La nuova cooperazione giudiziaria penale*, cit., 352 s.). Nel senso dell'inadeguatezza di tale soluzione a «garantire pienamente l'effettività della difesa tecnica», v. A. MANGIARACINA, *Il procedimento di esecuzione dell'OEI e i margini nazionali di rifiuto*, in M. DANIELE - R.E. KOSTORIS (a cura di), *L'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 113. Per la tesi secondo cui la dir. 2013/48/UE sulla cd. dual defence nel procedimento di esecuzione del M.A.E., recepita con il d.lg. n. 184/2016, «ha una portata ampia e complessiva che si riferisce a qualsiasi strumento di mutuo riconoscimento che in avvenire verrà in essere nel diritto europeo», con conseguente applicazione «senza dubbio anche all'ordine di investigazione europeo», cfr. E. SELVAGGI, *Soddisfatte anche tutte le garanzie in tema d'informazione*, in *Guida dir.*, 2016, n. 43, p. 73.

³⁰ Art. 13, comma 3, d. lgs. N. 108/2017. Dell'impugnazione e del provvedimento di annullamento del decreto di riconoscimento è data immediata comunicazione all'autorità di emissione (art. 13, comma 4, d.lgs. n. 108/2017).

dall'autorità emittente, purché non contrarie ai principi dell'ordinamento giuridico italiano³¹.

Nella fase attiva, disciplinata dal Titolo III del d.lgs. n. 108/2017, solo l'organo requirente durante le indagini preliminari o il giudice in fasi successive può emettere l'OEI. La difesa non ha un diritto autonomo di condurre indagini o raccogliere prove all'estero, ma può sollecitare l'azione delle autorità competenti. L'ordine, preparato secondo il modello specificato e tradotto nella lingua ufficiale del paese destinatario, viene inviato direttamente all'autorità estera competente, previa notifica al Procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo se le indagini riguardano reati specifici, per coordinare le attività investigative.

Tuttavia, nonostante queste disposizioni, rimangono significative criticità, specialmente riguardo alla tutela delle garanzie difensive. Ad esempio, vi sono problemi con la piena divulgazione delle basi dell'emissione dell'ordine, l'assenza di un efficace sistema di difesa europea che faciliti il coordinamento tempestivo tra difensori di diversi paesi, e la difficile attuazione del diritto difensivo di richiedere l'OEI, ancora confinato in procedure restrittive.

L'Ordine Europeo di Indagine Penale (OEI) rappresenta un'applicazione del principio di riconoscimento reciproco nel contesto dell'acquisizione di prove all'interno dell'Unione Europea.

Tuttavia, un'analisi più approfondita suggerisce una revisione di questa interpretazione: sebbene basato sul principio menzionato, l'OEI in realtà si mescola con elementi della tradizionale³² assistenza giudiziaria, risultando

³¹ Art. 4, comma 2, d. lgs. N. 108/2017.

³² Ciò, avverte, M. CATANIELLO, *La nuova direttiva UE sull'ordine europeo di indagine penale*, p. 3, Giappichelli, Torino, «non deve destare stupore»: invero, «il riconoscimento reciproco, come elaborato in astratto nei Consigli che si succedettero alla fine del secolo scorso, rappresenta un modello ideale, mai in concreto sinora realizzato, nelle diverse fonti adottate dall'Unione in materia di cooperazione giudiziaria penale: nella pratica ci si trova sempre di fronte a disposizioni che combinano il “nuovo” sistema con quello

in una natura “ibrida” che combina aspetti tipici del riconoscimento reciproco con altri propri dell’assistenza giudiziaria più classica. In effetti, si verifica una “fusione di modelli” che sembra essere stimolata dal legislatore europeo stesso, come evidenziato nel considerando n. 6 della direttiva 2014/41/UE che ricalca il Programma di Stoccolma, il quale promuove un nuovo approccio che, pur ispirato al riconoscimento reciproco, considera anche la praticabilità del sistema tradizionale di assistenza giudiziaria.

Di conseguenza, si configura un sistema particolare di raccolta transnazionale delle prove all’interno dello spazio europeo, che unisce caratteristiche salienti di due diversi modelli. Numerosi sono gli elementi distintivi del mutuo riconoscimento che l’OEI tenta di replicare, cercando di semplificare e rendere più efficace il processo. Tra questi, vi è l’instaurazione di rapporti diretti tra le autorità giudiziarie dei vari paesi e la diminuzione del ruolo dell’autorità politica, favorendo un “dialogo senza intermediari” tra le magistrature che si presume rifletta una fiducia reciproca. Inoltre, il ruolo dell’organo esecutivo, specificamente il Ministro della Giustizia, viene ridotto a una funzione meramente amministrativa di supporto, utilizzata solo se strettamente necessario³³; questa autorità, in caso di ricezione di un ordine dall’estero, ha solo il diritto di riceverne una copia. Questi aspetti evidenziano un intento legislativo di massima semplificazione procedurale.

più tradizionale legato alla mutual legal assistance». Se ne ricava, quindi, come «vale [...], anche in questo settore, quanto si osserva per la distinzione tra accusatorio e inquisitorio: mutuo riconoscimento e procedure tradizionali di assistenza giudiziaria nelle fonti esistenti si combinano, dando vita a soluzioni normative ibride, caratterizzate a seconda del tasso d’influenza dell’uno o dell’altro modello».

³³ Cfr. art. 32, comma 1, d. Igs. n. 108/2017, che consente nei limiti indicati l’inoltro dell’O.E.I. tramite l’«autorità centrale» (ossia, appunto, ex art. 2, comma 1, lett. f, il Ministero della Giustizia), nonché mediante «il sistema di telecomunicazione della Rete giudiziaria euro-pea» (comma 2) ovvero anche «con l’ausilio dei punti di contatto» di quest’ultima esistenti presso ciascun distretto di corte d’appello (comma 3).

Anche la “standardizzazione” del contenuto dell’OEI, che viene emesso tramite un modulo uniforme dettato sia dalla direttiva che dal decreto legislativo, si allinea ai principi del riconoscimento reciproco. Il modulo specifica una serie di informazioni essenziali come i paesi coinvolti, l’urgenza dell’atto, le indagini o prove richieste, e altri dettagli rilevanti che definiscono un formato unico di ordine di indagine, tipico del nuovo “genere” di eurordinanza, archetipo di provvedimenti giudiziari nel quadro del riconoscimento reciproco.

L’eliminazione del controllo sulla doppia punibilità per le trentadue categorie di reati elencate nell’Allegato D della direttiva e nell’art. 11 del d.lgs. n. 108/2017 mostra la gravità attribuita a questi reati, giustificando la raccolta transnazionale delle prove attraverso un modello di assistenza basato sul riconoscimento reciproco. La scelta del legislatore di non incorporare il motivo di rifiuto basato sulla territorialità, anche se previsto dalla direttiva europea come facoltativo, riflette un allontanamento dai principi di sovranità nazionale per favorire un’efficace cooperazione transfrontaliera.

Inoltre, nonostante le procedure intese a essere rapide, la pratica mostra che la gestione degli OEI può ancora incontrare ostacoli, tra cui ritardi dovuti a esigenze interne o la preservazione di indagini in corso. Nonostante questi problemi, il principio di riconoscimento reciproco rimane una guida chiara nel nuovo regime di assistenza giudiziaria, mirando a ridurre i tempi di cooperazione e a semplificare i procedimenti legali transnazionali.

L’Ordine Europeo di Indagine Penale (OEI) è spesso descritto come un’applicazione del principio di riconoscimento reciproco per la raccolta di prove in Europa. Tuttavia, l’OEI integra anche elementi propri dell’assistenza giudiziaria tradizionale, configurandosi così come un modello ibrido. Tale combinazione di approcci è espressamente menzionata nel considerando n.

6 della direttiva 2014/41/UE, che riflette il Programma di Stoccolma e propone una nuova prospettiva che amalgama il riconoscimento reciproco con le modalità operative del sistema tradizionale di assistenza giudiziaria.

All'interno della disciplina dell'OEI coesistono disposizioni che riflettono il tradizionale spirito di cooperazione assistita, evidenziato dalla presenza di numerose cause di diniego dell'esecuzione, che fungono da vera e propria "piattaforma di resistenza legale". Questi motivi di rifiuto dimostrano un residuo di diffidenza reciproca tra gli Stati membri nei confronti dei rispettivi sistemi giuridici, sottolineando come una maggiore varietà di cause di diniego possa limitare l'efficacia del principio di riconoscimento reciproco. Questa realtà può servire come barriera contro la possibile erosione delle garanzie nazionali, ma al contempo complica il processo di cooperazione e la fluidità della circolazione giudiziaria nell'ambito europeo.

Più specificatamente, l'articolo 10 del d.lgs. n. 108/2017 elenca circostanze sotto le quali l'esecuzione dell'OEI può essere negata, come l'incompletezza o l'erroneità delle informazioni, l'esistenza di immunità che impediscono azioni penali³⁴, rischi per la sicurezza nazionale³⁵, violazioni del principio di

³⁴ Il motivo *de quo* attua l'art. 11, lett. a) della direttiva 2014/41/UE, la quale tuttavia richiama anche i «privilegi» nonché le «norme sulla determinazione e limitazione della responsabilità penale relative alla libertà di stampa e alla libertà di espressione in altri mezzi di comunicazione che renderebbero impossibile l'esecuzione dell'O.E.I.». La mancanza di menzione di queste due ulteriori ipotesi può essere spiegata, nel primo caso, dalla non esistenza di privilegi nel nostro ordinamento, e nel secondo, dal fatto che l'esercizio del diritto di critica è considerato una causa di giustificazione, senza prevedere una restrizione astratta della responsabilità penale che ne impedisca il riconoscimento. Di conseguenza, nel valutare i motivi di rifiuto, verranno applicate le norme del diritto penale sostanziale nazionale che proteggono la libertà di stampa e di espressione, specialmente alla luce della formulazione ampia dell'articolo 10 lettera f) del decreto. Questo articolo viene invocato quando, al momento del ricevimento dell'OEI, è manifesta la presenza della causa di giustificazione in questione. (*Relazione illustrativa dello schema di decreto legislativo*, in www.documenti.camera.it, p. 6).

³⁵ Anche tale motivo non è perfettamente coincidente con l'omologa causa di diniego contemplata all'art. 11, lett. b) dell'atto europeo, che menziona pure l'eventualità che l'esecuzione dell'ordine «metta in pericolo la fonte delle informazioni o comporti l'uso di informazioni classificate riguardanti attività di intelligence specifiche». *La Relazione illustrativa dello schema di decreto legislativo*, cit. (p. 6) spiega che «la riserva per la sicurezza nazionale è formula ampia idonea a ricomprendere le singole evenienze oggetto di descrizione casistica alla lettera b) dell'articolo 11 della direttiva». Analogamente, in dottrina, A. MANGIARACINA, *Il procedimento di esecuzione dell'OEI e i margini nazionali di rifiuto*, cit., p. 125; in senso diverso, invece, P. SPAGNOLO, *I presupposti e i limiti dell'ordine di indagine europeo*, cit., p. 276,

ne bis in idem, incompatibilità con i diritti fondamentali, mancanza di doppia incriminazione, e l'incompatibilità degli atti di indagine richiesti con la legge italiana.

Questi ostacoli rappresentano chiaramente un allontanamento dal principio di riconoscimento reciproco, interrompendo l'automatismo dell'esecuzione e deviando dalle normative europee più recenti.

Il legislatore italiano, inoltre, ha optato per eliminare qualsiasi discrezionalità giudiziaria nella valutazione dei motivi di rifiuto, stabilendo a priori criteri rigidi. Questa decisione riflette una cautela che potrebbe essere interpretata come un retaggio del modello di assistenza giudiziaria classica, mirando a proteggere l'autonomia dei principi nazionali e limitando così l'efficacia del riconoscimento reciproco. Questo approccio potrebbe ostacolare lo sviluppo di un vero spazio di giustizia comune in Europa.

In sintesi, l'OEI, pur essendo promosso come strumento di riconoscimento reciproco, in pratica mostra una natura ibrida che mescola elementi innovativi con aspetti più conservatori dell'assistenza giudiziaria tradizionale. Tale ibridismo riflette la complessità e le sfide del trasferimento di sovranità giudiziaria e di cooperazione transfrontaliera nell'Unione Europea.

secondo la quale mentre l'uso di informazioni classificate potrebbe rientrare nel concetto di sicurezza nazionale, in quanto la rilevazione di attività di intelligence ben può compromettere quest'ultima, più complesso appare ricondurre la tutela della fonte di prova. L'unica via al riguardo percorribile è - secondo l'Autrice - il richiamo «al motivo di cui alla lettera e, sotto forma di obbligo per lo Stato di tutelare la vita e l'integrità delle persone (arg. ex artt. 2 e 3 CEDU), o all'art. 1 dello stesso decreto, secondo il quale si attua la direttiva nel "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"». Per un'impostazione ulteriormente distinta, v. M. TROGU, *Ordine europeo di indagine penale* (sub Art. 10), cit., p. 1038, il quale invece ritiene che la tutela della fonte di prova deriverebbe immediatamente dalla direttiva, di cui si dovrebbe fare applicazione diretta e, per ciò che concerne l'attività dei servizi di sicurezza nazionali, dovrebbe valere la regola della non disponibilità in un caso interno analogo, a motivo della possibilità di opporre il segreto da parte dei pubblici ufficiali in possesso delle informazioni.

CAPITOLO II: L'Ordine Europeo di Indagine.

Disposizioni preliminari

La Direttiva inquadra lo strumento “OEI” sottolineando il concetto di “*decisione giudiziaria*”.

“L'ordine europeo d'indagine (OEI) è una decisione giudiziaria emessa o convalidata da un'autorità competente di uno Stato membro (lo «Stato di emissione») per compiere uno o più atti di indagine specifici in un altro Stato membro (lo «Stato di esecuzione») ai fini di acquisire prove conformemente alla presente direttiva» (Art.1, 1 co. Dir. 2014/41.)”.

La definizione dell'OEI fornita dal comma 1, dell'art.1 della Direttiva 2014/41, nel caso di specie vi è l'esercizio di un potere autoritativo da parte di un'autorità competente di uno “Stato di emissione” per compiere uno o più atti di indagine specifici in uno “Stato di esecuzione ai fini di acquisire prove”.

Si nota come questo sistema sia un rapporto fra pari, tra stato rogante e stato richiesto basato su una domanda, sostituito dal rapporto tra stato emittente e stato esecutante che seppur siano paritari e sovrani nella propria giurisdizione nazionale, vengono vincolati da un ordine³⁶.

³⁶ Va anche precisato che l'esercizio di questo potere autoritativo non è certamente un ἀπό μηχανῆς θεός (apò mekanés teòs) calato dall'alto, ma rappresenta l'ἀκμή (acmè) di quella ormai tendenziale progressione della cooperazione giudiziaria passata dalla Convenzione del 1959 all'OEI del 2014 avendo come segmento intermedio la Convenzione di Bruxelles del 2000 che pure aveva imposto l'osservanza delle «formalità e le procedure espressamente indicate dallo Stato membro richiedente» all'articolo 4 comma 1. Dunque, una progressiva limitazione delle prerogative nazionali, una mitigazione degli arroccamenti individuali degli stati in favore della costituzione di un fronte comune in materia di assistenza giudiziaria.

Un altro elemento fondamentale è l'obbligo di conformarsi alla Direttiva. Questo mette in evidenza una differenza significativa rispetto al sistema rogatorio: non è più necessaria una base pattizia, che era invece essenziale per instaurare rapporti nelle rogatorie. Ci troviamo ora di fronte a una legislazione comunitaria direttamente applicabile e vincolante nel nostro ordinamento. In primo luogo, l'allargamento della platea dei soggetti legittimati: difatti l'art.727 c.p.p. ricorreva alla perifrasi: "*rogatorie dei giudice e dei magistrati del pubblico ministero*", appare chiaro che si parte da un punto di vista molto riduttivo, appartenente all'autorità giudiziaria e all'autorità rogante³⁷.

La Direttiva cerca di superare questa visione annotando già nel primo articolo l'accusato³⁸ e il difensore fra i soggetti dai quali può provenire la richiesta di acquisizione della prova all'estero, difatti: "*può essere richiesta da una persona sottoposta ad indagini o da un imputato, ovvero da un avvocato che agisce per conto*".

Un secondo punto di distinzione risiede nella disposizione finale del primo comma, che specifica come l'OEI possa essere emesso anche per "ottenere prove già in possesso delle autorità competenti dello Stato di esecuzione." Questa disposizione evidenzia come la Direttiva tenda ad ampliare l'applicabilità dell'OEI, includendo fonti di prova già acquisite e divenute

³⁷ V. G. DARAIO, in *Op. cit.*, p. 163-165.

³⁸ Termine "comunitario" volutamente generico, inerte alla differenza che invece è presente nel nostro ordinamento fra l'indiziato, l'indagato e l'imputato, scandita dalle varie fasi dell'attività investigativa e dal momento dell'esercizio dell'azione penale. Se la qualità di indiziato indicava solo la presenza di presupposti per l'applicazione di misure precautelari (v. art. 384 c.p.p. sul fermo), l'uso delle voci imputato o indagato ab originem descriveva una diversa dose di garanzie processuali. Differenza di garanzie che l'art 6 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo ha pressoché annullato, realizzando sostanzialmente una graduale parificazione tra diritti dell'indagato e dell'imputato, spiegando i suoi effetti anche nel nostro ordinamento: a partire dall'art. 111 della Costituzione che al comma 3 fa specifico riferimento alla "persona accusata di un reato". Non ha trovato invece cittadinanza nel nostro codice di procedura, rimanendo ancora nella forma una differenza terminologica fra i due status processuali. Pienamente esaustiva e convincente è sul punto l'analisi di M. CHIAVARIO, in *Op. cit.*, p. 155- 163.

prove nello Stato di esecuzione. Questa precisazione è significativa poiché segna una transizione dal sistema rogatorio, il quale era efficace solo per la trasmissione di prove già formate, verso un sistema che consente la raccolta di prove preesistenti.

L'art. 2 si incentra sulle ulteriori definizioni utili ai fini dell'OEI.

Si definisce “*Stato di emissione*” lo Stato membro dalla cui giurisdizione promana l'ordine e “*Stato di esecuzione*” lo Stato membro a cui l'ordine è rivolto e nella cui giurisdizione l'ordine deve essere eseguito³⁹.

Tutte queste informazioni sono richieste dalla “*sezione A*” del modello di OEI contenuto nell'allegato A della Direttiva.

Un'attenta valutazione, specie per la quantità di concetti che porta con sé, merita la definizione di autorità di emissione, rinvenuta in due specifiche categorie distinte di organi, che potremmo definire “*iure dicere puro*” e di “*iure dicere impuro*”:

“I) un giudice, un organo giurisdizionale, un magistrato inquirente o un pubblico ministero competente nel caso interessato; o

II) qualsiasi altra 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. Inoltre, prima di essere trasmesso all'autorità di

³⁹ A prescindere dalle ovvietà desumibili da una veloce lettura del testo è bene notare come anche nella definizione dei soggetti cooperanti, emittente ed esecutante, in particolare nell'uso della preposizione articolata “nel”, in riferimento al territorio dello Stato, si può intravedere come la Direttiva presti al fianco alle istanze “sovraniste”: premettendo che rappresenta in ogni caso l'ultimo baluardo in cui si sottolinea la sovranità piena della giurisdizione nel territorio, da uno strumento “globale” della “cooperazione” ci si aspettava un maggiore ascolto delle ragioni comunitarie. Al tal proposito, L. MARAFIOTI, *Orizzonti investigativi, assistenza giudiziaria e mutuo riconoscimento*, in *Arch. nuova proc. pen.*, n.2, 2016, p. 104, sottolinea che «nella direttiva continuano a residuare ampi spazi applicativi della lex loci. Il legislatore europeo, introducendo numerose eccezioni alla logica del mutuo riconoscimento, ha finito, infatti, per delineare uno strumento che, per certi aspetti, evoca il mandato di ricerca della prova e i suoi limiti applicativi. Ciò testimonia quanto gli ordinamenti degli Stati membri siano tuttora lontani dall'accettare integralmente il principio del mutuo riconoscimento che allo stato resta aspirazione ideale piuttosto che soluzione concretamente praticabile».

esecuzione, l'OEI è convalidato, previo esame della sua conformità alle condizioni di emissione di un OEI ai sensi della presente direttiva, in particolare le condizioni di cui all'articolo 6, paragrafo 1, da un giudice, un organo giurisdizionale, un magistrato inquirente o un pubblico ministero nello Stato di emissione. Laddove l'OEI sia stato convalidato da un'autorità giudiziaria, quest'ultima può anche essere considerata l'autorità di emissione ai fini della trasmissione dell'OEI;”

La Direttiva tiene conto anche dei soggetti o degli organi che possono svolgere attività inquirente⁴⁰, ipotesi non scontata in taluni ordinamenti⁴¹.

Di seguito la Direttiva definisce “*L'autorità di esecuzione*”, come: “*un'autorità competente a riconoscere un OEI e ad assicurarne l'esecuzione conformemente alla presente direttiva e alle procedure applicabili in un caso analogo*”.

Si ravvisa l'esigenza del legislatore di affidare la definizione dell'autorità di esecuzione alla discrezione del legislatore nazionale.

⁴⁰ Ove per attività inquirente si intenda quella del titolare della pubblica accusa – nel nostro ordinamento affidata al pubblico ministero quale titolare dell'inizio e dell'esercizio dell'azione penale ex art. 74 L. Ord. Giudiz. – non vi è dubbio che essa può riferirsi al solo giudice svolgente funzione requirente; l'art. 231 delle norme di coordinamento del c.p.p. hanno abrogato tutte le altre forme di titolarità della pubblica accusa conferite ad altri soggetti – come ad esempio “l'azione popolare” che permetteva a ciascun elettore di attivare un procedimento penale per reati elettorali. Cfr. M. CHIAVARIO, in *Op. cit.*, p. 131.

⁴¹ Cfr. M. CHIAVARIO, in *Op. cit.*, p. 600.

C'è da chiedersi quali siano i risvolti che tale previsione produrrebbe su quelle situazioni che, in qualche modo, tendono ad incrinare il profilo dell'esclusività del pubblico ministero nell'esercizio dell'azione penale. Permangono, infatti, dubbi riguardo, ad esempio, ai reati di cui è competente per materia il giudice di pace, in cui la persona offesa ha a disposizione lo strumento del ricorso immediato al giudice ex art 21 e ss. d.lgs. 274/2000 – in cui si ravvisa secondo alcuni un «abbozzo di azione penale privata» – o, ancora, si pensi ai poteri e gli strumenti investigativi delle commissioni parlamentari d'inchiesta ex art. 82 Cost., che pure potrebbe essere beneficiarie di tale strumento in quanto queste procedono «alle indagini e agli esami con gli stessi poteri e le stesse limitazioni della Autorità giudiziaria» – anche se influiscono su di essa le disposizioni della legge che la istituiscono e i regolamenti di ciascuna delle due Camere del Parlamento. Sempre M. CHIAVARIO, in *Op. cit.*, p. 131, riflette inoltre sull'ipotesi prevista dall'ordinamento tedesco in cui alla vittima del reato viene conferita, in ipotesi tassative e ristrette, la possibilità, il diritto di esercitare direttamente - Privatklage – un'azione penale principale, in maniera alternativa rispetto ad un'azione penale “accessoria”, generalmente esercitata a fianco del pubblico ministero – Nebenklage.

L'articolo 3 del Capo I rappresenta un appiglio giuridico del nuovo regime della disciplina generale: si sofferma sulla portata generale dell'Ordine europeo di Indagine e in tutte le attività investigative, difatti: *“si applica a qualsiasi atto d'indagine”*. Questa generalizzazione sembra non tener conto di alcuna distinzione, da un lato gli atti di indagine del pubblico ministero previsti agli articoli 358 e seguenti del c.p.p.; in cui il P.M. dispone *“accertamenti, rilievi segnaletici, descrittivi o fotografici”*, *“individuazione di persone e di cose”*, *“assume informazioni”*, procede a *“interrogatorio, ovvero a ispezione, a individuazione di persone o confronto”*, compie *“atti di perquisizione o sequestro”*, richiede autorizzazioni a disporre *“l'intercettazione del flusso di comunicazioni relativo a sistemi informatici o telematici”* i quali sono delegabili anche alla polizia giudiziaria, eccezioni fatte per le perquisizioni, i sequestri e le ispezioni; dall'altro gli atti ad iniziativa della stessa polizia giudiziaria, disciplinati dagli artt. 347 e ss c.p.p. relativamente alla *“ricerca delle cose e delle tracce pertinenti al reato nonché alla conservazione di esse”* e alla *“ricerca delle persone in grado di riferire su circostanze rilevanti per la ricostruzione dei fatti”*.

Restano fuori dal computo per l'esistenza di una disciplina autonoma, le squadre investigative comuni, le quali trovano già spazio nell'art.13 della Convenzione di Bruxelles⁴².

⁴² Dalla lettura del primo comma dell'articolo 13 della Convenzione del 2000 si ha un quadro chiaro della definizione delle SIC: *“Le autorità competenti di due o più Stati membri possono costituire, di comune accordo, una squadra investigativa comune, per uno scopo determinato e una durata limitata (...) per svolgere indagini penali in uno o più degli Stati membri che costituiscono la squadra”*.

Denso è, invero, l'intero corpo dispositivo dell'articolo 13, che analizza dapprima le cause di costituzione, mediante richiesta, di una squadra investigativa comune, così come le condizioni generali operative che devono essere seguite e la definizione dei partecipanti *“distaccati”*; infine, le regole per lo scambio delle informazioni legalmente ottenute e lo scambio di informazioni fra squadre investigative comuni.

Il c. 11, in conclusione, *“lascia impregiudicata ogni altra vigente disposizione o intesa concernente la costituzione o l'attività di squadre investigative comuni”*, tenendo profeticamente conto della futura Decisione quadro del Consiglio, del 13 giugno 2002, ad esse dedicato. Per un commento sulla totalità della disciplina, compresa la national transposition, si tenga conto del contributo di L. CAMALDO, Le

Nell'articolo 4 del Capo I si individuano i procedimenti nell'ambito dei quali può essere utilizzato l'OEI come strumento investigativo:

- a) In relazione a un procedimento penale avviato da un'autorità giudiziaria, o che può essere promosso davanti alla stessa, relativamente a un illecito penale ai sensi del diritto nazionale dello Stato di emissione;
- b) Nel quadro di un procedimento avviato dalle autorità amministrative in relazione a fatti punibili in base al diritto nazionale dello Stato di emissione in quanto violazione di norme giuridiche, quando la decisione può dar luogo ad un procedimento davanti ad un organo giurisdizionale competente in materia penale;
- c) Nel quadro di un procedimento avviato dalle autorità giudiziaria in relazione a fatti punibili in base al diritto nazionale dello Stato di emissione in quanto violazioni di norme giuridiche, quando la decisione può dar luogo a un procedimento davanti a un organo giurisdizionale competente in materia penale.
- d) In connessione con i procedimenti di cui alle lettere a), b), c) relativi a reati o violazioni per i quali una persona giuridica può essere considerata responsabile o punita nello Stato di emissione.

Si nota come l'ordine europeo di indagine svolge la sua azione solo in ambito penale.

La sua applicabilità è estesa a tutti i procedimenti di rilevanza penale; dunque, a tutte le notizie di reato sulle quali il p.m. svolge indagini, la sua

squadre investigative comuni: la normativa di attuazione dopo una lunga attesa. (d.lgs. 15 febbraio 2016, n.34), in F. RUGGIERI, *Processo Penale E Regole Europee*, Giappichelli, 2017 p. 17-35.

utilizzabilità è estesa anche sulla base di semplici informazioni, si pensi ad esempio alle informative o agli esposti, cd “*embrioni di notitiae criminis*”; la disposizione si riferisce esplicitamente ai procedimenti promossi e a quelli che possono essere promossi davanti ad un’ autorità giudiziaria.

Inoltre, si applica anche nei confronti di quei procedimenti penali “*ispirati*” da attività di accertamento o vigilanza realizzata da una autorità amministrativa, coma ad esempio all’attività di accertamento e di indagine svolta da un’ autorità amministrativa come l’Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC).

Conclude il quadro la lettera d), la quale allarga lo spettro di applicazione anche ai procedimenti connessi.

Si ribadisce che nel nostro ordinamento la connessione, qualora gli stessi si trovino nella stessa fase procedimentale, descrive innanzitutto un criterio di attribuzione della competenza nella giurisdizione del giudice ordinario la quale permette di derogare alle regole di definizione per materia e territorio, la *ratio* si rinviene nella possibilità di trattare unitariamente più procedimenti legati fra loro, in virtù del principio del *simultaneus processus*, della semplificazione e dell’economia processuale.

Ovviamente la connessione ha delle ipotesi tassative, in virtù alle situazioni di concorso di persone nel reato – cd. *Connessione plurisoggettiva*- alle situazioni di concorso formale o reato continuato – cd. *Connessione monosoggettiva o attribuibile ad un medesimo disegno criminoso* – e alla commissione di reati al fine di occultare o eseguirne altri – cd. *Connessione teleologica*- ai sensi dell’articolo 12 c.p.p.

Ai fini dell’OEI è corretto considerare il concetto di connessione descritto dall’articolo 371 c.p.p., la c.d. *connessione investigativa*, dove è permesso un ulteriore collegamento di carattere probatorio attraverso il quale si può “*procedere, congiuntamente, al compimento di specifici atti d’ufficio*”,

scambiando atti e informazioni anche in deroga alle regole del segreto investigativo⁴³.

La definizione dell'OEI come atto formale, riferendosi al modulo contenuto nell'allegato A della Direttiva, pone in capo all'Autorità emittente gli obblighi di “*esattezza*” e “*correttezza*” delle informazioni in essa contenuto per quanto più possibile tutelare “*l'affidamento*” dello Stato d'esecuzione (art.5).

Per questi motivi, è necessario elencare le informazioni richieste, tra cui: l'identificazione dell'autorità di emissione e dell'autorità di convalida, come ad esempio il pubblico ministero che richiede al giudice per le indagini preliminari di acquisire una testimonianza nell'ambito di un incidente probatorio; la specificazione dell'oggetto e delle motivazioni della richiesta; e le informazioni necessarie sulle persone destinatarie delle decisioni.

L'altra sezione del modulo è riservata alla descrizione del fatto e della condotta penale oggetto dell'addebito sottoposto ad indagine e all'individuazione delle disposizioni giuridiche che si ritengono violate secondo lo Stato di emissione.

Infine, allo Stato di emissione è richiesta la descrizione e la definizione precisa dell'atto di indagine ordinato e gli elementi di prova che si intendono ottenere⁴⁴.

⁴³ Così l'art 371, c. 2 c.p.p. individua casi specifici di collegamento delle indagini:

«a) se i procedimenti sono connessi a norma dell'articolo 12 ovvero si tratta di reati commessi da più persone in danno reciproco le une delle altre;

b) se si tratta di reati dei quali gli uni sono stati commessi in occasione degli altri, o per conseguirne o assicurarne al colpevole o ad altri il profitto, il prezzo, il prodotto o l'impunità, o che sono stati commessi da più persone in danno reciproco le une delle altre, ovvero se la prova di un reato o di una sua circostanza influisce sulla prova di un altro reato o di un'altra circostanza;

c) se la prova di più reati deriva, anche in parte, dalla stessa fonte». Chiude la disciplina che riguarda il collegamento fra indagini, il riferimento – art. 117 c. 1 e 2 c.p.p. – alla possibilità di ricevere copie di atti e informazioni relativi ad altri procedimenti penali fra magistrati del pubblico ministero di uffici diversi.

⁴⁴ Tale ultimo aspetto è fondamentale. Esso descrive un'importante porzione di arbitrio che rimane nelle mani dello Stato d'esecuzione, il quale, potrà eseguire un atto di indagine diverso, meno invasivo o dispendioso, con il quale si riesca a raggiungere lo stesso risultato probatorio. Compiendosi in questo

2.1. Procedure e garanzie per lo Stato di emissione e per lo Stato di esecuzione.

La Direttiva precisa i requisiti per l'emissione elencando i motivi di rifiuto, si esprime sui rapporti diretti fra le autorità interessate, indica i termini delle procedure e i mezzi di impugnazione con i motivi di rinvio.

Quando si parla di emissione dell'OEI la Direttiva prevede una doppia valutazione; infatti, all'articolo 6 della Direttiva 2014/41 impone all'autorità emittente di vagliare *“per ogni caso”* la soddisfazione di due condizioni:

- 1) La prima si sostanzia in un giudizio di rilevanza processual-probatoria; cioè determinare quando l'emissione sia *“necessaria e proporzionata ai fini del procedimento di cui all'articolo 4, tenendo conto dei diritti della persona sottoposta a indagini o imputata⁴⁵”*;
- 2) La seconda si concretizza in un vaglio sostanzial-giuridica con un forte intento antielusivo, possiamo costatare come il legislatore europeo appare deciso nel vietare l'utilizzo dell'OEI per esperire atti di indagine che alle stesse condizioni in un caso interno analogo non potrebbero essere compiuti.

Non si tratta di requisiti programmatici o preventivi perché possono essere rilevati anche nel momento stesso dell'esecuzione, difatti, l'autorità ordinata

modo un bilanciamento fra la tutela delle esigenze processuali dello stato richiedente e le esigenze di economia dei mezzi in capo allo stato d'esecuzione.

⁴⁵ Art. 6, Direttiva 2014/41.

di eseguire l'OEI potrebbe rifiutare a seguito di una “*non completezza*” delle condizioni appena enunciate⁴⁶.

Per quel che riguarda la trasmissione è prevista una sostanziale assenza di conformità e formalità, ritenendo sufficiente l'idoneità del mezzo di trasmissione a conservare una traccia scritta in modo tale da permettere allo Stato di esecuzione di stabilirne l'autenticità, come ad esempio anche una semplice intestazione dell'ente ordinante, un numero di protocollo, una firma dell'autorità competente o un timbro.

L'art.7 della Direttiva 2014/41 suggerisce le forme di comunicazione e collaborazione del sistema di telecomunicazioni della Rete giudiziaria europea⁴⁷, come ad esempio *Eurojust*; *Europol*.

È stata presa in considerazione l'eventualità di affidare la comunicazione ad appositi uffici collocati in autorità centrale a seconda dell'organizzazione interna di ciascun ordinamento, ad esempio presso la Procura generale o presso tutte le Procure di ciascun distretto, quale punto di riferimento per la trasmissione e la ricezione degli ordini di indagine.

Tale strategia di comunicazione permette un contatto diretto fra le autorità giudiziarie interessate sia in fase di emissione che di esecuzione – si pensi ai profili problematici che potrebbero sorgere in situazioni di dubbio sull'autenticità dell'atto o in casi di incompetenza dell'autorità destinataria dell'Ordine Europeo di Indagine⁴⁸.

⁴⁶ È stato osservato da E. AMODIO, *Diritto di difesa e diritto alla prova nello spazio giudiziario europeo*, in A. LANZI - F. RUGGIERI - L. CAMALDO (a cura di), *Il difensore e il pubblico ministero europeo*, Cedam, 2002, p. 107, che «per circolare la prova deve essere compatibile non soltanto con le norme del paese in cui viene raccolta, ma anche con i principi del paese in cui viene utilizzata ai fini decisori»; sarebbe infatti «poco confortante scoprire che una prova illegittima diventa utilizzabile solo perché è battezzata come “europea”».

⁴⁷ Istituita mediante l'Azione comune 98/428/GAI adottata dal Consiglio il 29 giugno 1998 sulla base dell'articolo K.3 del Trattato sull'Unione europea, sull'istituzione di una Rete giudiziaria europea, ormai abrogata dalla Decisione 2008/976/GAI del Consiglio, del 16 dicembre 2008, relativa alla Rete giudiziaria europea, pubblicata in GUCE L 348 del 24.12.2008, p. 130– 134.

⁴⁸ Si noti quanto descritto dal §4, dell'art 7 :«qualora non sia competente a riconoscerlo o ad adottare le misure necessarie alla sua esecuzione, trasmette d'ufficio l'OEI all'autorità di esecuzione e ne

Per quanto riguarda un OEI formulato per l'integrazione di un OEI precedente, l'art. 8 della Direttiva propone la medesima soluzione, alla quale è dedicata un'apposita sezione, la D, nel modulo in allegato alla direttiva. In questo caso la Direttiva guarda con favore alla speditezza della procedura permettendo l'emissione dello stesso anche in territorio dello Stato di esecuzione, rispettando le condizioni di cui all'art.5 e della convalida da parte dell'autorità competente di cui all'art. 3, lettera c) II della Direttiva.

È di attuale rilevanza soffermarsi sull'importanza data dalla Direttiva alla comunicazione diretta, alla collaborazione e gli obblighi di trasparenza, operare un salto rispetto alla sequenza ordinale degli articoli, soffermandoci, per un attimo, sull'articolo 16, dedicato all'obbligo di informazione.

L'obbligo di informazione diventa immediato in casi particolari:

- Quando sia impossibile decidere sul riconoscimento o sull'esecuzione a causa dell'incompletezza o manifesta inesattezza dell'OEI rispetto al modulo,
- quando l'autorità di esecuzione ritenga opportuno compiere atti non specificati o non previsti in precedenza, dando la possibilità all'autorità dello Stato di emissione di poter adottare i dovuti provvedimenti;
- quando l'autorità di esecuzione ritiene di non potersi attenere alle procedure espresse specificamente dall'autorità di emissione (art.9).

Il riconoscimento e l'esecuzione dell'OEI sono sostanzialmente affidate ad una sorta di principio di reciprocità che mette a confronto l'atto ordinato con un analogo atto investigativo disposto da un'autorità giudiziaria in un procedimento interno.

informa l'autorità di emissione»; e, ancora, il §7 dello stesso articolo: «qualsiasi difficoltà relativa alla trasmissione o all'autenticità di un documento necessario all'esecuzione dell'OEI è risolta attraverso contatti diretti tra le autorità di emissione e di esecuzione interessate o, se del caso, con l'intervento delle autorità centrali degli Stati membri».

L'esecuzione deve essere scevra da formalità ulteriori e assicurata “*nello stesso modo e secondo le stesse modalità con cui, [l'autorità competente all'emissione], procederebbe se l'atto di indagine in questione fosse stato disposto da un'autorità dello Stato di esecuzione⁴⁹*”; tenendo, ovviamente, esclusi i casi in cui sussistano motivi di rifiuti, disciplinati all'art. 11 della medesima Direttiva.

Caso analogo in cui venga concessa la partecipazione dell'autorità di emissione all'esecuzione degli atti ordinati, salvo che queste non siano in conflitto con i principi fondamentali del diritto dello Stato di esecuzione e non ledano i suoi interessi essenziali riguardanti la sicurezza nazionale⁵⁰.

L'art. 9 della Direttiva richiama una fase operativa e per questi motivi che la comunicazione diretta può avvenire con qualsiasi mezzo appropriato al fine di agevolare l'efficace applicazione del presente articolo.

Gli articoli 10 e 11 della Direttiva sono dedicati a quelle che possono definirsi le ipotesi di maggior discrezionalità per lo Stato di esecuzione: la scelta di eseguire un atto di indagine diverso da quello ordinato e la possibilità di rifiuto.

Anche questa facoltà è ristretta dalla Direttiva entro due ipotesi specifiche:

1. quando l'atto di indagine richiesto nell'OEI non è previsto dal diritto dello Stato di esecuzione;
2. quando l'atto di indagine richiesto nell'OEI non sia disponibile in caso interno analogo.

⁴⁹ Art. 9 della Direttiva 2014/41

⁵⁰ Anche in questo caso sembrano residuare istanze individuali e sovraniste degli stati membri, rievocando qui, come in altri passaggi della Direttiva, il principio di reciprocità nei rapporti fra gli Stati. Non esattamente quello che l'assistenza giudiziaria e la cooperazione giudiziaria auspicavano.

Può essere considerato positivamente quanto previsto dal § 2 dell'art. 10⁵¹:
ove viene illustrato un cd. *Vincolo di indisponibilità al rifiuto all'esecuzione di un gruppo di atti di indagini.*

Parte della dottrina vede in questo vincolo una forma embrionale di armonizzazione⁵², tenendo conto della misura in cui alcuni atti di indagine richiesti siano facilmente disponibili all'autorità di esecuzione.

L'articolo 10 si riferisce agli ordini che richiedono:

- l'acquisizione di informazioni o di prove che lo stato d'esecuzione avrebbe acquisito in un procedimento penale interno;
- l'audizione di un testimone, di un esperto, di una vittima o di persona sottoposta ad indagini, o imputato o terzi nel territorio dello stato di esecuzione;
- l'esperimento di atti di indagine non coercitivi, tenendo conto del diritto dello Stato di esecuzione⁵³;

⁵¹ Salvi i casi di rifiuto, non godono di fungibilità i seguenti atti:

«a) l'acquisizione di informazioni o prove che sono già in possesso dell'autorità di esecuzione quando, in base al diritto dello Stato di esecuzione, tali informazioni o prove avrebbero potuto essere acquisite nel quadro di un procedimento penale o ai fini dell'OEI;

b) l'acquisizione di informazioni contenute in banche dati della polizia o delle autorità giudiziarie cui l'autorità di esecuzione può accedere direttamente nel quadro di un procedimento penale;

c) l'audizione di un testimone, di un esperto, di una vittima, di una persona sottoposta ad indagini o di un imputato o di terzi nel territorio dello Stato di esecuzione;

d) atti d'indagine non coercitivi definiti dal diritto dello Stato di esecuzione;

e) l'individuazione di persone titolari di un abbonamento a uno specifico numero telefonico o indirizzo IP».

⁵² Espressione utilizzata da M. DANIELE, *Ricerca e formazione della prova. Profili generali*, in R. E. KOSTORIS (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, p. 370; mentre L. CAMALDO - F. CERQUA, *La Direttiva sull'ordine europeo di indagine penale: le nuove prospettive per la libera circolazione delle prove*, in *Cass. pen.*, 2014, p. 3511, ha parlato di «scorciatoia verso l'armonizzazione»; in particolare, sulla fiducia e i motivi di rifiuto si veda G. FIORELLI, *I motivi di rifiuto dell'ordine investigativo europeo, quando "fidarsi è bene, ma non fidarsi è meglio*, in T. BENE, L. LUPARIA, L. MARAFIOTI (a cura di), *L'ordine europeo di indagine: criticità e prospettive*, 2017, p. 98; d'altro canto va detto che già L. CAMALDO, *La Direttiva*, cit., p. 4, ammoniva che «la creazione del nuovo strumento probatorio, fondato sul principio del mutuo riconoscimento, non è stata accompagnata – come sarebbe stato naturale e opportuno – da una contestuale armonizzazione delle regole di acquisizione e di utilizzazione delle prove, con l'adozione di norme comuni, come auspicato nel Libro Verde sulla ricerca della prova in materia penale tra Stati membri e sulla garanzia della loro ammissibilità».

⁵³ Sebbene il riferimento non sia molto chiaro, si può pensare qui che il legislatore europeo si riferisca alla validazione del c.d. misure cautelari, nel nostro ordinamento identificate come arresto e

- la localizzazione e l'individuazione di titolari di un'utenza telefonica o titolare di un apparecchio informatico.

Chiude l'articolo, il comma 5 includente le altre situazioni che possono verificarsi durante l'esecuzione: *“ove non vi siano altri atti di indagine che consentano di ottenere lo stesso risultato dell'atto di indagine richiesto”* l'autorità competente dello Stato di esecuzione informa la corrispondente autorità di emissione che non è stato possibile fornire la giusta assistenza, di conseguenza all'autorità emittente non rimane altro che ritirare od integrare l'OEI.

All'indisponibilità dell'esecuzione, prevista per specifici atti investigativi disposti, fa da contraltare lo spazio arbitrario che il legislatore concede allo Stato di esecuzione: l'articolo 11 è dedicato alla predisposizione di un elenco tassativo delle ipotesi di diniego per l'esistenza di motivi di non riconoscimento o mancata esecuzione:

1. Nel caso in cui l'OEI non sia esecutivo perché lesivo della tutela di immunità o privilegi esistenti nell'ordinamento dello Stato di esecuzione o quando pregiudica la limitazione di responsabilità relativa alla libertà di espressione e di stampa;
2. Se l'esecuzione dell'OEI è lesiva di interessi essenziali di sicurezza nazionale, per le informazioni classificate e le loro fonti nell'ambito di attività di intelligence;
3. Nel caso in cui l'atto investigativo non sia consentito in un caso interno analogo nello Stato di esecuzione;

detenzione: la prima consistente nella privazione della libertà personale a seguito del fatto flagrante (anche improprio) di reato; cioè non solo nell'atto di commettere un delitto ma anche quando, inseguito, viene sorpreso con cose o tracce dalle quali sembra sia stato commesso un delitto. La seconda, invece, è la privazione temporanea della libertà personale disposta dal pubblico ministero anche al di fuori dei casi flagranti quando sussistono elementi concreti che mettono in pericolo di fuga la persona gravemente sospettata.

4. Se l'esecuzione viola il principio del ne bis in idem;
5. Quando, per l'imputazione di un atto considerato reato nello Stato di emissione commesso in tutto o in parte nel territorio dello Stato di esecuzione, l'atto imputato non costituisce reato ai sensi della legge di quest'ultimo - ciò è il caso esempio di eutanasia;
6. Quando "gravi motivi" rendono l'OEI incompatibile con gli obblighi dello Stato di esecuzione ai sensi dell'articolo 6 TUE e la Carta di Nizza;
7. Se l'accusa penale per la quale si svolge il procedimento nello Stato di emissione e viene richiesto l'OEI non costituisce reato ai sensi della legge dello Stato di esecuzione - salvo che per i procedimenti che riguardano l'accertamento di un reato rientrante nelle categorie di cui all'Allegato D della Direttiva, ai quali tale restrizione non si applica;
8. Quando l'atto d'indagine richiesto nell'OEI è limitato a diritto interno dello Stato di esecuzione ad un elenco esaustivo di reati o delitti puniti entro una certa soglia, in cui non rientra il reato "ipotizzato" nell'OEI.

In tema di riconoscimento ed esecuzione dell'OEI la decisione è adottata, in generale con la stessa celerità prevista per un caso analogo interno⁵⁴, e comunque "*il più rapidamente possibile*", entro il limite massimo di trenta giorni dalla ricezione dell'OEI.

Tali termini, tuttavia, possono essere abbreviati in casi di eccezionale urgenza, ad esempio in caso di un reato grave, a causa dei termini procedurali o di altre circostanza particolarmente urgenti⁵⁵.

⁵⁴ Ad esempio, la convalida del sequestro ex art. 335 c.p.p. in cui il pubblico ministero, nelle quarantotto ore successive alla comunicazione, convalida il sequestro se ne ricorrono i presupposti con decreto motivato; ovvero dispone la restituzione delle cose sequestrate.

⁵⁵ I termini abbreviati servono a tutelare i casi di necessità e le urgenze manifestate dall'autorità di emissione, ad esempio quando a causa dei termini procedurali, della gravità del reato o di altre circostanze particolarmente urgenti, sono necessari termini più brevi di quelli previsti o se l'autorità

Il secondo termine rinvenuto al paragrafo 4 riguarda l'adempimento dell'Ordine, il compimento dell'atto di indagine che bisogna eseguire senza ritardo ed entro i 90 giorni dalla ricezione dell'OEI da parte dell'autorità di esecuzione competente, salvo in caso di rinvio e qualora le prove da acquisire siano già in possesso dello Stato di esecuzione.

Può succedere che l'autorità di esecuzione in fase di esecuzione non possa adempiere nel termine prefissato o nei novanta giorni, termine massimo fissato dalla Direttiva, ed ha il dovere di informare senza ritardo l'autorità competente dello Stato di emissione con qualsiasi mezzo disponibile, indicando i motivi del ritardo e il tempo ritenuto necessario per adottare la decisione, la proroga che verrà concessa, non può superare il *quantum* dei trenta giorni.

Bisogna tener distinti i motivi del ritardo e il lavoro fra le autorità competenti dai motivi di rinvio, facendo riferimento al riconoscimento o all'esecuzione dell'OEI (art. 15).

La Direttiva si esprime sul punto prevedendo motivi di rinvio:

- Il pregiudizio di un'indagine o di un procedimento in corso, indicando un periodo di tempo che lo Stato di esecuzione ritenga ragionevole;
- Qualora le cose, i documenti o i dati interessai dall'OEI siano già utilizzati nell'ambito di un altro procedimento, avendo facoltà di rinviare l'esecuzione fino a che questi non siano più necessari salvo il cd. Trasferimento temporaneo⁵⁶.

di emissione ha richiesto nell'OEI che l'atto di indagine deve essere compiuto entro e non oltre una data specifica.

⁵⁶ Cfr. §4 dell'art. 13: "*Ove gli oggetti, i documenti e i dati in questione siano pertinenti anche per altri procedimenti, l'autorità di esecuzione, su esplicita richiesta dell'autorità di emissione e dopo averla consultata, può provvedere al trasferimento temporaneo di tali prove, a condizione che esse siano restituite allo Stato di esecuzione non appena cessino di essere necessarie nello Stato di emissione o in qualsiasi altro momento o occasione concordati tra l'autorità di emissione e l'autorità di esecuzione*".

Al venire meno del motivo, consegue l'obbligo di adottare “*senza ritardo le misure necessarie per l'esecuzione dell'OEI*”⁵⁷ informando l'autorità con le stesse forme previste per l'emissione.

Adempiuto l'ordine mediante l'esecuzione dell'atto di indagine richiesto, si procede al trasferimento delle prove acquisite o quelle già in possesso.

Nello stesso atto del trasferimento deve essere indicata anche la richiesta di restituzione “*non appena cessino di essere necessarie nello Stato di emissione*”.

Il trasferimento può essere sospeso allorquando potrebbero provocare danni gravi ed irreversibili alla persona interessata e l'attesa di una decisione relativa ad un mezzo di impugnazione.

Difatti l'art. 14 della Direttiva descrive i mezzi di impugnazione agli atti di indagine contenuti nell'OEI, i quali devono essere almeno equivalenti a quelli garantiti in procedimenti analoghi interni, dell'esistenza dei quali deve essere data informazione⁵⁸ all'autorità di esecuzione, a patto che ciò non comprometta la riservatezza di un'indagine ai sensi dell'articolo 19, §1.

Tale obbligo di riservatezza deve essere tutelato con la non divulgazione delle prove ricercate e le informazioni ottenute, salvo nella misura in cui una *disclosure* sia necessaria ai fini dell'esecuzione⁵⁹.

Lo stato di emissione dovrà mettere a disposizione le stesse “*guarentigie*” che il mezzo di impugnazione avrebbe in un caso interno analogo, affinché “*sia garantito un giusto processo nel valutare le prove acquisite tramite l'OEI*”.

⁵⁷ Art. 15 § 2 della Direttiva.

⁵⁸ In verità dall'articolo 14 sembra derivare una raccomandazione a regolare in via preventiva tale tipo di trasparenza fra gli Stati membri secondo una lettera congiunta del §3 e §5.

⁵⁹ Cfr. Art. 19 Direttiva, §1, dedicato alla riservatezza: «Ciascuno Stato membro adotta le misure necessarie per assicurare che, nell'esecuzione di un OEI, l'autorità di emissione e l'autorità di esecuzione tengano debito conto della riservatezza dell'indagine».

Il capo III si chiude con le previsioni riguardanti la responsabilità dei funzionari, la tutela dei dati personali ed infine i costi.

I funzionari dello stato di emissione incaricati dall'esecuzione sono assimilati a quello dello Stato di esecuzione sia per ciò che attiene alla responsabilità e alle tutele derivanti dalla commissione o dall'essere stati vittima di reati (art.17), sia per quanto riguarda la responsabilità civile (art.18, paragrafo 1) per danni causati a terzi nel territorio di un altro Stato membro⁶⁰.

Per quanto concerne la protezione dei dati personali, non ammette repliche la disposizione dell'art.20, la quale obbliga gli stati membri all'uso dei dati in conformità con la decisione quadro 2008/977/GAI del Consiglio⁶¹ e in ossequio ai principi della Convenzione del Consiglio d'Europa sulla protezione delle persone rispetto al trattamento automatizzato di dati di carattere personale del 28 gennaio 1981 e del relativo protocollo addizionale, consentendo l'accesso ai dati all'interessato e alle persone autorizzate.

I costi da sostenere in fase esecutiva sono generalmente a carico dello Stato di esecuzione, il quale può chiedere una condivisione degli stessi con lo Stato

⁶⁰ Cfr. §2, §3 e §4 art 18:

«2. Lo Stato membro nel cui territorio sono causati i danni di cui al paragrafo 1 risarcisce tali danni alle condizioni applicabili ai danni causati dai propri funzionari.

3. Lo Stato membro, i cui funzionari abbiano causato danni a terzi nel territorio di un altro Stato membro, rimborsa integralmente gli importi corrisposti da quest'ultimo Stato membro alle vittime o ai loro aventi diritto. 4. Fatto salvo l'esercizio dei suoi diritti nei confronti di terzi e fatta eccezione per il paragrafo 3, ciascuno Stato membro rinuncia, nei casi di cui al paragrafo 1, a chiedere il risarcimento dei danni subiti a un altro Stato membro.»

⁶¹ *Decisione quadro 2008/977/GAI* del Consiglio, del 27 novembre 2008, sulla protezione dei dati personali trattati nell'ambito della cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale pubblicata in *GUCE L 350 del 30.12.2008*, p. 60-71. La richiamata decisione quadro riguarda sia il trattamento di dati personali, interamente o parzialmente automatizzato (mediante l'utilizzo della tecnologia dell'informazione) sia il trattamento non automatizzato (ossia il trattamento umano) di dati personali figuranti negli archivi. La stessa è stata in seguito abrogata dalla direttiva 2016/680/UE, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, sulla protezione delle persone fisiche per quanto concerne il trattamento dei dati personali da parte di autorità competenti allo scopo di prevenire, indagare, individuare o perseguire reati penali ovvero eseguire sanzioni penali e la libera circolazione di tali dati, pubblicata in *GUUE L 119 del 4.5.2016*, pag. 89-131, con decorrenza dal 6 maggio 2018.

di emissione qualora li ritenga “*eccezionalmente elevanti*” oppure richiedere una modifica dell’OEI stessi (art.21 §2).

In caso di disaccordo sulla condivisione, la scelta è rimessa all’autorità di emissione che dovrà scegliere se ritirare completamente o parzialmente l’Ordine oppure mantenerlo sostenendo i costi nella porzione richiesta dall’altra parte e ritenuta eccezionalmente elevata.

2.2. *Disposizioni specifiche per determinati atti di indagine.*

Il Capo IV della Direttiva 2014/41/UE regola l'esecuzione di specifici atti di indagine.

Gli atti disciplinati in questa sezione sono:

1. Il trasferimento temporaneo nello Stato di emissione di persone detenute (artt. 22 e 23);
2. L'audizione mediante trasmissione audiovisiva o mediante teleconferenza (artt. 24 e 25);
3. La richiesta di informazioni relative a conti bancari e/o operazioni bancarie (artt. 26 e 27);
4. Lo svolgimento di atti di indagine che implicino l'acquisizione di elementi di prova in tempo reale, in modo continuo e per un periodo determinato (art. 28);
5. Lo svolgimento di operazioni di infiltrazioni (art.29);

La richiesta di un trasferimento temporaneo di un detenuto per svolgere un atto di indagine può giustificare l'emissione di un OEI per raccogliere prove. Questo caso è previsto dall'art. 22, che specifica la necessità della presenza del detenuto nello Stato di emissione, a condizione che il detenuto sia poi riportato nello Stato di esecuzione. La Direttiva riserva all'autorità dello Stato di esecuzione la possibilità di rifiutare il trasferimento, oltre che per i motivi di non riconoscimento o non esecuzione, anche quando la persona detenuta neghi il proprio consenso o quando il trasferimento prolunghi la sua detenzione⁶².

⁶² Secondo quanto previsto dall'art. 22 §3, il trasferimento «qualora lo Stato di esecuzione lo ritenga necessario, tenuto conto dell'età della persona o delle sue condizioni di salute fisica o mentale» può essere sottoposto al parere positivo del legale rappresentante della persona detenuta in merito alla possibilità di trasferimento.

Il detenuto rimane tale sia al momento del passaggio in territorio dello Stato di emissione dell'OEI, sia in una situazione di transito sul territorio di un terzo Stato membro, osservando tutti i dovuti adempimenti richiesti dallo Stato membro di Transito⁶³, salvo nell'unico caso in cui lo Stato di esecuzione non ne richieda la liberazione.

Lo status di persona sottoposta a misura detentiva è al tempo stesso garantito da una speciale forma di immunità che prevede il divieto di persecuzione, detenzione o assoggettamento ad altre restrizioni della libertà personale per atti o sentenze commessi prima della sua partenza e non specificatamente indicato nell'«OEI (§ 8); inoltre il periodo di detenzione nel territorio dello Stato di emissione per l'esecuzione dell'OEI è dedotto dal periodo di condanna ancora da scontare nello Stato di esecuzione (§7). Tale immunità può essere soggetta a limitazioni⁶⁴.

Queste pratiche di trasferimento sono soggette al concordato tra gli Stati interessati⁶⁵, compresi i dettagli della detenzione, i termini di permanenza e i livelli di sicurezza che vengono richiesti dallo Stato di emissione.

Questa tipologia di atto di indagine rispetta le stesse disposizioni, mutati smutandi, anche nel caso in cui l'OEI emesso abbia per oggetto “*il trasferimento temporaneo di una persona detenuta nello Stato di emissione ai fini del compimento di un atto di indagine per raccogliere elementi di prova che richieda la sua presenza nel territorio dello Stato di esecuzione*”, secondo quanto previsto dall'art.23.

⁶³ Di seguito, al §4: «il transito della persona detenuta attraverso il territorio di un terzo Stato membro (lo «Stato membro di transito») è autorizzato su domanda corredata di tutti i documenti necessari.»

⁶⁴ L'immunità di repressione prevista al §8 decade quando la persona detenuta trasferita, non abbia lasciato, o vi abbia fatto ritorno dopo aver lasciato, il territorio dello stato di emissione entro 15 giorni dalla data in cui la sua presenza non era più richiesta e in assenza di cause ostative alla possibilità di abbandonare.

⁶⁵ È bene qui sottolineare come il §5 faccia riferimento non all'accordo diretto fra le autorità giudiziarie competenti, ma proprio fra gli stati di esecuzione e lo stato di emissione. È evidente che la legge di attuazione dovrà occuparsi specificamente delle formalità e dei soggetti direttamente competenti a concordare le modalità del trasferimento.

Gli articoli 24 e 25 regolano l'OEI emessi allo scopo di procedere all'audizione di testimoni, periti, indagati o imputati attraverso l'utilizzo di videoconferenze o altra trasmissione audiovisiva, le stesse disposizioni si applicano "*qualora per la persona in questione non sia opportuno o possibile comparire personalmente nel suo territorio*" emettendo un OEI al fine di procedere mediante teleconferenza.

Tale tipologia di atto può essere rifiutata, oltre per i motivi di cui all'art. 11 anche per negazione del consenso da parte dell'indagato o dell'imputato, ma anche nel caso in cui l'esecuzione di tale atto sia contraria ai principi fondamentali del diritto dello Stato di esecuzione. Anche in questo caso le autorità di esecuzione e di emissione concordano le modalità di svolgimento dell'audizione notificando al testimone o al perito l'ora e il luogo di audizione o chiamando a comparire l'accusato o la persona sottoposta ad indagine, informandolo dei propri diritti ai sensi del diritto dello Stato di emissione.

L'audizione viene condotta in prima persona dall'autorità dello Stato di emissione o sotto la direzione di quest'ultima, secondo le norme del diritto interno, anche per quanto riguarda i diritti processuali della persona sottoposta ad indagini o l'imputato (il *nemo tenetur se detergere*⁶⁶).

⁶⁶ In particolare, si vuole, a titolo esemplificativo, far riferimento al diritto al silenzio, e più in generale alla facoltà di non collaborare allo svolgimento del procedimento penale. Tale diritto, esplicitandosi nella facoltà di tacere durante un interrogatorio e nella facoltà di non contribuire alla propria incriminazione (concetti entrambi evidenziati dalla giurisprudenza europea e in particolare dalla Corte E.D.U., Sent. 8 febbraio 1996, John Murray c. Regno Unito), rientra nell'alveo della pluralità dei diritti difensivi riconosciuti dall'art. 6 della CEDU. Esso è inoltre riconosciuto come un' «irrinunciabile manifestazione del diritto di difesa» da parte della giurisprudenza della Corte Costituzionale: al §10.2 della sentenza 361/1998, infatti, «la peculiarità della posizione dell'imputato in procedimento connesso, chiamato a rendere dichiarazione su fatti concernenti la responsabilità di altri, ma comunque non identificabile, sul terreno sostanziale, con la figura del testimone, sicché appare coerente la scelta del legislatore di attribuirgli la facoltà di non rispondere, irrinunciabile manifestazione del diritto di difesa dell'imputato». Per una visione più approfondita sul tema si v. A. DIDI, La testimonianza assistita, in P. FERRUA – E. MARZADURI – G. SPANGHER (a cura di), *La prova penale*, Torino, 2013, p. 262.

È di questo che la Direttiva si occupa quando parla all'art. 24, §5, lett. e) «degli eventuali diritti procedurali previsti, compreso il diritto di non testimoniare, dal diritto dello Stato di esecuzione e dello

L'autorità di esecuzione redige un verbale indicante la data e il luogo dell'audizione, l'identità della persona ascoltata, le identità e le qualifiche di tutte le altre persone che hanno partecipato all'audizione nello Stato di esecuzione, le eventuali prestazioni di giuramento e le condizioni tecniche in cui si è svolta l'audizione; tale verbale è poi trasmesso dall'autorità di esecuzione all'autorità di emissione.

La direttiva lascia anche la possibilità di reperire informazioni relative a conti bancari e ad altri conti finanziari che possono essere oggetti di OEI, in particolare:

1. Nel caso in cui si voglia accertare ed ottenere tutti i dettagli in merito alla detenzione o il controllo da parte di una persona fisica o giuridica oggetto di un addebito penale di uno o più conti in un istituto bancario o in un altro istituto finanziario diverso da una banca sito nel territorio dello Stato di esecuzione;
2. Ottenere i dettagli di conti bancari specifici e delle operazioni bancarie effettuate in un dato periodo su uno o più conti.

Nel caso in cui l'OEI viene emesso per questo scopo deve essere indicato dall'autorità di emissione i motivi per il quale si ritengono importanti le informazioni richieste ai fini del procedimento penale in corso.

In mancanza di ciò l'OEI non può essere richiesto e se richiesto può essere rifiutato.

Tali informazioni bancarie possono essere anche oggetto di monitoraggio in tempo reale; infatti, lo svolgimento di atti di indagine che implicino l'acquisizione di elementi di prova in tempo reale, in modo continuo e per un periodo determinati, la Direttiva prevede che l'OEI possa essere emesso

Stato di emissione» riconosciuti alle persone sottoposte a indagini o gli imputati, dei quali devono essere informati prima dell'audizione.

dallo Stato di emissione per il monitoraggio e l'acquisizione in tempo reale di informazioni sopra citate.

L'ultimo atto investigativo specifico di cui si occupa la Direttiva riguarda le operazioni di infiltrazione, in particolare la richiesta di assistenza allo Stato di esecuzione per lo svolgimento di indagini su reati compiuti da agenti infiltrati o sotto falsa identità dello Stato di emissione. Una volta indicate le ragioni per cui l'operazione di infiltrazione è ritenuta utile ai fini del procedimento penale interessato, l'adozione del provvedimento sul riconoscimento e sull'esecuzione dell'atto investigativo mediante valutazione delle circostanze è rimessa alla discrezionalità delle competenti autorità dello Stato di esecuzione *"in ogni singolo caso"*; fermo restando il potere di rifiutare il riconoscimento o l'esecuzione, nonché per le ragioni di cui all'art. 11, anche se l'esecuzione dell'operazione non è autorizzata in un analogo caso interno o le parti non sono riuscite a raggiungere un accordo sulle modalità delle operazioni di infiltrazione.

Al netto dell'ipotesi di rifiuto, devono essere rispettate durante l'esecuzione le procedure e il diritto nazionale dello Stato nel cui territorio si svolge l'operazione e devono essere convenute *"la durata dell'operazione di infiltrazione, le condizioni particolareggiate, lo status giuridico degli agenti coinvolti nelle operazioni di infiltrazione"* degli Stati membri interessati.

2.3. *Le disposizioni finali e i provvedimenti provvisori.*

Le disposizioni finali della Direttiva si occupano di definire nei limiti del complessivo lavoro di ricognizione che l'introduzione dell'OEI ha apportato al panorama della normativa vigente in materia di cooperazione giudiziaria. Prima di questa definizione, la Direttiva non manca di disciplinare le attività che appartengono alla fase investigativa, con l'obiettivo di impedire provvisoriamente la distruzione, la trasformazione, la rimozione, il trasferimento o l'alienazione di elementi che possono essere utilizzati come prova.

Questi provvedimenti nel nostro ordinamento possono paragonarsi allo strumento del sequestro probatorio⁶⁷, mentre i provvedimenti in questione possono essere inclusi in un Ordine di indagine penale, ove in caso di urgenza, l'autorità di esecuzione può adottare una decisione non appena possibile e, se fattibile, entro 24 ore dalla ricezione dell'OEI, comunicandola all'autorità competente all'emissione.

Nell'Ordine di indagine Europeo deve essere specificatamente indicata la trasmissione delle prove e la data in cui il provvedimento provvisorio è revocato o la data stimata della presentazione della richiesta di trasferimento

⁶⁷ Vale la pena ricordare che con lo strumento richiamato ci si riferisce ad un mezzo di ricerca della prova, da non confondere con altri tipi di sequestro – conservativo e preventivo – che invece nel diritto penale rientrano nella definizione di misure cautelari.

Il sequestro probatorio, spesso costituente l'obiettivo di alcuni mezzi di ricerca della prova quali le perquisizioni, ha – secondo quanto previsto dall'art. 253, c.1, c.p.p. – la funzione di escludere dalla libera disponibilità il «corpo del reato e le altre cose ad esso pertinenti» allo scopo di utilizzarle come prova necessaria all'accertamento di un fatto; per ciò che attiene le definizioni dei concetti ora richiamati, queste sono rinvenibili all'art. 253, c. 2, per quello che riguarda il corpo del reato, mentre la definizione delle cose pertinenti ad esso è da tempo affidata alla giurisprudenza che valuta le stesse in relazione alla capacità dimostrativa del reato (*Cass. Sez. penale III, n. 22058 del 22/04/2009, Bortoli, rv. 243721*).

Il sequestro, oltre a sottoporre le cose sequestrate al vincolo del divieto di alienazione e all'affidamento in custodia, è disposto dall'autorità giudiziaria personalmente o per delega alla polizia giudiziaria (anche su iniziativa di quest'ultima in caso di pericolo di alterazioni, ma sottoposto a convalida da parte del pubblico ministero) ed è soggetto ad un ulteriore controllo giurisdizionale attraverso la richiesta del riesame.

delle prove nello Stato di emissione, specie in questa fase la comunicazione e la cooperazione fra le autorità è un passaggio necessario.

Le disposizioni finali indicano le “raccomandazioni” e le coordinate dispositive che con la Direttiva si inviano agli Stati membri.

Specifico è il riferimento alle disposizioni che la Direttiva intende sostituire e che hanno vincolato gli Stati Membri:

1. Convenzione europeo di assistenza giudiziaria in materia penale del Consiglio D'Europa, del 20 aprile 1959, i relativi due protocolli aggiuntivi e gli accordi bilaterali;
2. Convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen;
3. Convenzione relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea e relativo protocollo;
4. La Decisione quadro 2008/978/GAI, per gli Stati Membri ad essa vincolati;
5. La Decisione quadro 2003/577/GAI, per quanto riguarda il sequestro probatorio.

L'impatto della Direttiva è totale sul mondo della cooperazione giudiziaria in materia penale, almeno per ciò che attiene la ricerca probatoria e la circolazione della prova acquisita all'estero, anche nella parte in cui la Direttiva contempla la possibilità di accordi o intese. Detti accordi vengono notificati entro 3 mesi dalla firma.

CAPITOLO III: Disciplina di attuazione dell'ordine europeo di indagine nel nostro ordinamento.

Il decreto legislativo⁶⁸ n. 118 del 21 giugno 2017, oltre a essere apprezzato e valutato alla luce delle osservazioni critiche della dottrina e degli organi istituzionali⁶⁹, deve essere correttamente inquadrato nella nuova configurazione dell'assistenza giudiziaria in materia penale. Questo decreto segna una tappa significativa nelle recenti riforme del nostro ordinamento riguardanti la cooperazione giudiziaria.

Dalla Relazione illustrativa della Riforma del Libro XI del codice di procedura penale per l'adeguamento alle Convenzioni internazionali⁷⁰ è

⁶⁸ È sufficiente riferire che la delega per la predisposizione del presente Decreto è contenuta nella legge 9 luglio 2015, n.114 e la sua scadenza è stata fissata al 22 marzo 2017 come previsto dall'articolo 31 della legge 24 dicembre 2012, n.234, che continua ad applicarsi nell'originaria formulazione relativamente alle deleghe contenute nelle leggi di delegazione europee entrate in vigore in epoca antecedente alle modifiche apportate dall'art. 29 della legge 29 luglio 2015, n.115

⁶⁹ M. DANIELE, *L'ordine europeo di indagine penale entra in regime*. Prime riflessioni sul D.lgs. n. 108 del 2017, in *Dir. Pen. Contemp.*, fasc. n. 7-8, 2017, p.208-2015, e da E. SELVAGGI, *La circolare del Ministero della Giustizia sul c.d. Ordine europeo di indagine*, in *Dir. Pen. Contemp.*, fasc. n. 11, 2017, p.287-290.

Atti di orientamento pubblicati dal Ministero della Giustizia, a partire dalla *Relazione illustrativa al D.lgs. 21 giugno 2017, n.108. Norme di attuazione della Direttiva 2014/41/ue relativa all'ordine europeo di indagine penale*, di seguito richiamata come "la relazione illustrativa" fino alla *Circolare 26 ottobre 2017 – attuazione della direttiva 2014/41/UE relativa all'ordine europeo di indagine penale – Manuale operativo del 26 ottobre 2017*, richiamata come "la circolare ministeriale" consultabili sul sito istituzionale del Ministero della Giustizia.

⁷⁰ fa riferimento nello specifico alla Relazione illustrativa della Riforma del Libro XI del codice di procedura penale per l'adeguamento alle Convenzioni internazionali, pubblicato l'11 agosto 2014 sul sito del Ministero della Giustizia. Da una ricognizione del quadro normativo e delle prassi, viene presa in considerazione la disciplina delle rogatorie c.d. passive, ovvero dell'esecuzione delle richieste provenienti da altri Stati di raccolta di prove, descritte come un sistema «troppo pesante». A partire da questa critica, viene auspicata una trattazione più immediata delle rogatorie urgenti attraverso: l'introduzione di un meccanismo diretto di trasmissione dall'autorità giudiziaria competente all'esecuzione della rogatoria; l'eliminazione del vaglio preventivo della Corte di Cassazione sulla competenza a decidere sulle domande di assistenza giudiziaria aventi ad oggetto atti da compiersi in più parti del territorio nazionale; l'eliminazione delle difficoltà per la Corte d'appello di governare materie ed esigenze investigative affidate per legge alle competenze di uffici diversi (anche la semplice attività di mediazione fra la richiesta "estera" di un atto d'indagine e l'inoltro all'organo giudiziario competente all'esecuzione, avrebbe snaturato gli obiettivi di semplificazione; si pensi al caso delle intercettazioni soggette ad autorizzazione del giudice per le indagini preliminari, ma disposte dal pubblico ministero territorialmente competente).

Allo stesso tempo, la sezione della relazione dedicata alla disciplina dell'assistenza giudiziaria internazionale in materia penale suggerisce: l'opportunità della presenza del «doppio vaglio, politico

stata rintracciata dal legislatore il suo raggio di azione anche oltre i confini nazionali.

Tale riforma, sin dalla sua ideazione, è stata ritenuta una “*priorità di azione*” anche sulla base di una “*pressione europea*”, consistente nella necessità di dare una formale ratifica ad una pluralità di direttive sovranazionali⁷¹, adottate *post* Trattato di Lisbona con l’intento di migliorare la cooperazione giudiziaria.

È apparso necessario introdurre regole speciali per la cooperazione tra le autorità competenti degli Stati che non fanno parte dell’Unione Europea sulla base della disciplina che regola invece i rapporti con i Paesi membri dell’Unione Europea.

e giurisdizionale, circa la sussistenza in concreto delle condizioni dell’assistenza giudiziaria, distinguendo i relativi poteri»; la previsione del «potere del Ministro della giustizia, di non dare corso all’esecuzione della domanda di assistenza giudiziaria, esclusivamente per motivi di tutela della sovranità, della sicurezza e di altri interessi essenziali dello Stato»; l’attribuzione «in via esclusiva all’autorità giudiziaria [del] potere di rifiutare o di sospendere l’esecuzione della richiesta di assistenza giudiziaria [...] quando gli atti richiesti siano vietati dalla legge o contrari a principi fondamentali [...] o se vi siano fondate ragioni per ritenere che considerazioni relative alla razza, alla religione, al sesso, alla nazionalità, alla lingua, alle opinioni politiche o alle altre condizioni personali o sociali possano influire sullo svolgimento del processo»; una «depoliticizzazione del sistema dell’assistenza giudiziaria nell’area circoscritta dall’efficacia degli accordi internazionali stipulati tra Stati dell’Unione europea, pur conservando in capo al Ministro della giustizia una funzione di filtro»; la previsione di «forme specifiche di assistenza giudiziaria».

⁷¹ Oltre alle varie direttive citate in questa tesi, si aggiungono anche quelle contenute nella legge n.114 del 9 luglio 2015, che all’art.1.1 richiama un elenco di direttive di cui all’allegato B.

3.1. La nuova configurazione dell'assistenza giudiziaria e lo snellimento della procedura

Il Decreto legislativo n. 108 del 21 giugno 2017 introduce un quadro normativo dettagliato per due ordini di ragioni principali.

In primo luogo, adegua la legislazione vigente alla nuova struttura dell'assistenza giudiziaria in materia penale, come definito dalla legge 21 luglio 2016, n. 149. Questo adattamento mirava a garantire coerenza e conformità alle nuove disposizioni legislative introdotte dalla legge citata.

In secondo luogo, il decreto affronta la necessità di semplificare la procedura dell'ordine di indagine europeo, rispettando i vincoli e le linee guida stabiliti dalla Direttiva europea pertinente. Questa semplificazione mira a rendere più efficiente ed efficace la cooperazione giudiziaria tra gli Stati membri dell'Unione Europea, migliorando la gestione delle richieste di assistenza giudiziaria in ambito penale a livello transnazionale.

La legge 149/2016 riveste un ruolo fondamentale nel contesto delle riforme legislative menzionate. In particolare, l'articolo 4 affronta la questione relativa alla riforma del libro XI del codice di procedura penale al fine di adeguarlo alle nuove dinamiche della cooperazione giudiziaria, con lo scopo di garantire una raccolta efficace di prove.

Questa legge ha affidato al Governo il compito di attuare la Convenzione di Bruxelles del 2000 relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri, seguendo le modalità di adeguamento previste dalla legge 24 dicembre 2012, n. 234⁷².

⁷² Con il d.lgs. 5 aprile 2017, n. 52, adottato in forza della legge delega n. 149 del 2016, anche l'Italia ha finalmente dato attuazione, dopo quasi diciassette anni, alla Convenzione relativa all'assistenza

Questo intervento normativo mira a semplificare e regolare il flusso di informazioni tra gli Stati membri dell'Unione Europea, al fine di garantire una cooperazione giudiziaria efficace e coerente nell'ambito penale.

Nella legge di delega menzionata vi è una differenza nella designazione dell'autorità giudiziaria competente per ricevere, valutare ed eseguire la richiesta di rogatoria, rispetto a quanto previsto nel progetto di decreto legislativo per l'attuazione dell'Ordine di Indagine Europeo (OEI).

La commissione ministeriale incaricata di elaborare il progetto di decreto legislativo per l'attuazione della Direttiva sull'Ordine di Indagine Europeo (OEI) ha optato per affidare la valutazione delle richieste di assistenza giudiziaria al Procuratore della Repubblica della città capoluogo del distretto in cui gli atti devono essere compiuti. Questa decisione è stata considerata vantaggiosa poiché rende meno problematica, almeno dal punto di vista della legittimità costituzionale, l'individuazione dei criteri per determinare la competenza quando gli atti devono essere eseguiti in distretti diversi. Tale approccio sembra riflettere una diversa interpretazione delle esigenze di efficienza e coerenza nella cooperazione giudiziaria, rispetto alla prevista assegnazione della competenza alla Corte d'Appello⁷³.

giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea, firmata a Bruxelles il 29 maggio 2000. Una ricognizione sul tema è fornita da L. CAMALDO, L'attuazione della Convenzione di Bruxelles del 2000: l'assistenza giudiziaria in materia penale assume una configurazione a "geografia variabile", in *Dir. Pen. Contemp.*, n. 7-8, 2017, p. 202-208.

⁷³ Sebbene sul punto converga anche la Relazione illustrativa della Riforma del Libro XI del codice di procedura penale per l'adeguamento alle Convenzioni internazionali, il passaggio citato è stato ripreso dalla citata Circolare ministeriale. Sul punto si può esprimere convintamente un giudizio positivo. Da un lato in virtù dell'allineamento delle procedure che riguardano la cooperazione giudiziaria fra Paesi membri e Stati extracomunitari: pur rimanendo affidate a normative diverse, si favorisce l'individuazione di ruoli istituzionali comuni agli organi giudiziari interessati. Dall'altro, la scelta del procuratore è apprezzabile nella misura in cui questo, rispetto alla Corte di Appello, e in particolare al gip destinatario dell'esecuzione delle rogatorie, rappresentano delle funzioni più distanti dalle indagini. L'affidamento della procedura all'ufficio competente all'indagini, inoltre, elimina degli intermediari che avrebbero potuto ritardare ad esempio il collegamento ad indagini in corso nello Stato o il coordinamento investigativo tra le forze di polizia giudiziaria.

Nonostante l'attuale incongruenza possa suscitare perplessità, risulta tuttavia coerente e plausibile che il Procuratore della Repubblica presso il Tribunale della città principale del distretto in cui si devono eseguire gli atti di indagine sia designato quale autorità competente per il riconoscimento e l'esecuzione degli stessi.

Tale designazione appare giustificata, soprattutto alla luce della presenza di una clausola di salvaguardia.

Tale clausola prevede che il Procuratore della Repubblica sia incaricato del riconoscimento dell'ordine di indagine e dell'avvio dell'iter esecutivo presso il giudice per le indagini preliminari nei casi in cui l'autorità emittente abbia specificamente richiesto l'intervento del giudice o quando la normativa italiana richieda la convalida dell'autorità giudiziaria per l'atto di indagine in questione.

È da sottolineare che sin dalla bozza del decreto legislativo di attuazione è stata identificata la medesima autorità procedente come l'ente legittimato all'emissione dell'Ordine di Indagine Europeo, con specifico richiamo anche alla questione delle misure preventive.

Per quanto riguarda un secondo aspetto, cioè la semplificazione della procedura, si evidenzia una decisione meritevole di apprezzamento, che consiste nel non istituire un'autorità centrale intermedia nelle fasi di trasmissione e ricezione dell'Ordine di Indagine Europeo (OEI), ma piuttosto favorire una comunicazione diretta tra le autorità giudiziarie coinvolte, seguendo il principio fondamentale della Direttiva.

Il Ministero della Giustizia assume un ruolo di supporto e facilitazione solo in caso di difficoltà nella comunicazione e nella trasmissione delle richieste alle autorità competenti⁷⁴.

È fondamentale esaminare il processo di semplificazione e potenziamento dell'efficacia della cooperazione giudiziaria tra i Paesi membri, sottolineando il ruolo significativo svolto da due importanti interventi legislativi: il Decreto Legislativo n. 52 del 2017 e il Decreto Legislativo n. 108 del 2017. Questi decreti rappresentano un avanzamento nel costante adattamento del quadro normativo che disciplina le relazioni tra gli Stati. Tra le novità introdotte vi sono disposizioni specifiche per il recupero dei beni provenienti da reati, il trasferimento temporaneo di detenuti per testimoniare o garantirne la presenza nei processi, la creazione di squadre investigative congiunte, l'audizione tramite videoconferenza e teleconferenza, nonché le consegne controllate e le operazioni sotto copertura.

Il Decreto Legislativo n. 52 del 2017 ha anche semplificato le modalità di comunicazione, consentendo l'utilizzo dei servizi postali o della posta certificata per le richieste di assistenza relative alle notifiche (art. 5).

Inoltre, ha stabilito che le richieste di assistenza siano trasmesse direttamente tra le autorità giudiziarie (art. 7) e ha fornito all'autorità giudiziaria italiana la possibilità di eseguire la richiesta secondo le modalità indicate dall'autorità richiedente, a condizione che siano conformi ai principi dell'ordinamento giuridico italiano (art. 8, comma 4).

⁷⁴ Nel rispetto di quanto già previsto dalla previsione dell'art. 7, § 7 della Direttiva e ammesso solo «se necessario». Tale inciso ha trovato piena corrispondenza nel contenuto nell'art. 32 dello schema di decreto d'attuazione.

Infine, ha permesso lo scambio spontaneo di informazioni tra le autorità giudiziarie (art. 9), contribuendo così a migliorare l'efficienza della cooperazione transnazionale.

Il Decreto Legislativo n. 108 del 2017, d'altro canto, ha ulteriormente consolidato questo processo di aggiornamento normativo, adottando misure volte a garantire un'attuazione più coerente e efficace della Direttiva sull'Ordine di Indagine Europeo. Questo decreto ha rappresentato un passo avanti nell'armonizzazione delle procedure tra gli Stati membri, contribuendo così a facilitare e accelerare la cooperazione giudiziaria in ambito penale.

L'introduzione dell'Ordine Europeo di Indagine Penale ha rappresentato un passo avanti significativo, caratterizzato principalmente dalla creazione di un modello standardizzato di provvedimento investigativo/probatorio che deve essere trattato seguendo le regole del mutuo riconoscimento.

I principali vantaggi di questo modello sono stati identificati nei seguenti punti: nella promozione di una comunicazione diretta tra le autorità giudiziarie, eliminando l'interferenza politica; negli articoli che limitano il ruolo dell'autorità centrale a funzioni di semplice assistenza amministrativa; nelle disposizioni che dettagliano le ragioni per cui potrebbe essere rifiutato il riconoscimento o l'esecuzione dell'ordine emesso dall'autorità estera; e nell'istituzione di scadenze rigorose per lo svolgimento della procedura⁷⁵.

⁷⁵ Questi sono in via generale i punti di forza, diffusamente condivisi, della disciplina dell'OEI, indicati dalla Circolare ministeriale, a cura di Raffaele Piccirillo, sull'attuazione della Direttiva 2014/41/UE relativa all'ordine europeo di indagine penale del 26 ottobre 2017, nel cui testo è contenuto un vero e proprio manuale operativo in favore delle autorità e degli operatori giudiziari.

Nonostante gli sforzi compiuti in passato per implementare il principio del mutuo riconoscimento, gli strumenti creati hanno mostrato principalmente delle limitazioni.

Queste limitazioni possono essere attribuite principalmente al fatto che tali strumenti erano spesso applicabili solo a specifiche tipologie di atti, come il sequestro probatorio e l'acquisizione di prove precostituite, e inoltre non erano in grado di gestire efficacemente la fase successiva alla loro esecuzione, ovvero la circolazione delle prove. L'introduzione dell'Ordine Europeo di Indagine è avvenuta proprio con l'obiettivo di superare questa impasse tecnica che si presentava nell'attuazione delle attività di ricerca delle prove, dalle fasi iniziali dell'indagine fino alle fasi più avanzate del procedimento penale. Questo riguarda sia le richieste di esecuzione di atti investigativi all'estero, sia la trasferibilità delle prove già raccolte in un altro procedimento all'estero.

L'OEI è stato concepito per garantire una cooperazione giudiziaria più efficace e completa, consentendo il trasferimento fluido delle prove tra i paesi membri dell'Unione Europea.

3.2. *Il decreto legislativo di attuazione n. 108 del 21 giugno 2017.*

La legge delega e la *road map* del decreto d'attuazione.

Lo schema di decreto legislativo⁷⁶ n. 108 del 21 giugno 2017 recepisce la Direttiva 2014/41/UE concernente l'Ordine Europeo di Indagine (OEI). Questo schema è stato elaborato in conformità alla legge di delegazione europea per il 2014, che, nel suo articolo 1, comma 1, ha conferito al Governo il mandato di attuare le direttive elencate negli allegati A⁷⁷ e B.

Per quanto riguarda le procedure, i principi e i criteri direttivi della delega sono stati rinviati alle norme generali sulla partecipazione dell'Italia alla formazione e all'attuazione della normativa e delle politiche dell'Unione europea, come stabilito negli articoli 31 e 32 della legge 24 dicembre 2012, n. 234.

Il decreto legislativo in oggetto è parte di un processo più ampio di adattamento normativo e di integrazione dell'Italia nel quadro legislativo europeo relativo alla cooperazione giudiziaria in materia penale.

Per quanto riguarda il percorso che ha condotto all'emissione del Decreto, occorre rilevarsi che la redazione dello schema di decreto legislativo per l'attuazione dell'OEI è stata annunciata mediante un comunicato stampa del Consiglio dei ministri, numerato 18, diffuso il 17 marzo 2017⁷⁸.

⁷⁶ In particolare, l'atto del Governo sottoposto a parere parlamentare n. 405, XVII Legislatura, Schema di decreto legislativo recante norme di attuazione della Direttiva 2014/41/UE relativa all'ordine europeo di indagine penale, presentato dal Ministro per i rapporti con il Parlamento del Governo Gentiloni, il 21 marzo 2017 e annunciato nella seduta n. 789 della Camera dei deputati.

⁷⁷ L'allegato A si riferisce alla Direttiva di esecuzione 2014/111/UE della Commissione, del 17 dicembre 2014, recante modifica della Direttiva 2009/15/CE per quanto attiene all'adozione da parte dell'Organizzazione marittima internazionale (IMO) di taluni codici e relativi emendamenti di alcuni protocolli e convenzioni (il cui termine di recepimento era fissato il 31 dicembre 2015).

⁷⁸ La Presidenza del Consiglio dei ministri e il Ministero della giustizia, allo stato dell'esame preliminare dell'attuazione della Direttiva 2014/41/UE relativa all'ordine europeo di indagine penale hanno riconosciuto lo stesso come «fondamentale strumento di cooperazione giudiziaria penale con i Paesi membri dell'Unione, destinato a facilitare la collaborazione e il coordinamento degli organi di

Successivamente, dopo l'assegnazione del testo avvenuta il 21 marzo 2017, sono stati richiesti e ottenuti pareri positivi dalle competenti Commissioni parlamentari sia della Camera dei Deputati⁷⁹ che del Senato della Repubblica⁸⁰, tali pareri non sono stati privi di riserve e osservazioni cautelative, specialmente riguardo alla necessità di includere obblighi di

investigazione per il contrasto alla criminalità transnazionale». Sul decreto poi, viene confermata la coerenza di tale attuazione con la stagione di riforme a cui si è fatto cenno in precedenza: «completa, infine, l'opera di adeguamento dell'ordinamento interno in tema di cooperazione giudiziaria penale, avviata con l'attuazione di numerose decisioni-quadro e direttive in materia di reciproco riconoscimento dei provvedimenti giudiziari, di prevenzione dei conflitti di giurisdizione in ambito Ue e di operatività delle squadre investigative comuni».

⁷⁹ Affidato alle competenti Commissione II Giustizia e Commissione XIV Politiche dell'Unione Europea della Camera dei deputati, sono stati forniti da entrambe pareri positivi, rispettivamente il 2 maggio 2017 e 20 aprile 2017. Dalla commissione Giustizia sono pervenute però osservazioni che sottolineano come imprescindibile la previsione che, nei casi previsti dall'articolo 4, comma 1, e dall'articolo 27, comma 1 della Direttiva 2014/41/UE, ne sia data immediata informazione al procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo, ai fini del coordinamento investigativo se si tratta di indagini relative ai delitti di cui all'articolo 51, commi 3-bis e 3-quater del codice di procedura penale della richiesta o dell'emissione di un OEI.

⁸⁰ Secondo quanto si legge nel Resoconto sommario n. 256 del 05 aprile 2017 della Commissione XIV Politiche dell'Unione Europea, le osservazioni approvate dalla commissione a seguito della discussione sull'atto del governo n. 405 svoltasi per conto della Commissione II Giustizia hanno «valutato che lo schema di decreto legislativo in titolo non presenta profili di incompatibilità con l'ordinamento europeo, ma ne costituisce anzi concreta implementazione» ha formulato «per quanto di competenza, osservazioni favorevoli». La Commissione II Giustizia, secondo quanto inserito nel Resoconto sommario n. 382 del 03 maggio 2017, ha espresso parere non ostativo, ponendo però delle osservazioni: prevedere, agli articoli 4 e 27 dello schema, che l'ordine europeo d'indagine venga trasmesso senza ritardo al procuratore nazionale antimafia ed antiterrorismo quando lo stesso si riferisca ai delitti di cui all'articolo 51, commi 3-bis e 3-quater, del codice di procedura penale; sopprimere all'articolo 5, comma 3, dello schema la previsione del procedimento in camera di consiglio ex art. 127 c.p.p. e aggiungere tale previsione all'articolo 13, comma 2, dello schema; specificare, all'articolo 9 dello schema, che le modalità particolari di esecuzione ivi contenute debbano comunque svolgersi nel rispetto delle vigenti norme processuali (fermo restando il rispetto delle vigenti norme processuali, è sempre possibile ricorrere ad altro atto di indagine, laddove esso ottenga lo stesso risultato dell'atto di indagine richiesto, con minor interferenza rispetto ai diritti fondamentali della persona); disciplinare l'ipotesi in cui il mancato accordo con l'altro Stato membro nella condivisione delle spese di rilevante entità di esecuzione dell'ordine europeo di indagine si determini nell'ambito della procedura attiva: «si valuti l'opportunità di inserire, nell'ambito del Titolo III dello schema, una apposita disposizione con la quale, in siffatte ipotesi, il procuratore della Repubblica, previa intesa con il Ministro della Giustizia per quanto riguarda l'assunzione da parte dello Stato italiano della parte dei costi considerata eccezionalmente elevata, può decidere se ritirare completamente o parzialmente l'ordine europeo d'indagine ovvero mantenerlo, in conformità con quanto previsto dall'articolo 21, paragrafo 3, della Direttiva in recepimento»; inserire una specifica disposizione con la quale si preveda che le richieste di riconoscimento e di esecuzione provenienti dall'autorità di emissione di altro Stato membro vengano trasmesse dal procuratore della Repubblica al Ministro della Giustizia, il quale – il più rapidamente possibile e comunque nel rispetto dei termini previsti dall'articolo 12 della Direttiva in recepimento – può pronunciarsi in senso contrario al riconoscimento ed all'esecuzione dell'ordine d'indagine nell'ipotesi in cui l'esecuzione dell'ordine di indagine possa recare pregiudizio alla sicurezza nazionale.

notifica specifici nei procedimenti concernenti la repressione della criminalità organizzata⁸¹.

Dopo aver raccolto i pareri e tenuto conto delle valutazioni espresse dai commissari, il Consiglio dei ministri del 16 giugno 2017 ha preso in esame definitivo il decreto legislativo 21 giugno 2017, n. 108⁸².

Questa fase finale è stata preceduta da un'attenta considerazione delle indicazioni e delle raccomandazioni pervenute dalle istituzioni competenti, rappresentando un momento cruciale nell'approvazione finale del decreto.

⁸¹ Sensibilità che ha trovato pronto riscontro nel testo definitivo: all'art. 4, riguardante le attribuzioni del pubblico ministero in fase di esecuzione; all'art. 27 in merito all'emissione dell'ordine di indagine.

⁸² Decreto legislativo 21 giugno 2017, n. 108, Norme di attuazione della Direttiva 2014/41/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 3 aprile 2014, relativa all'ordine europeo di indagine penale, pubblicato in G.U., Serie Generale, n. 162 del 13 luglio 2017, p. 4 e ss.

3.3. *Procedura Passiva: riconoscimento ed esecuzione dell'OEI.*

Se confrontato con la Direttiva, il Decreto si mantiene generalmente fedele, tuttavia, introduce significative innovazioni rispetto al sistema rogatorio vigente.

Queste innovazioni, che riguardano aspetti che vanno dalla competenza alla procedura di riconoscimento e all'esecuzione dell'Ordine Europeo di Indagine (OEI) emesso da un'autorità di altro Stato membro dell'Unione europea, rappresentano un passo significativo nell'evoluzione del quadro normativo.

Le disposizioni contenute nel Titolo I del Decreto legislativo, che trattano dei principi fondamentali e delle definizioni⁸³, rimangono sostanzialmente inalterate rispetto alla Direttiva e allo schema di decreto.

Tuttavia, un cambiamento importante riguarda l'introduzione della figura del Procuratore della Repubblica presso il Tribunale del capoluogo del distretto dove devono essere eseguiti gli atti richiesti. Questo organo interno assume la responsabilità della valutazione di ammissibilità e dell'esecuzione delle

⁸³ Le disposizioni di cui all'art. 2, comma 1 lett. a) corrispondono specularmente alla definizione di Autorità di emissione presente nell'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»; è stata inoltre inserita la previsione che nei casi specifici definiti dalla legge, 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». Tale previsione risponde alle necessità di alcuni Stati membri – quali il Belgio, la Germania, l'Ungheria – che prevedono la competenza dell'autorità amministrativa nell'elevazione di sanzioni in ambito fiscale, doganale e stradale la cui convalida, nelle rispettive leggi nazionali, affidata alle autorità giudiziarie competenti (il giudice istruttore per il Belgio, il Public Prosecutor presso il Landgericht per la Germania, il Procuratore Generale per l'Ungheria). A qualificarsi come autorità di emissione di un OEI saranno queste ultime autorità competenti alla convalida. L'Italia, al contrario, non ha ritenuto opportuno – come la Francia, l'Estonia, la Lituania, i Paesi Bassi – estendere l'utilizzabilità dello strumento agli accertamenti facenti capo alle proprie Autorità amministrative.

richieste dall'estero, sostituendo così la Corte d'appello, come previsto nei tradizionali meccanismi di assistenza giudiziaria.

Questa modifica mira a velocizzare le procedure, consentendo una comunicazione più diretta tra le autorità competenti per le attività investigative.

Inoltre, si prevede che questo nuovo approccio favorisca un coordinamento più efficiente e una maggiore tempestività nell'esecuzione degli atti richiesti, migliorando complessivamente l'efficacia della cooperazione giudiziaria tra gli Stati membri dell'Unione europea.

Le considerazioni precedentemente espresse mantengono la loro rilevanza nei casi in cui l'autorità di emissione richieda che l'esecuzione dell'atto sia effettuata dal giudice o quando ciò sia stabilito dalla legge italiana per lo specifico atto.

In tali circostanze, il Procuratore distrettuale competente può conferire al giudice per le indagini preliminari il potere di autorizzare l'esecuzione, seguendo le modalità previste per il procedimento in camera di consiglio⁸⁴.

Un'altra innovazione degna di nota è rappresentata dall'abolizione del ruolo precedentemente assegnato alla Corte di Cassazione nei casi in cui siano presentate richieste di assistenza che devono essere eseguite in diversi distretti⁸⁵.

⁸⁴ Anche detta previsione riflette, *mutatis mutandis*, quella contenuta nella norma interna di attuazione della Convenzione, specimen all'art. 8, comma 2 del D. Lgs. n. 52 del 2017: «Quando l'autorità richiedente chiede che l'atto sia compiuto dal giudice o quando l'atto richiesto deve essere compiuto, in attuazione dei principi fondamentali dell'ordinamento giuridico italiano, dal giudice, il Procuratore della Repubblica presenta la richiesta al giudice per le indagini preliminari. Il giudice provvede senza ritardo».

⁸⁵ Si vuol far riferimento all'art. 724, comma 1-bis c.p.p., secondo il quale «Quando la domanda di assistenza giudiziaria ha per oggetto atti che devono essere eseguiti in più distretti di corte d'appello, la stessa è trasmessa, direttamente dall'autorità straniera, o tramite il Ministero della giustizia o altra autorità giudiziaria italiana eventualmente adita, alla Corte di Cassazione, che determina secondo le forme previste dagli articoli 32, comma 1, e 127, in quanto compatibili, la corte d'appello competente, tenuto conto anche del numero di atti da svolgere e della tipologia ed importanza degli stessi con riferimento alla dislocazione delle sedi giudiziarie interessate»; il presente comma è stato abrogato

Si è quindi cercato di stabilire criteri definiti per individuare l'organo competente per l'esecuzione.

Questa responsabilità è stata affidata all'Ufficio del Procuratore competente per il maggior numero di atti da eseguire, oppure, in caso di parità, a quello del distretto dove gli atti investigativi presentano un maggiore grado di rilevanza.

Questo approccio assicura una maggiore continuità e concentrazione nell'attività di assistenza⁸⁶, contribuendo a migliorare l'efficienza e la tempestività complessiva del processo.

Per quanto attiene agli aspetti operativi, l'articolo 6 si concentra sulle procedure da seguire da parte dell'autorità di esecuzione al momento della ricezione di un Ordine Europeo di Indagine (OEI).

Il primo comma stabilisce che l'autorità di esecuzione debba comunicare⁸⁷ all'autorità di emissione, entro sette giorni, le modalità di esecuzione dell'atto, particolarmente quando norme interne impediscono di garantire la riservatezza sul contenuto e sui fatti alla base dell'ordine di indagine. In questi casi, il decreto fa riferimento a situazioni in cui è prevista la comunicazione immediata al Ministero della Giustizia di ogni ordine di indagine ricevuto e l'informazione al Procuratore nazionale antimafia e

dalla D. Lgs. n. 149 del 3 ottobre 2017, recante disposizioni di modifica del Libro XI del Codice di procedura penale in materia di rapporti giurisdizionali con autorità straniere.

⁸⁶ Nella Circolare si legge specificamente che «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 [secondo quanto previsto dall'art. 4, commi 5 e 7 del D. Lgs. n. 108 del 2017] presso il Procuratore della Repubblica che ha provveduto per l'OEI precedente». In maniera analoga dispone il D. Lgs. n. 52 del 2017 con riferimento alle richieste di assistenza collegate. Sia la norma di attuazione dell'OEI (art. 4, comma 6) che quella di attuazione della Convenzione (art. 8, comma 3 penultimo periodo) hanno assegnato «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».

⁸⁷ Ci si riferisce alla comunicazione di avvenuta ricezione realizzata attraverso l'utilizzo del modulo di cui all'allegato B) del decreto.

antiterrorismo, al fine di coordinare le indagini relative ai delitti di cui all'articolo 51, commi 3-bis e 3-quater del codice di procedura penale.

Il secondo comma affronta una procedura più dettagliata, la quale assegna al Procuratore della Repubblica il compito di emettere un decreto motivato di riconoscimento entro un periodo di 30 giorni, salvo i casi di rifiuto o restituzione⁸⁸. Questo periodo è considerato ordinario, ma può essere abbreviato in casi di urgenza o necessità, se tali circostanze sono evidenziate dall'autorità di emissione nella sezione B del modulo OEI.

Successivamente al riconoscimento, entro 90 giorni, sia il Procuratore della Repubblica che il giudice per le indagini preliminari⁸⁹ devono completare le formalità richieste nella sezione I del modello di OEI. Ciò significa che l'esecuzione dell'atto di indagine deve avvenire in conformità con le modalità specificamente richieste dall'autorità emittente, a condizione che tali modalità siano compatibili con i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico dello Stato e con le normative specifiche previste dal nostro sistema legale.

Finora si è osservato come l'OEI introduca una procedura ben strutturata tra le autorità giudiziarie competenti, garantendo il rispetto dei principi del

⁸⁸ In via cautelativa, il decreto ha previsto che l'autorità giudiziaria interna, prima di emettere un provvedimento di tenore negativo, è tenuta a dare tempestiva comunicazione del rilievo di motivi di rifiuto all'autorità di emissione, «al fine di rimuovere, ove possibile, il motivo di rifiuto, qualora ritenga probabile la sussistenza di condizioni formali e sostanziali che potrebbero condurre al rifiuto del riconoscimento» (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. Si vuole in questo caso favorire un dialogo anche preventivo fra le autorità competenti coinvolte in funzione del buon funzionamento e dei criteri di economicità delle risorse.

⁸⁹ Ovvero, secondo quanto riportato dall'art. 5 del Decreto, *“quando l'autorità di emissione chiede che l'atto sia compiuto dal giudice o quando l'atto richiesto deve essere compiuto, secondo la legge italiana, dal giudice» il Procuratore della Repubblica riconosce l'ordine di indagine e investe il giudice per le indagini preliminari del potere di esecuzione. Quest'ultimo autorizza l'esecuzione dopo aver accertato la sussistenza delle condizioni per il riconoscimento in camera di consiglio ai sensi dell'articolo 127, «salva l'osservanza delle forme espressamente richieste dall'autorità di emissione, sempre che non siano contrarie ai principi dell'ordinamento giuridico dello Stato”.*

giusto processo. È importante ora evidenziare due aspetti di tutela fondamentali: il primo riguarda la salvaguardia del diritto di difesa, mentre il secondo si concentra sul ruolo di controllo dell'autorità giudiziaria durante l'esecuzione dell'OEI.

Per quanto concerne il primo aspetto, quello relativo alla fase delle indagini preliminari nel contesto del nostro ordinamento giuridico, si evidenzia un delicato equilibrio tra la necessità di mantenere la riservatezza delle indagini condotte dal pubblico ministero, necessarie per formulare eventuali accuse, e il diritto del presunto imputato di difendersi dalle suddette accuse. Tale equilibrio ha portato il nostro sistema legale a implementare una serie di strumenti volti a conciliare queste due esigenze, tra cui spicca l'istituto dell'informazione di garanzia⁹⁰.

All'interno di questo scenario, è rilevante sottolineare la distinzione tra gli atti soggetti a garanzie più rigide, come l'interrogatorio o l'ispezione, per i quali è obbligatoria la presenza del difensore pena l'inutilizzabilità delle prove, e gli atti per i quali il difensore può assistere senza preavviso⁹¹, come nel caso delle perquisizioni e dei sequestri.

⁹⁰ Fra le principali iniziative del pubblico ministero determinanti vi è sicuramente l'invio dell'informazione di garanzia e di difesa ex artt. 369 e 369 bis c.p.p. Le attività di indagine, di norma coperte dal segreto – art. 329 c.p.p. – subiscono una parziale disclosure quando l'autorità giudiziaria deve compiere un atto, c.d. garantito, al quale cioè il difensore dell'indagato ha diritto di assistere. Per questi motivi la legge obbliga il pubblico ministero ad inviare un'informazione di garanzia, contenente l'indicazione sommaria dell'addebito provvisorio (data, luogo del fatto, norme violate); l'invito a nominare un difensore di fiducia e l'informazione che qualora l'indagato non provveda il pubblico ministero nominerà un difensore d'ufficio.

Gli atti ai quali la legge affida tale garanzia sono: l'interrogatorio, l'ispezione, il confronto. Anche la persona indagata, negli stessi casi in cui è prevista l'informazione di garanzia, deve essere informata dettagliatamente dei suoi diritti e delle sue facoltà esercitabili nel corso delle indagini preliminari, in particolare con riguardo alla necessità di avere difesa tecnica: ciò è permesso dalla notifica dell'informazione sul diritto di difesa ex art. 369-bis c.p.p. per ciò che riguarda la tempistica dell'informazione di garanzia, ex art. 369 c.p.p., e la tempistica dell'informazione alla persona sottoposta alle indagini sul diritto alla difesa, ex art. 369-bis c.p.p., mentre la prima deve essere emessa contestualmente a quando si procede ad un cd. atto a sorpresa, la seconda deve esserlo prima dell'invito a rendere interrogatorio o, comunque, prima del compimento di un atto di indagine cui il difensore abbia diritto di assistere, a pena di nullità degli atti successivi.

⁹¹ Di cui all'art. 365 c.p.p.:

Questa distinzione ha riflessi anche sulla procedura di esecuzione dell'OEI, soprattutto durante la fase del riconoscimento: il decreto di riconoscimento deve essere notificato al difensore prima dell'esecuzione degli atti di indagine previsti dalla legge interna, mentre per gli altri atti il decreto deve essere notificato al momento dell'esecuzione o immediatamente dopo. Queste comunicazioni sono regolate dall'articolo 4, comma 4 e 8, del Decreto e avvengono mediante il deposito dei verbali degli atti d'indagine⁹² presso la segreteria del pubblico ministero.

Per quanto riguarda il secondo aspetto, vale la pena approfondire ulteriormente. Nonostante l'eliminazione di una fase di approvazione da parte dell'autorità giudiziaria, la necessità di garantire la verifica di una serie di requisiti formali e sostanziali⁹³ rimane cruciale. Questo controllo esercitato dall'autorità giudiziaria durante l'esecuzione dell'OEI è fondamentale per assicurare la protezione dei diritti dell'imputato.

Il Decreto, come spiegato (anche) nella Circolare del 26 ottobre 2017, si impegna ad eliminare ogni potenziale rischio di pregiudizio. Ciò si traduce in tre aspetti chiave:

«1. Il pubblico ministero, quando procede al compimento di atti di perquisizione o sequestro, chiede alla persona sottoposta alle indagini, che sia presente, se è assistita da un difensore di fiducia e, qualora ne sia priva, designa un difensore di ufficio a norma dell'articolo 97 comma 3.

2. Il difensore ha facoltà di assistere al compimento dell'atto, fermo quanto previsto dall'articolo 249.

3. Si applicano le disposizioni dell'articolo 364 comma 7.»

⁹² Questa disciplina è contenuta all'art. 4, comma 4 e 8 del decreto che richiama la disciplina dell'art. 366, comma 1 c.p.p, secondo il quale «i verbali degli atti compiuti dal pubblico ministero e dalla polizia giudiziaria ai quali il difensore ha diritto di assistere, sono depositati nella segreteria del pubblico ministero entro il terzo giorno successivo al compimento dell'atto, con facoltà per il difensore di esaminarli ed estrarne copia nei cinque giorni successivi. Quando non è stato dato avviso del compimento dell'atto, al difensore è immediatamente notificato l'avviso di deposito e il termine decorre dal ricevimento della notificazione».

⁹³ Lo si è visto – e ciò è confermato dai rilievi effettuati dalla Circolare del 26 ottobre – in particolare in quella fase interlocutoria, precedente al riconoscimento, nella quale, alla verifica di una serie di requisiti formali e sostanziali, eventuali mancanze daranno 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».

1. L'obbligo di verificare la legittimità dell'autorità emittente (art. 10, comma 3) e la valutazione obbligatoria della conformità rispetto al principio di proporzionalità (art. 7).
2. La definizione dei motivi di rifiuto e restituzione (art. 10), che richiede di respingere il riconoscimento o l'esecuzione dell'OEI per tutti i motivi specificati in modo esplicito dall'articolo 11 della Direttiva.
3. Il rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale e della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, relativi ai diritti fondamentali, alle libertà e al giusto processo (art. 1). Questo garantisce che le procedure siano conformi agli standard di tutela dei diritti umani e dei principi democratici.

Nel contesto della sua implementazione interna, permane la responsabilità dell'autorità giudiziaria di esaminare la conformità legale dell'atto richiesto o ordinato dall'autorità straniera. Per quanto riguarda il primo aspetto, riguardante la verifica condotta dall'autorità emittente autorizzata, questa si attua attraverso un controllo di coerenza, confrontando le informazioni fornite con le dichiarazioni che gli Stati membri sono tenuti a comunicare secondo l'articolo 33, lettera a), della Direttiva⁹⁴. Queste informazioni includono il tipo di procedura per cui è stato emesso l'OEI, i dettagli dell'autorità che lo ha emesso e quelli relativi all'autorità giudiziaria che ha approvato l'OEI. L'importanza di questa verifica non può essere

⁹⁴ 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 14 dicembre 2017 e reperibile sul sito della Rete Giudiziaria Europea (<https://www.ejnforum.eu/cp/registry-files/3339/Competent-authorities-and-languages-accepted-EIO-14-December-2017.pdf>)

sottovalutata, poiché l'assenza di legittimità costituisce una ragione sufficiente per la restituzione dell'OEI⁹⁵.

Per quanto riguarda il principio di proporzionalità⁹⁶, stabilito dall'articolo 7 del Decreto, si osserva che tale principio è frequentemente citato nella Direttiva 2014/41/UE⁹⁷ chiarire. In particolare, l'articolo 6, lettera a, e l'articolo 10, paragrafo 3, stabiliscono una doppia verifica della proporzionalità sia nel momento in cui viene emesso un provvedimento sia nella sua fase di implementazione. Questi articoli richiedono che le autorità del paese che esegue il provvedimento e quelle del paese che lo ha emesso si consultino in caso emergano possibili situazioni di violazione della proporzionalità. Ad esempio, durante la fase di attuazione, l'autorità

⁹⁵ Come determinato dall'art. 10, comma 3 del Decreto. Discorso inverso è invece quello che attiene alla lingua utilizzata. Sebbene il considerando numero 14 della Direttiva 2014/41/UE avesse incoraggiato l'utilizzo di almeno una lingua dei Paesi membri diversa da quella nazionale non è stato nel nostro ordinamento – così come in Francia e in Germania – recepita tale indicazione. È stato invece notificato, ai sensi dell'art. 33 §1, una dichiarazione nella quale si ammette esclusivamente l'uso della propria lingua nazionale. Le ragioni di tale decisione sono state rintracciate nella necessità di garantire il rispetto dei termini assegnati per i provvedimenti di competenza dell'autorità di esecuzione e nella necessità di ridurre i costi di traduzione e il dispendio di risorse di queste procedure, che ricadono sullo Stato di esecuzione ai sensi dell'art 15 del decreto attuativo. L'implicito grimaldello utilizzato dagli Stati membri è stato anche la mancata tipizzazione del regime linguistico come motivo di rifiuto. Seppur introdotto come un requisito dell'OEI, il regime linguistico, anche secondo la Circolare ministeriale, è da intendersi comunque in maniera flessi, residuandosi spazi di manovra nell'ambito delle interlocuzioni pre-riconoscimento: «l'autorità giudiziaria italiana ricevente potrà tanto richiedere all'Autorità emittente di conformare l'atto al regime linguistico accettato dallo Stato, quanto disporre la traduzione laddove l'attività richiesta risulti urgente e/o la traduzione non risulti particolarmente complessa e dispendiosa».

⁹⁶ Il contenuto del principio di proporzionalità è chiaramente rappresentato dall'art. 52, comma 1 della Carta di Nizza. Tale principio perseguendo le «finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione» o «l'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui» impone di valutare che ogni limitazione di un diritto fondamentale commisurata al rispetto del contenuto essenziale del diritto stesso. Da ciò deriva l'impossibilità di una negazione totale di un diritto fondamentale, la cui limitazione deve essere strettamente necessaria, non esistendo alternative meno invasive ugualmente capaci di assicurare l'obiettivo perseguito.

⁹⁷ L'articolo 7 della Direttiva 41/2014, implementa il principio di proporzionalità delineato dall'articolo 6, paragrafo 1, della direttiva. Introduce un controllo di proporzionalità da parte dell'autorità di esecuzione per garantire che la raccolta transnazionale delle prove tramite l'ordine europeo di indagine avvenga in modo equilibrato, evitando bilanciamenti non ragionevoli tra le esigenze investigative e i diritti dell'accusato o di altre persone coinvolte in un procedimento penale. L'autorità di esecuzione deve verificare in ogni caso che le attività investigative indicate nell'ordine europeo di indagine arrechino un pregiudizio ai diritti fondamentali solo nella misura strettamente necessaria, senza tuttavia comprometterne il nucleo essenziale.

incaricata può decidere di adottare una misura alternativa a quella originariamente ordinata se questa si rivela meno invasiva e comunque efficace per conseguire l'obiettivo prefissato⁹⁸.

Dal punto di vista sostanziale, l'articolo 7 del Decreto incorpora il principio di proporzionalità attraverso un'analisi specifica della “funzionalità e non ridondanza dell'atto richiesto”. Un atto è considerato sproporzionato quando la sua attuazione comporta un “sacrificio ingiustificato” dei diritti e delle libertà dell'indagato o di altre persone implicate nell'azione richiesta. Questo sacrificio è definito ingiustificato quando non è sostenuto dalle necessità investigative o probatorie specifiche del caso, considerando la gravità dei reati in questione e le relative pene previste. La norma è orientata a preferire, come criterio generale, l'opzione che comporta le conseguenze meno severe rispetto all'obiettivo da raggiungere⁹⁹.

Sul piano pratico-operativo, nonostante sia impossibile rifiutare completamente – salvo nei casi in cui non vi siano mezzi alternativi praticabili, la mancanza del mezzo richiesto secondo la legge nazionale, o la mancanza dei requisiti previsti dall'Ordine Europeo di Indagine (OEI), come specificato all'articolo 9, comma 3 del Decreto– anche in queste circostanze si preferisce il dialogo tra le autorità competenti come momento adatto per esprimere dubbi fondati sulla sproporzione, per negoziare l'uso di mezzi alternativi meno invasivi¹⁰⁰, o, nei casi più gravi, per suggerire il ritiro

⁹⁸ Pur sussistendo un generale principio di tassatività dei motivi di rifiuto, l'art 11 della Direttiva prevede che «l'autorità di esecuzione dovrebbe avere la facoltà di optare per un atto di indagine meno intrusivo di quello richiesto dell'OEI interessato qualora consenta di ottenere risultati analoghi».

⁹⁹ È chiaro, analizzando i vari documenti dalla Direttiva al Decreto, che l'intento della disposizione in questione è quello di limitare l'uso di misure invasive e onerose per gli Stati incaricati della loro esecuzione, come indicato anche nella Circolare ministeriale. Questo obiettivo, sottolineato nei riferimenti all'articolo 21 della Direttiva e all'articolo 15 del decreto attuativo, mira a prevenire l'impiego sproporzionato di tali strumenti per il perseguimento di reati di minore entità.

¹⁰⁰ Secondo quanto stabilito dall'articolo 9, comma 2, “dopo un'intesa con l'autorità che ha emesso l'ordine, l'esecuzione può avvenire tramite l'adozione di uno o più interventi alternativi che siano comunque efficaci per ottenere lo stesso risultato, anche in casi dove l'ordine di indagine non sembra proporzionato, come definito dall'articolo 7”.

dell'OEI o l'emissione di un nuovo ordine che rispetti le osservazioni dell'autorità di esecuzione.

Si è osservato che, qualora il principio di proporzionalità diventi il nucleo essenziale per la validità formale di un atto investigativo o probatorio, esso può costituire un motivo “autosufficiente” per il rifiuto dell'atto¹⁰¹. Per quanto riguarda le basi per il rifiuto e la restituzione, l'articolo 10 della Direttiva sottolinea l'obbligo di rifiuto degli Ordini Europei di Indagine (OEI) nei casi identificati dall'articolo 11 della Direttiva, difetti quali:

1. l'incompletezza, evidenti errori, incoerenza o incongruità delle informazioni nell'OEI¹⁰²: questa ragione rappresenta una novità rispetto al testo della Direttiva e non è prevista da essa. Tuttavia, si ritiene che tale motivo sia applicabile solo nei casi limitati in cui tali difetti siano cruciali e non sia stato possibile risolverli attraverso il dialogo per integrare, chiarire o correggere l'OEI.
2. Supposta violazione di specifiche forme di immunità che impediscono l'azione penale ordinaria contro l'accusato: la circolare ministeriale specifica situazioni ben definite, come l'immunità che non può essere revocata o che non è di competenza delle autorità dello Stato di esecuzione¹⁰³ per essere revocata.

¹⁰¹ Sul punto la Circolare, richiamando la stretta selezione dei serious crimes per i quali l'art. 266 cod. proc. ammette il ricorso alle intercettazioni, fa notare come non sia permessa l'elusione di queste norme interne di fronte alla necessità di esecuzione dell'OEI. Allo stesso tempo, il sindacato sulla proporzionalità da parte dell'autorità di esecuzione deve ritenersi escluso quando si tratti di uno degli atti non elencati all'art. 9, comma 5 del Decreto per i quali opera, «una regola di incondizionata disponibilità verso lo Stato di emissione».

¹⁰² Così esplicitato dalla lettera a) dell'art. 10: «l'ordine di indagine trasmesso risulta incompleto ovvero le informazioni in esso contenute sono manifestamente erranee o non corrispondenti al tipo di atto richiesto».

¹⁰³ La Circolare si sofferma soprattutto sulla figura del parlamentare al quale sono garantite diverse forme di immunità; la più importante quella riguardante l'insindacabilità delle opinioni espresse o dei voti dati dal parlamentare stesso, costituzionalmente riconosciuta dall'art. 68, comma 1. In questi casi, l'art. 9, comma 4 assegna al Procuratore della Repubblica distrettuale il compito – artt. 343 e 344 c.p.p. e art. 111 disp. att. c.p.p. – di richiedere l'autorizzazione a procedere; limitatamente alle ipotesi in cui l'ostacolo procedurale possa essere efficacemente rimosso dalle autorità italiane (per esempio,

3. Rischio per la sicurezza nazionale: questo aspetto, tradizionalmente esaminato dal Ministro della Giustizia nelle richieste di cooperazione giudiziaria internazionale, è ora interpretato in senso stretto come descritto dall'articolo 11, lettera b), paragrafo 1 della Direttiva.
4. Violazione del principio del ne bis in idem, ovvero il divieto di giudicare nuovamente una persona per gli stessi fatti se già definitivamente giudicata: questa disposizione è simile a quella nella normativa di attuazione della Decisione quadro 2009/829/GAI, e offre una protezione riconosciuta sia nel diritto interno che in quello europeo¹⁰⁴, proteggendo chi è stato già giudicato in modo irrevocabile.
5. Incompatibilità con i principi e i diritti fondamentali delineati nella Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, consolidati dall'articolo 6 del TUE: questo motivo riflette un criterio più ampio di aderenza dell'OEI ai principi fondamentali.
6. Problemi sostanziali relativi al fatto che l'OEI riguarda un atto non punito come reato nel diritto italiano, indipendentemente dalla sua classificazione legale nello Stato emittente: questo motivo è particolarmente tecnico e si concentra sul principio della doppia

per i reati previsti dall'art. 313 c.p.). Solo all'esito negativo di tale richiesta all'autorità competente all'autorizzazione, potrà essere opposto il rifiuto all'esecuzione.

¹⁰⁴ Secondo l'interpretazione estensiva data dalla Commissione europea e la stessa Corte di giustizia, ritenendo 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», sia nel relativamente alla trasposizione di fonti UE sia nel caso in cui si stiano adottando misure in deroga a tali obblighi (di cui alle massime della Corte di Giustizia europea del 29.5.1997, caso Kremzov; del 22/11/2005, caso Mangold; 19.1.2010, caso Kucukdeveci; 26.2.2013, caso Akerberg). Allo stesso modo, dovranno essere ricompresi i reati riconducibili alla protezione degli interessi finanziari dell'Unione (Convenzione del 26 luglio 1995), i reati di corruzione, quelli riguardanti il traffico di stupefacenti e in generale tutte le altre materie che possono essere contemplate, anche in via interpretativa, dall'art. 83 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE).

incriminazione¹⁰⁵, essendo il criterio più complesso e significativo da valutare. La Corte di Cassazione ha precedentemente stabilito che è sufficiente che l'atto sia punito come reato in entrambi i sistemi legali coinvolti, indipendentemente da eventuali differenze nella definizione del reato o nelle sanzioni applicabili.

Questi motivi di rifiuto devono essere distinti dalle disposizioni degli articoli 9 e 11 della Direttiva.

In particolare, mentre i motivi finora elencati derivano da mancanze formali o sostanziali prescritte dalla Direttiva per il rifiuto di un OEI, l'articolo 9 del Decreto definisce una situazione differente.

Al comma 3, questo articolo contempla un caso specifico di rifiuto come ultima risorsa, applicabile solo quando l'atto di indagine richiesto non esiste nel nostro sistema legale, anche se l'OEI¹⁰⁶ non presenta i requisiti che il diritto interno richiederebbe per la sua realizzazione.

Al di fuori di questa eccezione, l'articolo 9 del Decreto introduce cinque categorie di atti investigativi che, se richiesti tramite un OEI, non possono

¹⁰⁵ Il principio della doppia incriminazione, che pure ha rappresentato un principio cardine in materia di estradizione, è stato di recente oggetto di chiarificazione nell'ambito della cooperazione giudiziaria in materia penale con la pronuncia della Corte di Giustizia dell'Unione europea Sez. III, sentenza 11 gennaio 2017, Grundza, causa C-289/15. In occasione di tale pronuncia è stata riaffermata la necessità di un approccio flessibile nell'applicazione di tale principio che esuli dalla corrispondenza esatta tra le componenti del reato o l'identità di denominazione; tale principio, costituendo un'eccezione alla regola del principio di reciproco riconoscimento, deve essere sottoposto ad una interpretazione restrittiva del motivo di rifiuto per limitare i casi di non riconoscimento e di non esecuzione. Per un approfondimento sul tema si segnalano il contributo di M. CASTELLANETA, Doppia incriminazione e riconoscimento di una sentenza di condanna: precisazioni da Lussemburgo, in www.marina.castellaneta.it, 1 febbraio 2017; e il contributo di A. C. VISCONTI, *Un intervento chiarificatore in materia di doppia incriminabilità nel contesto della cooperazione giudiziaria in materia penale*, in *DPCE on line, Note e commenti*, n. 2, 2017, p. 397 e ss.

¹⁰⁶ Sebbene all'art. 11, lett. h) della Direttiva, il motivo generale di rifiuto opposto in virtù del superamento dei limiti categoriali o delle soglie edittali entro le quali l'ordinamento interno consente il ricorso a un determinato atto di indagine non abbia subito una trasposizione pedissequa anche nell'art. 10 del Decreto attuativo, esso troverà tutela nelle previsioni dell'art. 9, comma 3, prevalendo non già l'irrelevanza di tali limiti di ammissibilità, ma, come conferma la Circolare ministeriale, la «scelta di specializzare la sedes materiae».

essere rifiutati in alcun caso. Questi atti, generalmente meno invasivi e spesso già disponibili attraverso procedimenti giudiziari ordinari nel Paese di esecuzione, includono: l'acquisizione di verbali di procedimenti precedenti; l'accesso a informazioni in banche dati disponibili per le autorità giudiziarie; le testimonianze di persone informate, testimoni, consulenti o periti, vittime, indagati o imputati presenti sul territorio; atti investigativi che non influenzano la libertà personale o il diritto alla privacy domiciliare; e l'identificazione di titolari di specifici numeri telefonici, indirizzi email o indirizzi IP.

La Direttiva, così come riportato nell'articolo 10, stabilisce chiaramente che, tranne nei casi eccezionali citati, il rifiuto di un OEI può avvenire solo se l'autorità emmissiva rifiuta di modificare l'atto investigativo come richiesto dall'autorità di esecuzione, oppure se non è possibile trovare alternative praticabili per eseguire l'atto investigativo specificato nell'OEI¹⁰⁷.

¹⁰⁷ Anche in questo caso, il ruolo del Procuratore della Repubblica sarà quella di mediatore fra l'autorità emittente e le norme di diritto dell'ordinamento italiano: dovrà prima consultare l'autorità di emissione, renderla edotta degli impedimenti di carattere giuridico e proporle «il compimento di uno o più atti diversi». L'impossibilità sopra citata sarà dunque misurata in primo luogo dalla compatibilità dello strumento con i casi previsti dalla legge interna; in secondo luogo, con la capacità dei diversi strumenti proposti di essere «comunque idonei al raggiungimento del medesimo scopo». La Circolare Ministeriale regola poi, a margine della sezione riguardante l'art. 9, ipotesi specifiche di rifiuto del riconoscimento a titolo esemplificativo, quali: il trasferimento temporaneo nello Stato di emissione a fini investigativi di persone detenute, regolato dall'art. 16 del D. Lgs., nell'ipotesi in cui difetti del consenso della persona detenuta ovvero quando il trasferimento può determinare un prolungamento della detenzione del trasferito; l'audizione mediante videoconferenza o altra trasmissione audiovisiva della persona sottoposta a indagini o dell'imputato, regolata dall'art. 18 del D. Lgs., nell'ipotesi in cui questi neghi il consenso; le operazioni sotto copertura, la cui previsione è contenuta all'art. 21 del D. Lgs., quando queste non siano previste in un caso interno analogo, e che andrà individuato dalle disposizioni dell'art. 9 della legge n. 146 del 16 marzo 2006, (richiamato dallo stesso art. 21, al comma 1); nella più generale ipotesi in cui non sia stato possibile raggiungere un accordo con l'autorità di emissione sulle modalità delle operazioni.

È importante sottolineare che, prima di procedere con un rifiuto, deve esserci un dialogo diretto tra le autorità competenti.

In secondo luogo, l'articolo 11 della Direttiva introduce una categoria speciale di eccezione legata alla doppia incriminazione, dove il motivo di rifiuto delineato nell'articolo 10, comma 1, lettera f), non è applicabile. Questa categoria include un elenco di 32 tipi di reati, ripresi dall'allegato D della Direttiva, che se puniti nello stato che emette l'OEI con una pena massima non inferiore a tre anni o con misure di sicurezza detentive, obbligano il paese esecutore ad assistere indipendentemente dalla doppia incriminazione.

Questo crea una sorta di uniformità forzata in situazioni dove alcuni stati membri potrebbero non essere ancora allineati riguardo le leggi specifiche di certi reati.

La selezione di questi reati conferma nozioni simili già utilizzati per altri strumenti di mutuo riconoscimento e riflette l'incoraggiamento del legislatore della Direttiva, che nel considerando n. 26 suggerisce un'interpretazione coerente di questi elenchi basata sugli strumenti esistenti di riconoscimento reciproco. Anche la giurisprudenza interna, trattando disposizioni simili relative al mandato d'arresto europeo, ha interpretato queste liste non come una qualifica giuridica specifica del fatto, ma piuttosto come una classificazione descrittiva basata sulla necessità di chiarire l'oggetto del procedimento penale tra sistemi giuridici diversi dell'Unione europea¹⁰⁸.

Riguardo al terzo aspetto critico precedentemente menzionato, che concerne il rispetto dei principi costituzionali e della Carta dei Diritti Fondamentali

¹⁰⁸ I passaggi della Circolare ministeriale qui citati prendono per buone le considerazioni fatte in materia dalla giurisprudenza di legittimità: Cass. VI Penale, sentenza del 14/10/2014, Gonzales, *in C.e.d.*, n. 43536, *spec. Punto 3.2 del considerato in diritto*.

dell'Unione Europea, in particolare i diritti fondamentali e il giusto processo, è interessante notare come questi governino l'intera procedura, ma in particolare due decisioni che rimangono di competenza dell'autorità interna. Oltre alla verifica della legittimità dell'autorità emittente e alla valutazione della proporzionalità e delle situazioni di rifiuto, spetta all'autorità interna anche decidere sulla partecipazione dell'autorità emittente e sul possibile rinvio del riconoscimento o dell'esecuzione.

La prima decisione prevede che, in assenza della formazione di una squadra investigativa comune, l'autorità emittente possa richiedere di partecipare seguendo procedure specifiche indicate nell'OEI; su queste modalità si valuteranno anche le implicazioni sui diritti fondamentali e sulla libertà di processo, senza trascurare i principi del diritto interno e gli interessi essenziali della sicurezza nazionale.

La seconda decisione riguarda il possibile rinvio del riconoscimento o dell'esecuzione per tutelare esigenze giuridiche interne¹⁰⁹ prioritarie, e richiede una comunicazione motivata all'autorità emittente con l'impegno di eseguire l'OEI non appena le circostanze che hanno causato il rinvio cessano. Il trasferimento delle prove ottenute tramite l'OEI avviene senza ritardi da parte dell'autorità emittente, che le consegna direttamente o tramite modalità concordate.

Una novità è l'introduzione del rimedio dell'opposizione contro la decisione di riconoscimento, procedura non prevista nei sistemi rogatoriali precedenti¹¹⁰.

¹⁰⁹ Ciò si è reso ancor di più necessario con l'esclusione della funzione che nel sistema rogatorio era stato affidato alla Corte d'appello e al suo provvedimento sospensivo, secondo l'art. 724, comma 5-bis c.p.p.

¹¹⁰ Cass., Sez. III Penale, sentenza del 14 aprile 1999, n. 1365 aveva già definito non impugnabile il provvedimento con il quale, ex art. 724 c.p.p., la Corte d'appello dichiara esecutiva la rogatoria internazionale in virtù del principio della tassatività delle impugnazioni. Era piuttosto esperibile ex art. 666 c.p.p. l'incidente d'esecuzione contro gli atti d'esecuzione della rogatoria per mancanza dei requisiti formali e sostanziali.

Questo permette all'accusato o al difensore di impugnare la decisione entro cinque giorni dalla notifica, davanti al giudice per le indagini preliminari.

La decisione su tale opposizione sarà basata sui motivi di rifiuto specificati, escludendo valutazioni sul merito che ha portato all'emissione dell'OEI¹¹¹ e non avendo effetti sospensivi, se non in casi dove il trasferimento potrebbe danneggiare i soggetti coinvolti.

¹¹¹ 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 impugunate soltanto mediante un'azione introdotta nello Stato di emissione, fatte salve le garanzie dei diritti fondamentali nello Stato di esecuzione». Il decreto legislativo n. 149 del 3 ottobre 2017, 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 (sui 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. È in ogni caso assicurato il rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento giuridico dello Stato»». Coerente è la previsione dell'art. 696-novies (in materia di 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'art. 696-quinquies».

3.4. *La procedura attiva: emissione e trasmissione dell'OEI.*

Il Terzo Titolo del Decreto, comprende gli articoli dal 27 al 46, regola la cosiddetta procedura attiva, ovvero il processo che le autorità giudiziarie italiane devono seguire per emettere un ordine di indagine destinato ad essere eseguito in un altro paese dell'Unione Europea. Questa sezione delinea quale autorità italiana ha la competenza per emettere tale ordine, il suo campo di applicazione, i dettagli del contenuto dell'ordine, le forme di intervento dell'autorità italiana durante l'esecuzione dell'ordine, e le procedure di invio dell'ordine stesso. Prima di esaminare l'aspetto che risulta di maggiore rilevanza è opportuno sottolineare come anche il Titolo III si concentri sulla specificazione di quale autorità giudiziaria sia competente a emettere l'ordine.

L'articolo 27 del Decreto specifica che sono legittimati all'emissione di un OEI il pubblico ministero e il giudice, ciascuno nell'ambito delle proprie funzioni¹¹². A questi soggetti è poi affidato il compito di inviare l'ordine

¹¹² La normativa deve essere collegata specificamente alle varie fasi del processo interno in cui potrebbe sorgere la necessità di assistenza giudiziaria da parte di un altro Stato membro. In questo contesto, la responsabilità di emettere ordini durante le indagini preliminari, comprese quelle azioni che richiedono un controllo giurisdizionale preventivo come le intercettazioni, spetta al pubblico ministero. Questo non cambia nonostante l'eventuale coinvolgimento incidentale del giudice delle indagini preliminari, come indicato dall'articolo 43 del decreto.

D'altro canto, spetta al giudice emettere ordini relativi a prove nelle fasi del processo strettamente giudiziarie, di cui lui ha piena autorità: per esempio, durante l'udienza preliminare, per compiere atti di integrazione probatoria come previsto dall'art. 422 del codice di procedura penale; nei riti speciali che implicano attività integrative istruttorie, come il giudizio abbreviato, nei casi specificati dall'art. 441, comma 5, del c.p.p.; e nel corso del giudizio dibattimentale ordinario. Benché l'articolo 27, comma 1, assegni al giudice il compito di emettere l'ordine di indagine dopo aver consultato le parti, questa consultazione preventiva non si rende necessaria nella fase dibattimentale, poiché il contraddittorio è già stato stabilito.

In termini di ambito oggettivo, il riferimento generale al procedimento penale permette di includere tra coloro che possono emettere ordini: il giudice penale di esecuzione, che necessita di acquisire documenti o informazioni in base agli articoli 666, comma 5, o 667, comma 1, del c.p.p.; e la magistratura di sorveglianza, riguardo alla raccolta di documenti essenziali per una valutazione comprensiva della situazione del detenuto, ad esempio in vista dell'assegnazione di benefici o misure alternative.

direttamente all'autorità di esecuzione, sia che si tratti di un procedimento penale, sia di misure preventive per il patrimonio¹¹³.

Per quanto riguarda il contenuto, esso può attenersi alla lista specificata nell'articolo 30 del Decreto, che trova una fedele corrispondenza nel formato dell'Ordine Europeo di Indagine (OEI) incluso nell'Allegato A; inoltre, gli stessi dettagli sono precisati dalla Circolare ministeriale. Per un'emissione adeguata, l'OEI deve includere tutte le seguenti informazioni essenziali:

1. Dettagli sull'autorità emittente, includendo il nome dell'ufficio che emette l'ordine, le informazioni di contatto per facilitare una comunicazione diretta, il nome del magistrato responsabile, il numero del fascicolo del procedimento e la lingua utilizzata per la comunicazione;
2. La definizione dello scopo e le motivazioni alla base dell'OEI, accompagnate da una descrizione concisa dell'indagine o degli obiettivi probatori da raggiungere - come indicato rispettivamente nelle lettere a) ed e) dell'art. 30 - dettagliate nella sezione C del modulo, anche attraverso la selezione di specifiche voci relative a categorie di atti esclusi dai motivi generali di rifiuto, poiché possono essere soggetti a condizioni particolari di riconoscimento o esecuzione;

¹¹³ 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.

3. Informazioni necessarie per identificare la persona o le persone coinvolte nell'atto richiesto: questo include l'identificazione sia di persone fisiche che giuridiche, il loro ruolo nel procedimento, e il luogo specifico dove si svolgerà l'atto investigativo;
4. Una descrizione sommaria del reato oggetto di procedimento e delle leggi violate, per permettere di verificare immediatamente se il reato rientra in una delle categorie che non necessitano la verifica di doppia incriminabilità, secondo l'articolo 11 della Direttiva - questa descrizione è da inserire compilando le informazioni nella sezione G del modello.

Se necessario, si possono aggiungere ulteriori dettagli per soddisfare le richieste più specifiche dell'autorità che eseguirà l'ordine o semplicemente seguendo la sequenza di compilazione del modulo annesso al Decreto¹¹⁴.

Per quanto riguarda l'invio successivo dell'OEI, il Decreto permette la trasmissione attraverso qualsiasi mezzo capace di garantire una prova scritta che certifichi l'inaffidabilità e l'autenticità dell'origine, come stabilito dalla Direttiva. Anche se la Direttiva aveva promosso l'uso della Rete giudiziaria europea durante la fase di trasmissione dell'OEI, e il comma 2 dell'art. 32 del Decreto consente l'invio dell'OEI e di ogni comunicazione pertinente tramite tale rete, la Circolare ha evidenziato come, durante le riunioni periodiche della Rete, il corrispondente nazionale abbia raccolto informazioni che scoraggiano lo Stato dall'utilizzare tale strumento¹¹⁵. Per

¹¹⁴ Ci si riferisce in questo caso a quelle informazioni integrative: attinenti all'urgenza, della quale dovrà darsi adeguata indicazione e motivazione, nonché alla specificazione del termine entro il quale dovrà essere eseguito l'atto; riguardanti le indicazioni richiamate dall'art. 34 del Decreto e riguardanti il collegamento del presente OEI con un OEI precedente, dettagliatamente individuato con i numeri protocollo attribuito dalle autorità di esecuzione, data di emissione; in merito all'espressa volontà di partecipare alle procedure di esecuzione dell'OEI dell'autorità giudiziaria italiana di emissione, nei termini descritti dall'art. 29, commi 1 e 2 del Decreto.

¹¹⁵ Il riferimento citato è stato estrapolato dalla Circolare ministeriale. Sebbene non sia stato possibile rintracciare dei resoconti stenografici delle riunioni, forse in attesa della pubblicazione della relazione annuale relativa all'anno 2017, può comunque essere utile la lettura della Relazione annuale relativa

questi motivi, il comma 3 attribuisce ai punti di contatto della Rete giudiziaria europea, situati in ogni distretto di Corte d'appello, il compito di assistere nella localizzazione dell'autorità di esecuzione competente per lo Stato membro destinatario dell'OEI¹¹⁶.

È importante evidenziare che il numero significativo di supporti all'autorità emittente per identificare il corrispondente estero incaricato dell'esecuzione non dovrebbe essere considerato eccessivo: l'abolizione della verifica ministeriale ha indubbiamente facilitato un contatto diretto, ma ha anche reso meno chiara la procedura per determinare il destinatario dell'OEI. Questo scenario è ulteriormente complicato da altri due fattori.

Da un lato, la variabilità nelle decisioni prese dagli Stati membri nella fase di attuazione della Direttiva ha reso necessario introdurre servizi ad hoc. Ad esempio, alcuni Stati hanno deciso di separare le autorità responsabili per la ricezione dell'OEI da quelle incaricate del suo riconoscimento ed esecuzione. Altri paesi hanno invece designato autorità diverse per la ricezione e/o esecuzione basandosi sul tipo di misura investigativa o probatoria richiesta, sull'urgenza dell'atto, o sul tipo di reato in questione.

Dall'altro lato, non tutti gli Stati membri hanno scelto di implementare l'articolo 7, comma 3, della Direttiva secondo le modalità stabilite dal legislatore italiano, che ha istituito un ufficio ad hoc presso il Ministero della

all'anno 2016, pubblica sul sito istituzionale di Eurojust, a cura del membro nazionale F. SPIEZIA, *L'attività del Desk Italiano di Eurojust per l'anno 2016*, 15 febbraio 2017.

¹¹⁶ 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 istituzionale della Rete giudiziaria europea (specimen il prospetto informativo 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 *Judicial Atlas* dello stesso sito la cui affidabilità risente però della tempestività delle operazioni di aggiornamento rimesse ai corrispondenti dei diversi Stati membri. Preziosi servizi di supporto informativo potranno essere offerti dal Desk italiano di Eurojust e dai corrispondenti nazionali di Eurojust (presenti presso le Procure generali di ciascuna Corte d'appello).

Giustizia come autorità centrale, dedicato esclusivamente a fornire supporto informativo. Questo permette all'autorità giudiziaria italiana di comunicare direttamente con le autorità di emissione degli altri Stati membri. In alcuni paesi, la particolare configurazione istituzionale ha portato alla nomina di molteplici autorità centrali, differenziate a seconda dell'area geografica di esecuzione.

Definite le procedure di emissione e trasmissione, è di notevole interesse esaminare i diritti della difesa durante la fase di emissione dell'OEI. Sebbene la protezione dei diritti dell'imputato sia principalmente garantita dalla possibilità di utilizzare l'atto nel procedimento nazionale, come previsto dagli articoli 29 e 33 del Decreto, è importante anche considerare i diritti standard quali l'accesso alle informazioni sulle indagini in corso o future e il diritto di impugnare un atto ritenuto dannoso. Un elemento particolarmente innovativo, come già accennato nel capitolo precedente, è l'ampliamento dei soggetti tradizionalmente legittimati alla cooperazione giudiziaria penale, ovvero la possibilità per il difensore dell'accusato di richiedere l'emissione di un OEI per ottenere prove, "nel quadro dei diritti della difesa applicabili conformemente al diritto e alla procedura penale nazionale" (articolo 1, paragrafo 3 della Direttiva). Tale richiesta, a seconda della fase del procedimento in cui si trova, dovrà essere indirizzata al giudice o al pubblico ministero¹¹⁷ e includere una descrizione dell'atto desiderato e le ragioni che ne giustificano la necessità.

In definitiva la Direttiva 2014/41/UE non fornisce una regolamentazione dettagliata sull'ammissibilità delle prove. Tuttavia, il legislatore italiano, con

¹¹⁷ In situazioni di diniego, il pubblico ministero dovrà emettere un decreto con motivazione, mentre il giudice renderà una decisione tramite ordinanza, previa consultazione delle parti coinvolte. Se l'azione richiesta dal difensore comporta un sequestro probatorio e il pubblico ministero esprime un giudizio negativo, interverrà il sistema di revisione del giudice come stabilito dall'articolo 368 del codice di procedura penale.

l'articolo 36 del Decreto, ha voluto ampliare alla disciplina OEI le normative già applicabili alle rogatorie internazionali, specificamente gli articoli 431 e 512-bis del codice di procedura penale, relativi alla formazione del fascicolo per il dibattimento e alle letture acquisitive. In particolare, una circolare ministeriale richiama un'interpretazione costituzionalmente orientata proposta dalle Sezioni Unite riguardo alle condizioni¹¹⁸ e alle procedure procedurali delineate nel "nuovo" articolo 512-bis e nel suo rapporto con l'articolo 111, comma 5 della Costituzione. Tale interpretazione sottolinea che le norme per la lettura di dichiarazioni fatte da persone residenti all'estero "devono essere interpretate in modo restrittivo e rigoroso". Di conseguenza, deve essere garantita una corretta citazione della fonte dichiarativa residente all'estero, conformemente alle modalità legali, deve essere confermata la definitiva irreperibilità della stessa, e infine, deve essere dimostrata l'impossibilità assoluta di ottenere la testimonianza della fonte attraverso una rogatoria internazionale.

¹¹⁸ Le specifiche condizioni sono state elencate dalla giurisprudenza di legittimità in un inciso al punto 4 del considerato in diritto della pronuncia *Cass. SU Penale, sentenza del 25 novembre 2010*, D.F.C., in *De Jure*, n. 27918: vale a dire «richiesta della parte interessata; facoltà del giudice con obbligo di motivare adeguatamente l'accoglimento o il rigetto della richiesta; decisione tenendo conto degli altri elementi di prova acquisiti; possibilità di lettura delle sole dichiarazioni documentate con un verbale ed assunte anche a seguito di rogatoria internazionale; effettiva residenza all'estero della persona, italiana o straniera; effettiva e valida citazione del teste e mancata comparizione dello stesso; assoluta impossibilità del suo esame dibattimentale».

Capitolo IV: Criticità dell'Ordine Europeo d'Indagine

Circolazione della prova europea e l'allineamento delle legislazioni penali

La Direttiva 2014/41/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, approvata il 3 aprile 2014 e incentrata sull'ordine europeo di indagine penale, è finalizzata a creare un framework unitario per la ricerca e raccolta di prove in ambito transnazionale¹¹⁹. Questo obiettivo è perseguito mediante l'introduzione di un singolo strumento legale che supera la frammentazione delle precedenti normative probatorie e rafforza il principio di mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie.

Questo principio, come già ampiamente trattato, si basa sull'assunzione di una equivalenza sostanziale nei provvedimenti e richiede un elevato livello di fiducia reciproca tra i sistemi giuridici degli Stati membri, che, nonostante differiscano nei modelli processuali, dovrebbero offrire standard di protezione sufficienti a garantire l'affidabilità e l'esecutività delle decisioni penali senza dover ricorrere a complesse procedure di riconoscimento.

La fiducia tra gli Stati membri si fonda tanto sul rispetto delle normative nazionali quanto sulla loro corretta applicazione da parte delle autorità

¹¹⁹ Tra i primi commenti alla direttiva, M. CAIANIELLO, *La nuova direttiva UE sull'ordine europeo di indagine penale tra mutuo riconoscimento e ammissione reciproca delle prove*, in *Proc. pen. e giust.*, 3, 2015, p. 1 ss.; R. BELFIORE, *Riflessioni a margine della direttiva sull'ordine europeo di indagine penale*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 3288 ss.; L. BACHMAIER WINTER, *Transnational Evidence towards the transposition of directive 2014/41 regarding the european investigation order in Criminal Matters*, in *Eucriim*, 2, 2015, p. 47; M. DANIELE, *La metamorfosi del diritto delle prove nella direttiva sull'ordine europeo di indagine penale*, in *Dir. pen. cont.*, 20 novembre 2014; F. CERQUA-L. CAMALDO, *La direttiva sull'ordine europeo di indagine penale: le nuove prospettive per la libera circolazione delle prove*, in *Cass. pen.*, 2014, p. 3511 ss.; L. CAMALDO, *La direttiva sull'ordine europeo di indagine penale (OEI): un congegno di acquisizione della prova dotato di molteplici potenzialità, ma di non facile attuazione*, in *Dir. pen. cont.*, 2014. In chiave comparatistica, F. ZIMMERMANN, *Die europäische Ermittlungsanordnung: Schreckgespenst oder Zukunftsmodell für grenzüberschreitende Strafverfahren*, 127 ZStW 2015, p. 143.

esecutive e giudiziarie. Tuttavia, è importante riconoscere che tale fiducia¹²⁰ deve essere meritata e non può essere presunta a priori.

Appoggiarsi al principio del mutuo riconoscimento senza prima assicurare un'armonizzazione normativa coerente e omogenea tra i sistemi giudiziari, specialmente in termini di garanzie processuali, rende la fiducia reciproca un traguardo arduo da conseguire. Infatti, per sostenere efficacemente la cooperazione giudiziaria, è essenziale un'armonizzazione delle legislazioni nazionali che riduca le discrepanze esistenti fino a raggiungere un'equivalenza sostanziale¹²¹, cruciale per il mutuo riconoscimento.

Questo aspetto assume una rilevanza critica quando si considera l'impatto del mutuo riconoscimento sulla libertà individuale e il rispetto dei diritti fondamentali in contesti di giustizia penale transnazionale. La mancanza di armonizzazione può rendere il principio di mutuo riconoscimento non solo impraticabile, ma addirittura indesiderato¹²².

Gli Stati membri, già reticenti nel cedere parti della propria sovranità nazionale, spesso esitano ad accogliere provvedimenti legali esteri che non rispettino standard minimi di protezione paragonabili ai propri. La significativa divergenza tra le legislazioni nazionali facilita per gli Stati "riceventi" l'impedimento al riconoscimento di decisioni estere,

¹²⁰ Come è stato efficacemente evidenziato da S. ALLEGREZZA, *Cooperazione giudiziaria, mutuo riconoscimento e circolazione della prova penale nello spazio giudiziario europeo*, cit., p. 694, «la fiducia reciproca non è un dato acquisito; il suo rafforzamento è più un obiettivo da raggiungere con fatica che un presupposto stabile da cui partire».

¹²¹ Il principio di equivalenza, previsto dagli artt. 52 e 53 della Carta di Nizza, garantisce ai diritti fondamentali «un livello di tutela non inferiore a quello che essi ricevono dagli altri ordinamenti con cui l'Unione si trova ad interagire: il sistema della CEDU, gli ordinamenti nazionali e l'ordinamento internazionale», così, M. DANIELE, *La metamorfosi del diritto delle prove*, cit., p. 9.

¹²² Secondo quanto riportato nel preambolo del Programma di misure per l'attuazione del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni penali, in GUCE, 15 gennaio 2001, C 12, p. 10, l'attuazione del principio del riconoscimento reciproco delle decisioni in materia penale presuppone che gli Stati membri nutrano fiducia nei rispettivi sistemi giudiziari: «tale fiducia si fonda, in particolare, sulla base comune costituita dal loro attaccamento ai principi della libertà, della democrazia e del rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali nonché dello Stato di diritto».

specialmente quando tale riconoscimento potrebbe introdurre normative meno protettive, indebolendo di conseguenza la tutela dei diritti nel processo. Un'adozione indiscriminata del principio di mutuo riconoscimento, oltre a minare la fiducia reciproca tra gli Stati, rischia di basare i meccanismi di cooperazione giudiziaria su una sostanziale violazione del principio di legalità. Le maggiori incertezze emergono quando si realizza che, nell'obiettivo di preservare e potenziare uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, si può finire per omologare le principali garanzie giuridiche¹²³.

Si consideri, per esempio, le differenti pratiche di raccolta delle dichiarazioni durante un interrogatorio: in Italia, è garantito all'imputato il diritto al silenzio, mentre in Spagna, nonostante il diritto al silenzio sia formalmente riconosciuto nell'articolo 24¹²⁴, comma secondo, il decreto regio n. 387 della Ley de Enjuiciamiento Criminal del 14 settembre 1882 invita esplicitamente gli imputati a dire la verità.

Pertanto, non è sufficiente che la raccolta delle prove sia stata effettuata nel rispetto delle leggi locali, perché "per essere circolata, la prova deve essere compatibile non solo con le normative del paese di raccolta ma anche con i principi del paese in cui verrà utilizzata a scopo decisionale¹²⁵". In altre parole, affinché una prova possa essere trasferita e acquisire rilevanza

¹²³ Evidenziano le peculiarità dei diversi ordinamenti nazionali, in tema di ammissione e valutazione della prova, D. VICOLI, Ammissione della prova e divieti probatori, in G. ILLUMINATI (a cura di), Prova penale e Unione europea, cit., p. 19 ss.; M. DANIELE, La valutazione della prova, ivi, p. 45 ss.

¹²⁴ Si riporta, di seguito, il secondo comma dell'art. 24: «*Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia al letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia. La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos*». Sulle differenze strutturali dei modelli acquisitivi delle dichiarazioni dell'imputato, con particolare riferimento al sistema spagnolo, V. CAMPILONGO, *La circolazione della prova nel contesto europeo, tra mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie ed armonizzazione normativa*, in *Cass. pen.*, 2014, p. 710.

¹²⁵ Cfr. E. AMODIO, *Diritto di difesa e diritto alla prova nello spazio giudiziario europeo*, in A. LANZI-F. RUGGIERI-L. CAMALDO (a cura di), *Il difensore e il Pubblico Ministero europeo*, Cedam, Padova, 2002, p. 107.

argomentativa in un paese diverso da quello in cui è stata raccolta, non basta che le procedure di raccolta soddisfino standard qualitativamente uniformi tra i vari ordinamenti nazionali; sono necessarie anche norme minime di ammissibilità e utilizzabilità delle prove che siano valide in tutti i procedimenti penali all'interno dell'Unione Europea¹²⁶.

L'accettazione del reciproco riconoscimento dei criteri di ammissibilità, senza un'adeguata base normativa comune, potrebbe costringere gli Stati a riconoscere qualsiasi prova legalmente ottenuta secondo il diritto nazionale di un altro Stato europeo, anche se questo contraddice le leggi dello Stato "ricevente". Il pericolo è che una "prova illegittima possa diventare utilizzabile solo perché etichettata come 'europea'". Questo sottolinea la necessità di una previa armonizzazione delle norme relative alle prove.

È essenziale chiarire che l'armonizzazione delle prove non dovrebbe includere le regole per la loro valutazione. La prova è una costruzione giuridica e la sua valutazione, basata sul principio del libero convincimento, è di competenza del giudice. È quindi difficile e illusorio stabilire a priori il valore conoscitivo di una prova ottenuta attraverso la cooperazione¹²⁷ internazionale.

Ciò che richiede armonizzazione sono le regole di ammissibilità, per consentire l'accettazione di prove straniere prodotte secondo schemi procedurali che rispettino le stesse norme imposte dal legislatore nazionale,

¹²⁶ Ciò era stato, del resto, già auspicato nel Libro Verde sulla ricerca delle prove in materia penale tra Stati Membri e sulla garanzia della loro ammissibilità, presentato l'11 novembre 2009, COM (2009) 624 definitivo, e ribadito nel Programma di Stoccolma – Un'Europa aperta e sicura al servizio e a tutela dei cittadini, in GUUE, C 115/12, 4 maggio 2010, secondo cui la soluzione più efficace alle difficoltà testé esposte sembrava consistere nell'adozione di norme comuni per la raccolta delle prove in materia penale.

¹²⁷ Manifestano diverse perplessità sulla possibilità di armonizzare il "risultato probatorio", S. GLESS, *Strategie e tecniche per l'armonizzazione della prova*, in G. ILLUMINATI, *Prova penale e Unione europea*, cit., p. 148 ss.; G. DE AMICIS, *Limiti e prospettive del mandato europeo di ricerca della prova*, in G. GRASSO-L. PICOTTI-R. SICURELLA (a cura di), *L'evoluzione del diritto penale nei settori di interesse europeo*, cit., p. 475 ss.

non solo come protezione delle garanzie individuali, ma anche come difesa delle garanzie epistemiche. Non avrebbe senso promuovere la collaborazione internazionale attraverso procedure agili e tempi ragionevoli se le prove raccolte non possono essere effettivamente utilizzate nel paese richiedente.

4.1. Il difficile equilibrio tra la fiducia reciproca e la mutua assistenza.

La strutturazione della politica penale europea degli ultimi vent'anni, basata sulla "pietra angolare" del riconoscimento reciproco, presenta, come già osservato, un "difetto originario": l'assenza di un adeguato avvicinamento normativo preliminare tra le legislazioni nazionali sia sostanziali che processuali¹²⁸.

Infatti, il principio del mutuo riconoscimento si nutre della fiducia reciproca tra i paesi membri nei rispettivi sistemi giuridici¹²⁹, un elemento fondamentale e intrinseco al processo di sviluppo di una giustizia penale comune nell'ambito giuridico europeo. Senza questa fiducia, ogni politica che si basa su questo principio è destinata inevitabilmente al fallimento.

Questa fiducia reciproca, a sua volta, dipende essenzialmente da un processo di armonizzazione normativa, seppur minimo, tra i vari ordinamenti nazionali, che serve a colmare le differenze spesso significative tra i diversi modelli di tutela esistenti e a garantire la "compatibilità" tra le relative normative. Questa necessità si avverte ancora di più in un'Europa che nel

¹²⁸ Sulla cd. "armonizzazione", quale tecnica normativa che persegue il ravvicinamento di ordinamenti tra loro diversi, v. S. MANACORDA, *L'armonizzazione dei sistemi penali: una introduzione*, in AA.VV., *La giustizia penale italiana nella prospettiva internazionale*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 35.

¹²⁹ V. J. R. SPENCER, *Il principio del mutuo riconoscimento*, cit., p. 320; T. WISCHMEYER, *Generating Trust Through Law? Judicial Cooperation in the European Union and the "Principle of Mutual Trust"*. Più esattamente, il principio della fiducia reciproca impone a ciascuno Stato membro, «segnatamente per quanto riguarda lo spazio di libertà, di sicurezza e di giustizia, di ritenere, tranne che in circostanze eccezionali, che tutti gli altri Stati membri rispettino il diritto dell'Unione e, più in particolare, i diritti fondamentali riconosciuti da quest'ultimo» (CGCE, Grande sezione, sentenza 25 luglio 2018, LM, C-216/18 PPU, punto 36; CGCE, sentenza 10 novembre 2016, *Poltorak*, C-452/16, punto 26). «Quando attuano il diritto dell'Unione, gli Stati membri possono quindi essere tenuti, in forza di tale diritto, a presumere il rispetto dei diritti fondamentali da parte degli altri Stati membri, con la conseguenza che risulta loro preclusa la possibilità non solo di esigere da un altro Stato membro un livello di tutela nazionale dei diritti fondamentali più elevato di quello garantito dal diritto dell'Unione, ma anche, salvo in casi eccezionali, di verificare se tale altro Stato membro abbia effettivamente rispettato, in un caso concreto, i diritti fondamentali garantiti dall'Unione» [CGCE, Grande sezione, sentenza 25 luglio 2018, LM, cit., punto 37; Parere 2/13 (*Adesione dell'Unione alla CEDU*), del 18 dicembre 2014, EU: C:2014:2454, punto 192

tempo si è allargata all'adesione di paesi con tradizioni giuridiche e politiche molto diverse.

Di conseguenza, una logica metodologica avrebbe dovuto portare a considerare che una costruzione razionale del nuovo sistema di cooperazione giudiziaria basato sul riconoscimento reciproco avrebbe dovuto iniziare con un ravvicinamento dei sistemi penali e giudiziari degli Stati membri dell'UE, che tuttavia rimangono notevolmente diversi sia a livello processuale dove - convivono sistemi inquisitori, misti e accusatori con significative divergenze in termini di regole probatorie e di protezione della libertà personale - che a livello ordinamentale, considerando la dipendenza o l'associazione con il potere esecutivo, che in molti paesi caratterizza la posizione istituzionale del pubblico ministero.

L'omogeneità normativa avrebbe facilitato un clima di fiducia reciproca, essenziale per riconoscere efficacia oltre i confini nazionali ai provvedimenti giudiziari, fungendo da "ponte" tra fiducia reciproca e mutuo riconoscimento e facilitando di conseguenza la cooperazione giudiziaria¹³⁰.

Tuttavia, la realtà si discosta da questo schema ideale: il "circolo virtuoso" composto da "mutuo riconoscimento, fiducia reciproca e armonizzazione legislativa" non si è completamente realizzato. Al contrario, citando le insormontabili difficoltà sia politiche che tecniche di un avvicinamento normativo, si è finiti per utilizzare il mutuo riconoscimento come una sorta di "sostituto" dell'armonizzazione, una "moquette" sotto la quale nascondere le "polveri delle discipline processuali disarmoniche", preferendo una logica focalizzata sui risultati piuttosto che sul metodo, imponendo ai paesi membri

¹³⁰ Come sottolinea F. De LEO, *La Convenzione sul Futuro dell'Europa e la cooperazione giudiziaria in materia penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, p. 378, l'armonizzazione, quindi, «non rappresenta un obiettivo in sé, ma, perseguito in termini realistici, uno strumento per raggiungere l'altro risultato perché un certo grado di armonizzazione consente di accettare più facilmente i risultati raggiunti in un altro Stato».

di accettare l'atto processuale straniero senza averne prima definito i tratti minimi condivisi che ne avrebbero legittimato la libera circolazione intracomunitaria.

Questa operazione, resa possibile originariamente da un escamotage tanto pragmatico quanto superficiale rispetto alle specifiche problematiche del settore, ha concepito la fiducia reciproca come un "dogma" già acquisito, sancito a priori. Questo approccio considera erroneamente la fiducia già esistente tra gli Stati membri, derivante dall'adesione a una comune tavola di valori rappresentata dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, la quale, interpretata dalla Corte di Strasburgo, garantirebbe una tutela equivalente dei diritti fondamentali¹³¹.

Questa è una visione non convincente, affetta da un errore di prospettiva metodologica. È discutibile che la mera adesione al sistema della CEDU costituisca un fattore sufficiente per creare un vero mutual trust tra i paesi dell'UE. Nonostante la CEDU e i principi sviluppati dalla Corte di Strasburgo¹³² rappresentino un patrimonio condiviso in termini di garanzie

¹³¹ V. la *Relazione introduttiva della Proposta di decisione quadro del Consiglio dell'Unione europea del 28 aprile 2004 COM/2004/328 def. in materia di determinati diritti processuali in procedimenti penali nel territorio dell'Unione europea* (p. 5, p. 16 s.), nonché i considerando nn. 10, 11 e 12 della decisione quadro 2002/584/GAI, in tema di mandato d'arresto europeo. In senso critico su tale tesi, v. S. ALLEGREZZA, *Cooperazione giudiziaria, mutuo riconoscimento e circolazione della prova penale*, cit., p. 696, che parla al riguardo di «affermazione tanto frequente quanto debole».

¹³² Un esempio rilevante è rappresentato dalla cosiddetta "tecnica delle sentenze pilota", una procedura specifica sviluppata per ridurre il numero di casi pendenti davanti al Giudice di Strasburgo e prevenire l'accumulo di "ricorsi ripetitivi", ossia quelli che riguardano violazioni simili derivanti da problemi strutturali all'interno di un sistema nazionale. Questo metodo permette alla Corte di selezionare uno o più di questi ricorsi, posticipando il trattamento degli altri, e di arrivare a una risoluzione che non solo identifica il problema sistemico alla base della violazione, ma che anche fornisce istruzioni precise allo Stato coinvolto su come eliminare tale disfunzione, incoraggiando la creazione di vie di ricorso interne adeguate per gestire la richiesta di giustizia a livello nazionale. Questa prassi è stata formalmente riconosciuta e codificata nel 2011, seguendo le raccomandazioni emerse durante la conferenza di Interlaken nel febbraio 2010. Tale conferenza aveva esortato la Corte a "sviluppare norme chiare e prevedibili per quanto riguarda la procedura delle sentenze pilota in relazione alla selezione dei casi, alle modalità procedurali e al trattamento dei casi sospesi". Di conseguenza, è stato introdotto l'articolo 61 nel Regolamento della Corte europea dei diritti dell'uomo, che regola in modo dettagliato i criteri e il procedimento per l'attivazione e lo svolgimento di questa particolare tipologia di gestione dei ricorsi.

fondamentali, non si possono ignorare le peculiarità del giudice europeo e del contesto in cui questi principi sono stati sviluppati¹³³.

In definitiva, la tesi che la semplice adesione alla CEDU garantisca una sufficiente prossimità tra i sistemi giuridici europei per permettere l'accoglimento in un ordinamento nazionale di atti provenienti da altri sistemi penali si traduce in un pericoloso ribaltamento di prospettiva. L'armonizzazione, che dovrebbe essere il presupposto concreto di partenza, diventa un assioma indimostrato, considerando i sistemi europei come già sufficientemente vicini tra loro per garantire l'accettazione di provvedimenti stranieri. Questo approccio, lungi dal ridurre, amplifica le problematiche operative del nuovo corso di cooperazione, permettendo alle regole nazionali di sopravvivere e mantenere le loro peculiarità, ostacolando così la creazione di un processo penale europeo unificato nel lungo periodo.

¹³³ Come ricorda S. ALLEGREZZA, *Cooperazione giudiziaria, mutuo riconoscimento e circolazione della prova penale*, cit., p. 714, «Ma vi è di più: quando la Corte di Strasburgo è stata chiamata a pronunciarsi in materia probatoria, ha precisato in termini molto nitidi come, sebbene L'art. 6 della Convenzione garantisca il diritto ad un processo equo, esso non regoli l'ammissibilità della prova in senso stretto, materia di stretta competenza nazionale. Non appartiene alla competenza della Corte stabilire se una determinata prova sia stata correttamente ammessa, acquisita o valutata, poiché ogni Paese gode di un margine di apprezzamento». Peraltro, «anche quando risulta provata la lesione dei diritti previsti dalla Convenzione in tema di prova penale, la Corte riconosce che vi è stata violazione dell'art. 6 Cedu solo qualora la condanna si basi esclusivamente o prevalentemente sulla prova incriminata»; ciò significa che essa non si preoccupa della qualità dell'accertamento se non quando l'elemento di prova assunto in violazione delle garanzie assicurate dal testo convenzionale sia «l'unico o il preponderante nell'ambito del giudizio di merito».

4.2. Limiti al riconoscimento reciproco nella cooperazione internazionale.

La modifica delle strutture istituzionali dell'Unione Europea a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona ha avuto un impatto significativo sull'efficacia della protezione dei diritti fondamentali nelle procedure di cooperazione basate sul principio del mutuo riconoscimento. In particolare, il ristabilimento del ruolo centrale della Corte di giustizia dell'UE ha portato a conseguenze rilevanti, delineando chiaramente i limiti operativi di questo principio.

In precedenza, nei settori conosciuti come “Terzo Pilastro”, la competenza pregiudiziale della Corte era limitata e dipendeva dalla volontà degli Stati membri di accettare la giurisdizione della Corte al momento della firma del Trattato di Amsterdam o successivamente. Tuttavia, con l'abolizione della struttura a pilastri e la revoca delle disposizioni pertinenti, il campo di competenza della Corte di Lussemburgo si è esteso automaticamente anche allo Spazio di libertà, sicurezza e giustizia. Questa estensione è stata limitata solo dal fatto che la Corte non può sindacare operazioni di polizia o di mantenimento dell'ordine pubblico degli Stati membri¹³⁴.

Di conseguenza, la Corte di giustizia dell'UE ora esercita un controllo completo sulla cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale, simile a quello che esercita sul diritto comunitario¹³⁵. Questo controllo si applica non solo alla nuova legislazione adottata dopo il Trattato di Lisbona, ma

¹³⁴ Rimane invece esclusa l'area riconducibile all'ex “Secondo Pilastro”: la Corte, infatti, ai sensi dell'art. 275 TFUE, «non è competente per quanto riguarda le disposizioni relative alla politica estera e di sicurezza comune, né per quanto riguarda gli atti adottati in base a dette disposizioni»; essa, tuttavia, può «controllare il rispetto dell'articolo 40 del trattato sull'Unione europea» e può «pronunciarsi sui ricorsi, proposti secondo le condizioni di cui all'articolo 263, quarto comma del presente trattato, riguardanti il controllo della legittimità delle decisioni che prevedono misure restrittive nei confronti di persone fisiche o giuridiche adottate dal Consiglio in base al titolo V, capo 2 del trattato sull'Unione europea».

¹³⁵ A. WEYEMBERGH, *Storia della cooperazione*, cit., p.214

anche agli atti normativi precedenti del “Terzo Pilastro”. Questo ampliamento apre nuove prospettive giuridiche, consentendo una revisione di numerose decisioni preesistenti.

Inoltre, con il suo maggiore controllo sullo Spazio penale europeo, la Corte diventa sempre più essenziale, fungendo da “giudice supremo europeo” e fornendo orientamenti interpretativi ai giudici nazionali. Questo contribuisce a creare coerenza nell’applicazione delle nuove forme di cooperazione e facilita il dialogo tra le corti nazionali ed europee¹³⁶.

Questo ampliamento del controllo giudiziario ha importanti implicazioni per il principio del riconoscimento reciproco, soprattutto per quanto riguarda la protezione dei diritti fondamentali. Ad esempio, la giurisprudenza sulla disciplina del mandato d’arresto europeo ha evidenziato l’importanza della corretta applicazione dei criteri fondamentali per garantire i diritti dei cittadini coinvolti.

Tuttavia, nonostante questo ampliamento, la disciplina del mandato d’arresto europeo mostra una sensibilità limitata ai diritti fondamentali, senza includere un motivo esplicito di rifiuto basato sulla non conformità ai diritti fondamentali. Ciò può sembrare sorprendente, considerando che lo strumento può influenzare la libertà personale e che vi sono stati casi di compromissione dei diritti difensivi¹³⁷. Questa omissione potrebbe essere

¹³⁶ Si sta delineando sempre di più un sistema di controllo giurisdizionale a cerchi concentrici. Oltre al controllo interno esercitato dalla Corte di giustizia dell’Unione Europea, vi è il controllo esterno da parte della Corte europea dei diritti dell’uomo a Strasburgo, il quale avrebbe dovuto essere rafforzato dall’adesione dell’Unione europea alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo, ma su cui la Corte di giustizia si è espressa in senso negativo con il Parere 2/13 del 18 dicembre 2014. Inoltre, ci sono i controlli compartimentali delle corti nazionali, che dovrebbero alimentarsi attraverso un dialogo continuo e proficuo per favorire un’applicazione uniforme degli istituti di cooperazione e una tutela giurisdizionale omogenea dei singoli all’interno dell’Unione.

¹³⁷ Per cui, come osserva L. BACHMAIER, *Mutual Recognition Instruments and the Role of the CJEU: the Grounds for Non-Execution*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2015, vol. 6, issue 4, p. 515, tale discrepanza «*does not seem to be acceptable from a legal standpoint. But, what is worse, is that it does not contribute to strengthening the consistency of criminal justice in the EU*». Va precisato che taluni Autori si sono interrogati sulla previsione di cui all’art. 1, par. 3 della decisione quadro 2002/584/GAI - secondo cui l’obbligo di rispettare i diritti fondamentali e i fondamentali

giustificata dalla presunzione di standard adeguati di tutela dei diritti nei Paesi membri, basata sulla fiducia reciproca tra gli Stati aderenti al sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

L'evoluzione interpretativa nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea ha seguito un percorso significativo, passando da un'approvazione quasi automatica della fiducia reciproca, anche quando le circostanze concrete mettevano in dubbio tale fiducia, a un approccio più realistico. In particolare, la Corte ha abbandonato l'idea di una fiducia reciproca incondizionata a favore di un approccio più bilanciato che riconosce la possibilità di conflitto tra la fiducia reciproca e i diritti fondamentali, limitando di conseguenza l'applicazione del principio del mutuo riconoscimento.

Questa svolta è stata evidenziata in una pronuncia del 2016, in cui la Corte¹³⁸ ha riconosciuto l'importanza del diritto a un processo equo e ha

principi giuridici sanciti dall'art. 6 TUE non può essere modificato per effetto della stessa fonte europea - ponendosi la questione se la stessa possa essere considerata come un motivo "implicito" di rifiuto della consegna in caso di violazione dei diritti fondamentali ivi richiamati (cfr. N. M. SCHALLMOSER, *The European Arrest Warrant and Fundamental Rights. Risks of Violations of Fundamental Rights through the EU Framework Decision in Light of the ECHR*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2014, vol. 22, issue 2, p. 145 ss.; W. VAN BALLEGOOIJ - P. BÁRD, *Mutual Recognition and Individual Rights: Did the Court Get it Right*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2016, vol. 7, issue 4, p. 442).

¹³⁸ La sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea del 5 aprile 2016, conosciuta come *caso Aranyosi e Căldăraru* (C-404/15 e C-659/15 PPU), trattava di due mandati d'arresto europei emessi nei confronti di un cittadino ungherese (Aranyosi) e di un mandato d'arresto esecutivo emesso nei confronti di un cittadino rumeno (Căldăraru). La Corte d'appello anseatica di Brema, richiesta di esecuzione dei mandati, esprimeva dubbi sul fatto che i soggetti ricercati potessero essere soggetti a trattamenti inumani o degradanti nei rispettivi Stati emittenti, a causa delle condizioni di detenzione esistenti, confermate anche da recenti condanne della Corte europea dei diritti dell'uomo per violazione dell'articolo 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, dovute allo stato delle carceri. Di conseguenza, furono sollevate due questioni pregiudiziali simili, miranti a valutare se una richiesta di consegna per motivi di procedura penale o di esecuzione di sanzioni penali fosse illegittima in presenza di gravi indizi che le condizioni di detenzione nello Stato emittente violassero i diritti fondamentali dell'interessato e i principi giuridici generali dell'Unione Europea, o se in tali casi lo Stato di esecuzione avesse il potere o l'obbligo di condizionare la sua decisione sull'accettazione della richiesta di consegna al rispetto delle condizioni di detenzione. Se lo Stato di esecuzione possa o debba formulare al riguardo concreti requisiti minimi per quanto riguarda le condizioni di detenzione da garantire; 2) «se gli articoli 5 e 6, paragrafo 1, della decisione quadro debbano essere interpretati nel senso che l'autorità giudiziaria emittente è anche autorizzata a fornire garanzie sul rispetto delle condizioni di detenzione, o se, a tal riguardo, rimanga fermo quanto previsto dal sistema interno di

ridimensionato la fiducia reciproca da un assunto assoluto a uno relativo. In particolare, la Corte ha riconosciuto la possibilità che, in circostanze eccezionali, la fiducia reciproca possa essere messa in discussione. Questo cambiamento è stato particolarmente innovativo, poiché ha introdotto la possibilità di limitare il principio del mutuo riconoscimento quando sussistono rischi per i diritti fondamentali.

La Corte ha indicato chiaramente il percorso che deve seguire la verifica giudiziale in questi casi, concentrandosi sull'oggettività e sull'individualizzazione. Le autorità nazionali devono condurre un test che consideri sia gli elementi oggettivi che la situazione specifica del soggetto interessato dal mandato d'arresto europeo. Questo test prevede una valutazione in due fasi: una valutazione generale delle condizioni di detenzione nel paese richiedente e un'indagine mirata sul rischio effettivo per il soggetto richiesto.

Se il test conclude che non vi è un rischio effettivo di trattamenti inumani o degradanti, il mandato d'arresto europeo può essere eseguito. In caso contrario, la decisione viene rinviata e vengono richieste informazioni aggiuntive al paese richiedente. Se non è possibile escludere il rischio, l'esecuzione del mandato deve essere rinviata informando l'Eurojust. Questo

attribuzione delle competenze dello Stato membro emittente». Sulla pronuncia, in dottrina v. M. BARGIS, *Mandato di arresto europeo e diritti fondamentali: recenti itinerari "virtuosi" della Corte di giustizia tra compromessi e nodi irrisolti*, in *Sistema penale*, 2017, n. 2, p. 177 ss.; S. GÁSPÁRSZILAGYI, *Joined Cases Aranyosi and Caldáru: Converging Human Rights Standards, Mutual Trust and a New Ground for Postponing a European Arrest Warrant*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2016, n. 24, p. 197 ss.; P. J. MARTÍN RODRIGUEZ, *La emergencia de los límites constitucionales de la confianza mutua en el espacio de libertad, seguridad y justicia en la Sentencia del Tribunal de Justicia Aranyosi y Caldáru*, in *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2016, n. 55, p. 859 ss.; V. MICHEL, *Des suites de l'arrêt "Aranyosi e Caldáru"*, in *Revue du droit de l'Union Européenne*, 2018, n. 4, p. 276 ss.; M. MUÑOZ DE MORALES ROMERO, *"Dime cómo son tus cárceles y ya veré yo si coopero". Los casos Caldáru y Aranyosi como nueva forma de entender el principio de reconocimiento mutuo*, in *Revista para el Análisis del derecho*, 2017, n. 1, p. 11 ss.; A. ROSANO', *Dopo Aranyosi e Caldáru: la prassi della Corte di Cassazione italiana in materia di diritti fondamentali e m.a.e.*, in *Sistema penale*, 2020, n. 10, p. 51 ss.

processo consente di sospendere temporaneamente la consegna fino a quando non si disponga di informazioni sufficienti per escludere il rischio in questione.

Questo approccio è stato successivamente confermato e dettagliato ulteriormente dalla Corte di giustizia, che ha chiarito i criteri per valutare il rischio individuale di violazioni dei diritti fondamentali.

La Corte di giustizia dell'Unione Europea ha specificato la necessità di condurre un'analisi concreta sulle condizioni di detenzione a cui il soggetto sarà sottoposto. Le informazioni richieste al paese emittente devono riguardare le strutture specifiche in cui il soggetto sarà detenuto, anziché fare riferimento genericamente a qualsiasi istituto penitenziario del paese emittente¹³⁹. La Corte ha anche precisato che nella valutazione delle condizioni di detenzione bisogna considerare tutti gli aspetti materiali, non limitandosi alle carenze segnalate, ma prendendo in considerazione anche altri elementi come lo spazio personale nella cella, i limiti di movimento e le condizioni sanitarie¹⁴⁰.

¹³⁹ CGUE, sentenza 25 luglio 2018, *Generalstaatsanwaltschaft (Conditions de détention en Hongrie)* (detta anche ML), causa C-220/18, che ha specificato che l'introduzione nell'ordinamento del Paese emittente di un mezzo di ricorso funzionale a consentire ai detenuti di contestare la legittimità delle condizioni carcerarie non è sufficiente ad escludere il rischio di sottoposizione del soggetto ricercato a trattamenti inumani o degradanti. In dottrina, per un commento v. A. CAIOLA, *Défaillances systémiques ou généralisées dans les États membres et limites à l'exécution du mandat d'arrêt européen - CJUE, Ire ch. et gde ch., 25 juillet 2018, Procédures relatives à l'exécution du mandat d'arrêt européen à l'encontre de LM (Minister for Justice and Equality) et ML (Generalstaatsanwaltschaft)*, in *Revue des affaires européennes*, 2018, n. 3, p. 567 ss.; A. ROSANÒ, "Du côté de chez Aranyosi", ovvero ancora su come la Corte di giustizia ha chiarito alcuni aspetti applicativi del test Aranyosi e Caldăraru, in *Diritti umani e diritto internazionale*, p. 2019, 427 ss.

¹⁴⁰ CGUE, sentenza 15 ottobre 2019, *Dorobantu*, causa C-128/18, che ha significativamente affermato che la sussistenza di seri e comprovati motivi indicativi del rischio di trattamenti contrari all'art. 4 della Carta cui può esser soggetta la persona consegnanda nel Paese emittente non può esser posta in "bilanciamento", ai fini della decisione sulla consegna, con ponderazioni legate all'efficacia della cooperazione giudiziaria ed all'effettività dei principi di fiducia e riconoscimento reciproci. In dottrina, sulla decisione, v. A. CAIOLA, *Défaillances systémiques ou généralisées dans les États membres et limites à l'exécution du mandat d'arrêt européen*, cit., p. 567 ss.; ID., *Retour sur la mise en œuvre du mandat d'arrêt européen: le respect de l'interdiction des traitements inhumains ou dégradants dans la détention*, in *Revue des affaires européennes*, 2019, n. 4, p. 785 ss.; E. CELORIA, *Le condizioni di detenzione nello Spazio di Libertà, Sicurezza e Giustizia: nuove prospettive dopo la*

Inoltre, questa linea interpretativa è stata estesa al diritto a un giusto processo, con la Corte che ha confermato l'importanza del “ test a due fasi “ per valutare il rischio per il soggetto del mandato d'arresto europeo di subire violazioni dei suoi diritti.

Questo cambiamento di approccio della Corte di giustizia rispetto al rapporto tra fiducia reciproca e tutela dei diritti fondamentali ha consentito alle autorità nazionali di mettere in discussione ciò che in passato era considerato un presupposto fondamentale. Di conseguenza, il principio del mutuo riconoscimento appare meno rigido quando entra in conflitto con principi chiave dell'Unione Europea.

Tuttavia, nonostante questo cambiamento, rimane un certo grado di ambiguità. La portata dei diritti fondamentali rimane poco chiara e mancano sanzioni in caso di violazione. Inoltre, la Corte di cassazione sembra assumere un ruolo diverso in questo contesto giuridico multilivello, diventando non solo un organo di vertice, ma anche un esecutore di norme create a livello sovranazionale.

In conclusione, si sta delineando un complicato processo di creazione di un *ius commune* europeo dei diritti fondamentali, alimentato dal dialogo tra le Corti, ma che comporta sfide e ambiguità nella sua attuazione.

sentenza Dorobantu, in *Legisl. pen.*, 2 giugno 2020; A. GAUDIERI, *Sovraffollamento carcerario: I criteri dettati dalla sentenza Dorobantu per il calcolo degli spazi. Una “bussola” per le scelte da compiere in periodi di emergenza sanitaria*, in *Freedom, Security and Justice: European Legal Studies*, 2020, n. 2, p. 213 ss.; L. LIONELLO, *Nuovi sviluppi per il test Aranyosi e Căldăraru ed il rapporto tra giurisdizioni: il caso Dorobantu*, in *Eurojus*, 10 marzo 2020.

4.3. Il criterio di proporzionalità del mutuo riconoscimento

Un'altra questione di notevole importanza legata al rispetto dei diritti fondamentali e al rispetto del principio di legalità processuale, sia nella sua forma tradizionale nazionale che nella sua nuova dimensione europea, riguarda i limiti potenziali dell'applicazione del principio di proporzionalità nelle procedure di cooperazione fondate sul reciproco riconoscimento. Come precedentemente discusso, questo criterio, sancito esplicitamente dall'art. 52, par. 1 della Carta di Nizza, serve a determinare le condizioni in cui ogni principio può cedere di fronte alla necessità di perseguire valori contrapposti, e quindi il giudizio che ne deriva aiuta a capire se in una determinata situazione sia permesso adottare determinate misure per raggiungere gli obiettivi prefissati. In sostanza, si tratta di un equilibrio tra diverse istanze, che mira a trovare un punto di equilibrio tra giustizia e diritti individuali, e si traduce in un nuovo criterio di controllo sull'azione delle autorità pubbliche e sulle limitazioni imposte ai diritti fondamentali.

Poiché coinvolge valutazioni e bilanciamenti, in teoria il principio di proporzionalità sembra in contraddizione logica con il reciproco riconoscimento. Quest'ultimo si basa sulla fiducia reciproca e comporta una tendenza all'esecuzione automatica delle decisioni a livello europeo, con poche e specifiche eccezioni di rifiuto; il principio di proporzionalità, invece, si basa sull'idea di un margine di discrezionalità da parte delle autorità nazionali, sia nell'emettere che nell'eseguire richieste, attraverso un triplice test: valutazione dell'idoneità della misura a raggiungere l'obiettivo, verifica della sua stretta necessità e ponderazione della sua proporzionalità.

Non è quindi casuale che il primo e più importante strumento di cooperazione internazionale basato sul reciproco riconoscimento, il mandato d'arresto europeo, non includa la clausola di proporzionalità (sebbene sia

stata successivamente introdotta attraverso la giurisprudenza¹⁴¹). Questa clausola è invece presente in strumenti successivi, come l'ordine europeo di indagine. Tanto il legislatore sovranazionale quanto quello nazionale hanno fatto una scelta diversa in questo caso: l'art. 6 della direttiva 2014/41/UE e l'art. 7 del d.lgs. n. 108/2017 si ricollegano direttamente alla disposizione generale dell'art. 52, par. 1 della Carta dei diritti fondamentali, imponendo che l'ordine europeo di indagine sia emesso ed eseguito solo nella misura meno invasiva possibile dei diritti della persona coinvolta, tenendo conto delle esigenze investigative, della gravità dei reati e della pena.

Analogamente, la proposta di regolamento elaborata dalla Commissione europea prevede che gli ordini di produzione e conservazione di prove elettroniche in ambito penale possano essere emessi solo se "necessari" e "proporzionati" rispetto agli obiettivi perseguiti.

Sebbene in astratto l'inserimento di questa clausola possa essere considerato un fattore che indebolisce il principio del reciproco riconoscimento, in realtà potrebbe agevolare la cooperazione nel lungo periodo. Questo perché, piuttosto che compromettere il principio, potrebbe favorire un dialogo costruttivo tra le autorità emittenti e quelle di esecuzione in caso di sospetta non proporzionalità della misura richiesta. Questi colloqui, sebbene possano rallentare l'esecuzione automatica dell'atto richiesto, potrebbero portare alla individuazione di un'alternativa meno invasiva ma altrettanto efficace nel raggiungere gli stessi obiettivi, garantendo la compatibilità con entrambi gli

¹⁴¹ Alcune corti nazionali hanno invocato il mancato rispetto del criterio di proporzionalità come motivo di rifiuto all'accoglimento della domanda di consegna, negando quindi di dar corso al M.A.E. Emblematica di tale approccio è la decisione dell'Alta Corte tedesca *Oberlallande sgericht Stuttgart del 25 febbraio 2010, 1 Ausl. (24) 1246/09, in Criminal Law Review*, 2010, p. 474 ss. con nota di J. SPENCER. Per un commento nella dottrina italiana, v. L. ROMANO, *Principio di proporzionalità e mandato d'arresto europeo: verso un nuovo motivo di rifiuto*, in *Dir. pen. cont.*, 2013, n.1, p. 250 ss. Sempre nell'ottica del riconoscimento del criterio de quo con riferimento alla disciplina del M.A.E. sembra porsi l'indirizzo della Corte di Lussemburgo inaugurato con la sentenza *Aranyosi e Căldăraru* (v. retro, par. 5). Il principio è stato, poi, invocato in ambito probatorio da CGUE, 17 dicembre 2015, C- 419/14, *WebMind License*.

ordinamenti coinvolti. In questo modo, si favorisce indirettamente l'armonizzazione delle normative nazionali, agevolando la cooperazione e il reciproco riconoscimento, seppur con un bilanciamento valoriale e un'adeguata ponderazione delle circostanze specifiche del caso.

Conclusioni

L'Ordine Europeo di Indagine (OEI), introdotto dalla Direttiva 2014/41/UE, ha rivoluzionato la cooperazione giudiziaria nell'Unione Europea, offrendo un meccanismo efficiente e rapido per la raccolta e il trasferimento delle prove tra Stati membri. La sua capacità di ridurre la burocrazia e accelerare le indagini transfrontaliere rappresenta un significativo miglioramento rispetto alle tradizionali rogatorie internazionali. L'OEI ha dimostrato di migliorare la velocità e l'efficacia delle indagini, grazie al principio del mutuo riconoscimento, che facilita la cooperazione tra le autorità giudiziarie. Questo strumento promuove anche una maggiore uniformità procedurale, rafforzando la fiducia reciproca tra gli Stati membri e contribuendo a una risposta più coesa alla criminalità transnazionale.

Nonostante i benefici, l'implementazione dell'OEI presenta sfide significative. Le differenze nei sistemi giuridici nazionali, le barriere linguistiche e le problematiche legate alla protezione dei dati personali possono ostacolare un'applicazione uniforme. Inoltre, è essenziale garantire che le indagini rispettino sempre i diritti fondamentali degli individui coinvolti. Per migliorare l'efficacia dell'OEI, è necessario un continuo adattamento e perfezionamento delle norme. Rafforzare le garanzie procedurali, armonizzare ulteriormente le legislazioni nazionali e adottare tecnologie avanzate per la gestione delle indagini sono passi cruciali per ottimizzare questo strumento.

L'OEI è uno strumento essenziale per la cooperazione giudiziaria europea, contribuendo a creare uno spazio di giustizia più integrato e sicuro. Superare le sfide attuali e rafforzare le garanzie procedurali consentirà all'OEI di mantenere e ampliare il suo ruolo cruciale nella lotta contro la criminalità

transnazionale, promuovendo un sistema giudiziario europeo più efficiente e rispettoso dei diritti fondamentali.

BIBLIOGRAFIA

1. Allegrezza, S., "*L'armonizzazione della prova penale alla luce del Trattato di Lisbona*", in *Cassazione penale*, 2008, p. 3882 ss.
2. Allegrezza, S., "*Cooperazione giudiziaria, mutuo riconoscimento e circolazione della prova penale nello spazio giudiziario europeo*", cit., p. 694.
3. Amodio, E., "*Diritto di difesa e diritto alla prova nello spazio giudiziario europeo*", in *Il difensore e il Pubblico Ministero europeo*, Cedam, Padova, 2002.
4. Aprile, E., & Spiezia, F., *Cooperazione giudiziaria penale nell'Unione europea prima e dopo il Trattato di Lisbona*, Ipsoa, Milano, 2009.
5. Arasi, S., "*Nuovi rapporti giurisdizionali con le autorità straniere: le modifiche al codice di procedura penale*", in *Procedura penale e giustizia*, 2018, n. 3, p. 575 ss.
6. Bachmaier Winter, L., "*Transnational Evidence towards the transposition of directive 2014/41 regarding the european investigation order in Criminal Matters*", in *Eucrim*, 2, 2015.
7. Barrocu, G., *La cooperazione investigativa in ambito europeo*, Cedam, Padova, 2017, p. 251 ss.

8. Bassanini, F., & Tiberi, G. (a cura di), *Le nuove istituzioni europee. Commento al Trattato di Lisbona*, Il Mulino, Bologna, 2010.
9. Bene, T., Luparia, L., & Marafioti, L. (a cura di), *L'ordine europeo di indagine. Criticità e prospettive*, Giappichelli, Torino, 2016.
10. Belfiore, R., "Riflessioni a margine della direttiva sull'ordine europeo di indagine penale", in *Cassazione penale*, 2015, p. 3288 ss.
11. Belfiore, R., "Su alcuni aspetti del decreto di attuazione dell'ordine europeo di indagine penale", in *Cassazione penale*, 2018, p. 400 ss.
12. Camaldo, L., "La normativa di attuazione dell'ordine europeo di indagine penale: le modalità operative del nuovo strumento di acquisizione della prova all'estero", *ibid.*, 2017, p. 4196 ss.
13. Camaldo, L., & Cerqua, F., "La direttiva sull'Ordine europeo di indagine penale: le nuove prospettive per la libera circolazione delle prove", in *Cassazione penale*, 2014, p. 3522 ss.
14. Camaldo, L., "Le squadre investigative comuni: la normativa di attuazione dopo una lunga attesa (d.lgs. 15 febbraio 2016, n.34)", in Ruggieri, F., *Processo Penale E Regole Europee*, Giappichelli, 2017, p. 17-35.
15. Caianiello, M., "Il cammino della cooperazione giudiziaria", in Manes, V., & Caianiello, M., *Introduzione al diritto penale europeo*, cit., p. 80 ss. Giappichelli.

16. Caianiello, M., *"La nuova direttiva UE sull'ordine europeo di indagine penale tra mutuo riconoscimento e ammissione reciproca delle prove"*, in *Procedura penale e giustizia*, 2015, n. 3, p. 1 ss.
17. Caianiello, M., *"L'attuazione della direttiva sull'ordine europeo di indagine penale e le sue ricadute nel campo del diritto probatorio"*, *ibid.*, 2018, p. 2197 ss.
18. Campailla, S., *"La "circolazione" giudiziaria europea dopo Lisbona"*, in *Procedura penale e giustizia*, 2011, n. 5, p. 90.
19. Cerqua-L. Camal-Do, *"La direttiva sull'ordine europeo di indagine penale: le nuove prospettive per la libera circolazione delle prove"*, in *Cass. pen.*, 2014, p. 3511.
20. Chiavario, M., in *Op. cit.*, p. 155-163; p. 600; p. 131.
21. Cisterna, A., *"Una serie di regole che perfeziona gli atti di indagine"*, *ibid.*, 2017, n. 40, p. 37 ss.
22. Cisterna, A., *"Un passo importante per omologare le investigazioni UE"*, in *Guida dir.*, 2017, n. 40, p. 31 ss.
23. Daraio, G., in *Op. cit.*, p. 163-165.

24. Daniele, M., & Ko-Storis, R. E. (a cura di), *L'ordine europeo di indagine penale. Il nuovo volto della raccolta transnazionale delle prove nel d.lgs. n. 108 del 2017*, Giappichelli, Torino, 2018.
25. Daniele, M., "La metamorfosi del diritto delle prove nella direttiva sull'ordine europeo di indagine penale", in *Dir. pen. cont.*, 20 novembre 2014.
26. Daniele, M., "La metamorfosi del diritto delle prove", cit., p. 9.
27. Daniele, M., "L'ordine europeo di indagine penale entra in regime. Prime riflessioni sul D.lgs. n. 108 del 2017", in *Dir. Pen. Contemp.*, fasc. n. 7-8, 2017, p. 208-215.
28. Daniele, M., "Ricerca e formazione della prova. Profili generali", in Kostoris, R. E. (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, p. 370.
29. De Amicis, G., "Dalle rogatorie all'ordine europeo di indagine: verso un nuovo diritto della cooperazione giudiziaria penale", in *Cassazione penale*, 2018, p. 22 ss.
30. Geraci R.M. "Il mutuo riconoscimento nella Cooperazione procedurale: Genesi, Sviluppi, Morfologie" Cacucci Editore, 2020, Bari

FONTI NORMATIVE

1. Articolo 11, lett. h) della Direttiva.
2. Articolo 365 c.p.p.: Procedura relativa al compimento di atti di perquisizione o sequestro.
3. Articolo 366, comma 1 c.p.p.: Deposito dei verbali degli atti compiuti dal pubblico ministero e dalla polizia giudiziaria.
4. Articolo 52, comma 1 della Carta di Nizza: Principio di proporzionalità.
5. Articolo 696-novies del codice di procedura penale: Impugnazioni delle decisioni sul riconoscimento e sull'esecuzione di un provvedimento emesso dall'autorità giudiziaria di uno Stato membro.
6. Articolo 696-quinquies del codice di procedura penale: Limiti al sindacato delle decisioni giudiziarie degli altri Stati membri.
7. Articolo 724, comma 1-bis codice di procedura penale (c.p.p.): Procedura per atti che devono essere eseguiti in più distretti di corte d'appello.
8. Circolare ministeriale del 26 ottobre [anno non specificato]: Considerazioni sulla cooperazione giudiziaria in materia penale.

9. Decisione quadro 2001/220/GAI, del Consiglio, del 15 marzo 2001, relativa alla posizione della vittima nel procedimento penale, in G.U.U.E., 22 marzo 2001, L 82/1.
10. Decisione quadro 2002/465/GAI, del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa alle squadre investigative comuni, in G.U.U.E., 20 giugno 2002, L 162.
11. Decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa al mandato di arresto europeo ed alle procedure di consegna tra Stati membri, cit.
12. Decisione quadro 2003/577/GAI del Consiglio, del 22 luglio 2003, relativa all'esecuzione nell'Unione europea dei provvedimenti di blocco dei beni o di sequestro probatorio, in G.U.U.E., 2 agosto 2003, L 196/45.
13. Decisione quadro 2005/212/GAI del Consiglio, del 24 febbraio 2005, relativa alla confisca di beni, strumenti e proventi di reato, in G. U.U.E., 15 marzo 2005, L 68/49.
14. Decisione quadro 2005/214/GAI del Consiglio, del 24 febbraio-10 2005, relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle sanzioni pecuniarie, in G.U.U.E., 22 marzo 2005, L 76/16.

15. Decisione quadro 2008/675/GAI, del Consiglio, del 24 luglio 2008, relativa alla considerazione delle decisioni di condanna tra Stati membri dell'Unione europea in occasione di un nuovo procedimento penale, in G.U.U.E., 15 agosto 2008, L 220/32.
16. Decisione quadro 2008/947/GAI, del Consiglio, del 27 novembre 2008, relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle sentenze e alle decisioni di sospensione condizionale in vista della sorveglianza delle misure di sospensione condizionale e delle sanzioni sostitutive, in G.U.U.E., 16 dicembre 2008, L 337/102.
17. Decisione quadro 2008/978/GAI, del Consiglio, del 18 dicembre 2008, relativa al mandato europeo di ricerca delle prove diretto all'acquisizione di oggetti, documenti e dati da utilizzare nei procedimenti penali, in G.U.U.E., 30 dicembre 2008, L 350/72.
18. Decisione quadro 2009/299/GAI, del Consiglio del 26 febbraio 2009, che modifica le decisioni quadro 2002/584/GAI, 2005/214/GAI, 2006/783/GAI, 2008/909/GAI e 2008/947/GAI, rafforzando i diritti processuali delle persone e promuovendo l'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle decisioni pronunciate in assenza dell'interessato al processo, in G.U.U.E., 27 marzo 2009, L 81/24.
19. Decisione quadro 2009/315/GAI, del Consiglio, del 26 febbraio 2009, relativa all'organizzazione e al contenuto degli scambi fra gli Stati membri di informazioni estratte dal casellario giudiziario, in G.U.U.E., 7 aprile 2009, L 93/23.

20. Decisione quadro 2009/829/GAI, del Consiglio, del 23 ottobre 2009, sull'applicazione tra gli Stati membri dell'Unione europea del principio del reciproco riconoscimento alle decisioni sulle misure alternative alla detenzione cautelare, in G.U.U.E., 11 novembre 2009, L 294/20.
21. Decisione quadro 2009/948/GAI, del Consiglio, del 30 novembre 2009, sulla prevenzione e la risoluzione dei conflitti relativi all'esercizio della giurisdizione nei procedimenti penali, in G.U.U.E., 15 dicembre 2009, L 328/42.
22. Decreto legislativo 21 giugno 2017, n. 108: Norme di attuazione della Direttiva 2014/41/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 3 aprile 2014, relativa all'ordine europeo di indagine penale.
23. Decreto legislativo n. 52 del 2017: Norme di attuazione della Convenzione.
24. Decreto legislativo n. 149 del 3 ottobre 2017: Disposizioni di modifica del Libro XI del codice di procedura penale.

SITOGRAFIA

1. www.documenti.camera.it
2. <https://www.ejnforum.eu/cp/registry-files/3339/Competent-authorities-and-languages-accepted-EIO-14-December-2017.pdf>
3. www.marina.castellaneta.it
4. www.la legislazione penale.eu,