

LE ALTRE RIFORME DEL PERIODO

MARIA RICCARDA MARCHETTI

Ricerca e acquisizione probatoria all'estero: l'ordine europeo di indagine.

All'esigenza di rendere più lineare, rapida ed efficiente l'assistenza giudiziaria risponde l'ordine europeo di indagine penale che sostituisce le rogatorie per i Paesi dell'Unione europea. L'istituto, disciplinato dal d.lgs. 21 giugno 2017 n. 108 che ha recepito la direttiva 2014/41/UE, ha il pregio di delineare un procedimento più snello che tiene anche conto delle diverse e più recenti modalità di acquisizione probatoria, facendo sì che vi sia un unico strumento che regola diversi aspetti dell'assistenza giudiziaria. La nuova disciplina presenta profili di significativa novità ma anche non irrilevanti carenze e criticità che si spera potranno essere superate da un'interpretazione delle relative disposizioni che, pur attenta alle esigenze del procedimento, sia prima di tutto assolutamente rispettosa dei diritti di coloro che vi sono coinvolti.

The European Investigation Order in criminal matters takes the place of international EU letters rogatory in order to answer a need for a leaner, faster and more efficient judiciary cooperation. This institute is regulated by the legislative decree of June 21 2017, in reception of the European directive 2014/41/EU, and has the merit of incorporating a wide range of evidence acquisition modalities, so that all the aspects of judicial cooperation can be united under a single process. The new regulation, though, shows some significant lacks and unresolved critical aspects too. We hope they can be overcome by interpreting the regulations without losing sight of the rights of the people involved, even when implementing them with rigorous attention to the process.

SOMMARIO: 1. L'evoluzione normativa - 2. I principi. - 3. Il procedimento passivo. - 4. La procedura attiva. - 5. Le speciali tecniche di indagine: il trasferimento temporaneo di detenuti e l'esame a distanza. - 6. Le altre attività di indagine: informazioni di natura finanziaria, operazioni sotto copertura, intercettazioni di telecomunicazioni, sequestro probatorio. - 7. Considerazioni conclusive.

1. L'evoluzione normativa.

Sono ben noti i problemi che da lungo tempo rendono decisamente gravoso far ricorso all'assistenza giudiziaria internazionale che, peraltro, si pone come uno strumento in alcuni casi irrinunciabile per consentire lo svolgersi del processo. La lentezza che ha da sempre connotato le rogatorie, non disgiunta dalla incerta possibilità di utilizzare quanto acquisito nello Stato straniero, ha spinto il legislatore sovranazionale, ed in particolare quello eurounitario, ad individuare modalità più snelle ed incisive che consentano di ottenere gli elementi probatori necessari limitando l'impatto sui tempi processuali della richiesta assistenza. Inizia così il lungo *iter* della riforma in questo settore che, intrapreso con la Convenzione relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea, Bruxelles 29 maggio 2000 (MAP)¹ - nata con il dichiarato scopo di integrare la Convenzione europea di

¹ Il primo completo intervento normativo in tema di assistenza giudiziaria - oltre a quanto già a suo

SPECIALE RIFORME

assistenza giudiziaria (CEAG) –, si è concluso con l'adozione della direttiva 2014/41/UE relativa all'ordine europeo di indagine penale (OEI) alla quale si è pervenuti attraverso una serie di tappe intermedie secondo una scelta della cui opportunità, come altrove segnalato², è lecito dubitare. Non solo, oltre alle difficoltà sorte dal sovrapporsi di diversi strumenti che regolavano esclusivamente alcuni aspetti, creando non pochi disagi, va aggiunta la constatazione che i provvedimenti adottati sono stati in larga parte “riassorbiti” dall'ordine europeo e dunque attualmente non sono più operanti almeno tra quegli Stati che abbiano provveduto all'implementazione dell'OEI: una abbastanza rapida sostituzione che, se da un lato può risultare opportuna considerato, lo si è appena detto, il disorientamento e le difficoltà incontrate nel formulare le richieste di assistenza, dall'altro lato lascia comunque perplessi in quanto una produzione normativa “alluvionale” potrebbe non giovare al «credito accordato alle istituzioni comunitarie in merito alla reale capacità di raggiungere i suoi scopi»³.

Sia come sia resta il fatto che attualmente l'assistenza giudiziaria per gli Stati dell'Unione è regolata esclusivamente – o quasi – dall'euro ordine: ne restano fuori le squadre investigative comuni che secondo il legislatore europeo necessitano di una disciplina complessa e per le quali dunque sarà necessario provvedere con un apposito strumento normativo, riproponendo così, sebbene in termini molto più contenuti rispetto a quanto attuato in precedenza, quella parcellizzazione che con l'OEI si era cercato di evitare. Una separazione che, al di là del vago riferimento alla complessità della relativa regolamentazione – che certamente non riguarda solo le squadre –, non pare poi così necessaria: la MAP aveva provveduto a disciplinarle così come la decisione quadro 2002/465/GAI, adottata proprio al fine di renderle operanti anche in

tempo previsto dagli artt. 48-53 Titolo III Capitolo 2 della Convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen che riguarda però soltanto alcuni aspetti - è costituito dalla Convenzione relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea, entrata in vigore il 22 febbraio 2018, che ha fra l'altro regolato modalità inedite quali consegne controllate, operazioni sotto copertura, videoconferenze, squadre investigative comuni, intercettazioni telefoniche su rete mobile e satellitari tanto per richiamare alcuni tra gli interventi più significativi. Peraltro, non va neppure dimenticato che ormai da molti anni l'Unione europea ha scelto di disciplinare i principali istituti della cooperazione tra gli Stati membri, inizialmente utilizzando la normativa tradizionale costituita dalle convenzioni e successivamente – ma si tratta di una novazione derivante dalla mutata fisionomia degli strumenti utilizzabili – da atti normativi almeno tendenzialmente dotati di una maggiore vincolatività anche sotto il profilo dei termini entro i quali debbono essere recepiti.

² Per un breve *excursus* dell'evoluzione normativa v., volendo M.R. MARCHETTI, *Oltre le rogatorie: i nuovi strumenti per la circolazione degli atti investigativi e delle prove penali*, in *I nuovi orizzonti della giustizia penale europea*, Milano 2015, 207.

³ Così G. BARROCU, *La cooperazione investigativa in ambito europeo. Da Eurojust all'ordine di indagine*, Milano 2017, 205.

mancanza della ratifica della Convenzione e fino a quando tale ratifica venga effettuata da tutti gli Stati parti. Conseguentemente, mutuando almeno in parte la normativa già esistente, si sarebbe potuto regolarle nell'OEI con l'indubbio vantaggio di avere un unico strumento operante per la maggior parte delle cosiddette tecniche speciali di investigazione⁴. Un'ulteriore scelta discutibile dalla quale, si spera, deriverà una disciplina completa e ben articolata.

Ma torniamo all'ordine europeo che dovrebbe risolvere almeno in parte i problemi ai quali si è inizialmente fatto cenno: vale a dire la lentezza del procedimento di assistenza e la spendibilità nel processo di destinazione dell'attività posta in essere nel Paese assistente, oltre alla adozione di specifiche modalità che consentano di rendere più incisiva e più ampia la collaborazione internazionale. Peraltro, posto che il nostro Stato ha provveduto, sostanzialmente entro i termini indicati dalla direttiva (22 maggio 2017)⁵, al relativo recepimento e che la normativa interna non si discosta in maniera vistosa dal testo europeo sembra preferibile esaminare pur brevemente il decreto legislativo di attuazione richiamando ove necessario la regolamentazione sovranazionale⁶.

2. I principi.

Il decreto esordisce affermando che l'attuazione della direttiva è effettuata - dice l'art. 1 - «nel rispetto dei principi dell'ordinamento costituzionale e di quelli della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea in tema di di-

⁴ Del resto le squadre investigative comuni non rappresentano un inedito nel panorama della cooperazione giudiziaria internazionale posto che, oltre alla MAP e alla decisione quadro richiamata nel testo, sono, infatti regolate dall'art. 19 della Convenzione ONU sulla criminalità organizzata transnazionale e, ma soltanto per quanto ci riguarda, dall'art. XXI dell'Accordo Italia-Svizzera aggiuntivo alla CEAG.

⁵ Si tratta del d. lgs. 21 giugno 2017, n. 108.

⁶ Per un sintetico quadro del contenuto della direttiva cfr. 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, 158 alla quale si rinvia anche per una ricognizione degli Stati che hanno provveduto alla relativa implementazione, nota 2.

Con riferimento alla direttiva v. tra i tanti T. BENE - L. LUPARIA - L. MARAFIOTI (a cura di), *L'ordine europeo di indagine. Criticità e prospettive*, Torino 2016. Cui adde R. BELFIORE, *Riflessioni a margine della direttiva sull'ordine europeo di indagine penale*, in *Cass. pen.*, 2015, 3288; M. CAIANIELLO, *La nuova direttiva U.E. sull'ordine europeo di indagine penale*, in *Proc. pen. giust.*, 2015, n. 3, 1; L. CAMMALDO - F. CERQUA, *La direttiva sull'ordine europeo di indagine penale: le nuove prospettive per la libera circolazione delle prove*, in *Cass. pen.*, 2014, 3511. Con più specifico riferimento al diritto delle prove M. DANIELE, *La metamorfosi del diritto delle prove nella direttiva sull'ordine europeo di indagine penale*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, n. 4, 84; ID., *L'impatto dell'ordine europeo di indagine penale sulle regole probatorie nazionali*, *ivi*, 2016, n. 3, 63; F. SIRACUSANO, *Tra semplificazione e ibridismo: insidie e aporie dell'ordine europeo di indagine penale*, in *Arch. pen.*, 2017, n. 2, 2.

SPECIALE RIFORME

ritti fondamentali, nonché in tema di diritti di libertà e di giusto processo». Una sorta di affermazione preliminare che probabilmente non avrebbe potuto essere tralasciata ma che in alcuni casi, come si vedrà e come la dottrina ha da subito messo in luce, sembra più una dichiarazione di stile alla quale non sempre corrisponde l'effettivo rispetto dei principi appena richiamati. Ma di questo parleremo poi esaminando le singole disposizioni che potrebbero non essere del tutto coerenti con quanto dichiarato nell'esordio.

Quanto agli altri principi, merita anzitutto ricordare come l'ordine sia fondato sul reciproco riconoscimento. Del resto, come è ben noto, la cooperazione giudiziaria nell'eurozona si basa ormai su tale principio⁷ e dunque è stata una scelta del tutto scontata, anzi ineludibile, che ha, fra l'altro, il pregio di consentire tempi rapidi di espletamento delle richieste contribuendo così a risolvere uno dei problemi storici delle rogatorie ai quali si è prima fatto cenno. Infatti, posto che il principio *de quo* non consente un esame nel merito delle richieste ma soltanto un controllo circa la sussistenza, ovvero la mancanza, di determinati elementi, è possibile imporre termini esigui per il riconoscimento e la successiva esecuzione dell'OEI.

Inedito è invece il principio di proporzione, trasposto nell'art. 7 del decreto, che consente una valutazione anche da parte dell'autorità di esecuzione in ordine alla opportunità di dar seguito alla richiesta allorché il sacrificio dei diritti e delle libertà dell'imputato, dell'indagato o del soggetto coinvolto dal compimento degli atti richiesti non appaia giustificato dalle esigenze investigative o probatorie del caso concreto. Si è voluta in sostanza porre una limitazione alla possibilità di emettere un ordine anche quando si tratti di reati di minima gravità per i quali appare discutibile attivare una procedura in una qualche misura onerosa e complessa. L'esperienza maturata con il mandato di arresto europeo - nel quale non si stabilisce siffatta limitazione⁸ - ha evidentemente indotto il legislatore europeo a predisporre un mezzo per contenere l'eventuale uso eccessivo del procedimento del quale si parla, fermo restando che la relativa valutazione spetta all'autorità emittente (art. 6, § 2 direttiva). Sebbene la normativa interna non richiami esplicitamente una tale attribuzio-

⁷ Da ultima sul principio visto «nella sua dimensione probatoria» v. F. FALATO, *La proporzione innova il tradizionale approccio al tema della prova: luci e ombre della nuova cultura probatoria promossa dall'ordine europeo di indagine penale*, in *Arch. pen.*, 2018, n. 1, 10.

⁸ L'unico limite previsto è quello, per così dire "classico", indicato nelle convenzioni di estradizione che fa riferimento al *quantum* di pena irrogata o irrogabile e costituisce un argine decisamente troppo basso, sicché in dottrina si è segnalato come il mandato europeo, che viene ampiamente utilizzato, rischi di «diventare vittima del suo stesso successo»: così M. BARGIS, *Mandato di arresto europeo e diritti fondamentali: recenti itinerari "virtuosi" della Corte di giustizia tra compromessi e nodi irrisolti*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, n. 2, 179.

SPECIALE RIFORME

ne, emerge dalle disposizioni collegate una qualche cautela circa le conseguenze connesse alla violazione del principio in questione: non è infatti prevista *per tabulas* una possibilità di rifiuto ma solo quella di informare l'autorità emittente in ordine alla riscontrata mancanza di proporzione tra la richiesta ed il reato da perseguire (art. 6 comma 3) al fine di ottenere il ritiro dell'ordine ovvero la formulazione di una nuova richiesta, ma è una valutazione che parrebbe lasciata *in toto* all'autorità emittente. Parimenti, si prevede che, ove manchi la proporzione, sia possibile eseguire l'ordine mediante il compimento di uno o più atti idonei al raggiungimento del medesimo scopo, purché vi sia accordo con l'autorità di emissione (art. 9 comma 2). Ebbene ci si domanda se, nel caso di mancato accordo o quando l'autorità emittente non modifichi né ritiri la richiesta, sia possibile una decisione di rigetto considerato che i casi di rifiuto sono tassativi e tra questi non figura la violazione del principio in esame⁹. Nondimeno, sebbene la valutazione della quale si parla da parte dell'autorità di esecuzione risulti poco coerente con il principio del reciproco riconoscimento, pure non consentire a quest'ultima di respingere la richiesta nell'ipotesi *de qua* sembra assai discutibile, sicché la soluzione più ragionevole parrebbe essere data dal rifiuto di esecuzione dell'ordine nel caso di ritenuta violazione del principio. La normativa interna però non lo consente e del resto la direttiva riserva chiaramente ogni decisione all'autorità di emissione per cui non è neppure possibile far ricorso alle disposizioni sovranazionali per interpretare estensivamente la disciplina domestica permettendo alla nostra autorità giudiziaria di respingere l'OEI¹⁰. In sostanza la ritenuta violazione determina esclusivamente una interlocuzione con l'autorità emittente volta a segnalare la mancanza di proporzione e ad ottenere il ritiro o la modifica dell'ordine, ovvero l'accordo sull'utilizzo di atti alternativi, fermo restando che gli atti elencati nell'art. 9 comma 5 debbono essere sempre disponibili e quindi per questi non è neppure possibile alcun sindacato circa

⁹ Salvo si tratti di quanto stabilito dall'art. 9 comma 1 che riguarda però la possibilità di compiere uno o più atti diversi qualora quello richiesto non sia previsto dal nostro ordinamento ovvero non ne ricorrano i presupposti.

¹⁰ Di diversa opinione F. FALATO, *La proporzione innova il tradizionale approccio al tema della prova: luci e ombre della nuova cultura probatoria promossa dall'ordine europeo di indagine penale*, cit., 20 che non sembra avere dubbi circa la possibilità di rifiutare l'esecuzione sulla base dell'art. 9 comma 3 che però si riferisce esclusivamente al comma 1 della stessa norma mentre il principio *de quo* è richiamato nel secondo comma e per ciò stesso esula dal disposto del comma 3. Del resto, ove il legislatore avesse ritenuto di consentire la possibilità di rifiuto nel caso in cui l'autorità di emissione - a fronte delle difformi valutazioni di quella di esecuzione - tenga ferma la propria richiesta lo avrebbe chiaramente indicato.

Sostanzialmente della stessa opinione di cui al testo R. PICCIRILLO, *Circolare in tema di attuazione della direttiva 2014/41/UE relativa all'ordine europeo di indagine penale. Manuale operativo*, 2017, 25

SPECIALE RIFORME

la mancanza di proporzione. A ben vedere dunque il principio, posto per evitare il ricorso all'ordine nel caso di reati bagatellari, così come formulato già nella stessa direttiva, rischia di tradire lo scopo per il quale è stato concepito; d'altra parte la sua coesistenza con il reciproco riconoscimento è alquanto difficile soprattutto ove si voglia attribuire allo Stato di esecuzione una facoltà inibitoria collegata alla sua ritenuta violazione. Probabilmente la finalità è soltanto quella di far sì che l'autorità di emissione rivaluti, alla luce delle osservazioni di quella di esecuzione, l'opportunità della richiesta e nulla più.

Alla proporzionalità si è fatto inoltre ricorso per tentare di sanzionare «ogni deviazione rispetto agli *standard* di raccolta della prova previsti dal diritto nazionale» ammissibile solo se strettamente necessaria¹¹. Invero, posto che la direttiva impone l'osservanza del principio di proporzione sia all'autorità emittente (art. 6 § 1) che a quella di esecuzione (art. 11 § 1 lett. *f* e 10 § 3) e che lo stesso, secondo la nostra normativa interna (art. 7), risulta ancorato al sacrificio di diritti fondamentali non giustificato dalle esigenze investigative o probatorie del caso concreto, tenuto conto della gravità dei reati per quali si procede e della pena per essi prevista, si è ritenuto che il suo mancato rispetto possa determinare l'inutilizzabilità degli atti compiuti¹². Per quanto la tesi appena tratteggiata abbia l'indubbio pregio di tentare di ancorare l'inutilizzabilità alla violazione di una disposizione della direttiva, pure non sembra del tutto convincente: il principio infatti è volto a orientare la scelta fra diversi atti che possono essere compiuti per il raggiungimento del medesimo fine ma non impedisce di per sé il compimento di un atto anche se lo stesso non sia rispettoso del principio *de quo - rectius* non consente di rifiutarne l'esecuzione -, fermo restando che si tratta comunque di una valutazione affidata, seppure non in via esclusiva, all'autorità di emissione mentre a quella richiesta resta soltanto la possibilità di segnalare l'assenza. Non solo, sono abbastanza numerosi gli atti per i quali non è neppure possibile evidenziare tale mancanza confinata, a ben vedere, alle attività più invasive della sfera soggettiva di colui che ne viene coinvolto. Di conseguenza far derivare l'inutilizzabilità dal mancato rispetto della proporzionalità lascia alquanto dubbiosi anche considerato

¹¹ Così M. DANIELE, *L'ordine europeo di indagine penale entra a regime. Prime riflessioni sul d. lgs. n. 108 del 2017*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 7-8 2017, 4. In senso sostanzialmente analogo P.P. PAULESU, *Operazioni sotto copertura e ordine europeo di indagine penale*, in *Arch. pen.*, 2018, n. 1, 6, il quale ritiene che il principio di proporzione sia stato elevato «al rango di parametro di verifica, in concreto, caso per caso, della "legalità probatoria europea"».

¹² Ancora M. DANIELE, *L'ordine europeo di indagine penale entra a regime. Prime riflessioni sul d. lgs. n. 108 del 2017*, cit., 4. *Contra* G. UBERTIS, *Equità e proporzionalità versus legalità processuale: eterogenesi dei fini?*, in *Arch. pen.*, 2017, n. 2, 3, secondo il quale l'impiego di tale principio sarebbe in contrasto con la legalità processuale venendo meno la necessaria precisione delle regole probatorie.

SPECIALE RIFORME

come questa riguardi l'opportunità di porre in essere un atto determinato ma non le modalità del suo compimento. Del resto non va neppure dimenticato che, ove l'autorità di esecuzione non possa rispettare le modalità richieste, ne informerà quella di emissione che naturalmente resta libera di ritirare l'OEI. Sebbene non annoverabili tra i principi cui la disciplina dell'ordine è ispirata, merita comunque soffermarsi brevemente su alcuni aspetti che paiono rilevanti anche sotto il profilo della soluzione dei maggiori problemi connessi alle rogatorie e ai quali si è prima fatto cenno. Anzitutto e con riguardo alla lentezza del procedimento il legislatore ha previsto tempi assai ridotti di espletamento delle richieste, scegliendo la trasmissione diretta che evita il passaggio attraverso l'autorità centrale e permette così una riduzione dei tempi di inoltro e ricezione dell'OEI. La direttiva, per vero, avrebbe consentito anche una diversa opzione: designare un'autorità centrale per assistere le autorità competenti e per la trasmissione e ricezione amministrativa dell'OEI (art. 7 § 3 direttiva), laddove la precisazione "amministrativa" rende evidente come il legislatore europeo abbia voluto evitare l'interferenza di autorità diverse da quella giudiziaria che - almeno per quel che ci riguarda - è appunto quanto avviene nel caso delle rogatorie in cui sussiste il potere di veto politico. Qui, a differenza della scelta fatta per il mandato di arresto europeo, nel quale il ministro ha un ruolo di tramite tra le autorità giudiziarie interessate, si è ritenuto preferibile il contatto diretto tra queste sebbene all'art. 2 comma 1 lett. f si individui come autorità centrale il ministero della giustizia cui presumibilmente spetterà una funzione di monitoraggio¹³.

Ma quello che incide maggiormente è l'aver posto a base dell'istituto - né del resto una diversa scelta sarebbe stata ammissibile - il principio del mutuo riconoscimento che, come si è detto prima, non consente l'esame nel merito delle richieste e dunque, per ciò stesso, permette di imporre termini estremamente ridotti per lo svolgimento dell'*iter* procedimentale¹⁴; questo naturalmente non vuol dire che non sia possibile rifiutare il riconoscimento e l'esecuzione, ma si tratta di un numero limitato di ipotesi la cui verifica si ritiene possa essere attuata con rapidità. Anche per quel che attiene alla trasmissione all'autorità emittente dell'attività compiuta, oltre alla possibilità di consegna diretta all'autorità straniera che sia presente al compimento degli atti richiesti, si prevede che nel caso di impugnazione questa non abbia di regola

¹³ Per tale ragione - è da ritenere - l'art. 4 comma 1 pone tra gli incumbenti del procuratore distrettuale la trasmissione di copia dell'ordine di indagine ricevuto al ministero della giustizia.

¹⁴ Come è noto i termini sono di trenta giorni - prorogabili fino a sessanta - per il riconoscimento e novanta giorni per l'esecuzione, laddove quest'ultimo termine può anche essere ridotto allorché gli elementi probatori siano già in possesso dell'autorità di esecuzione.

SPECIALE RIFORME

effetto sospensivo né dell'esecuzione, né della trasmissione dei risultati. Orbene, se sotto il profilo della maggior celerità dell'assistenza si è intervenuti in maniera proficua, lo stesso non sembra potersi dire con riguardo alla "spendibilità" dei risultati dell'attività posta in essere nel processo di destinazione. La scelta, forse obbligata e comunque ormai consueta¹⁵, è stata quella di prevedere la possibilità che vengano indicate le modalità di svolgimento dell'attività richiesta: in altre parole che si segua la *lex fori*, tuttavia, ed anche questo è un vincolo scontato ed ineludibile, siffatta possibilità - configurata come un obbligo (art. 4 comma 2) - trova un limite nella sua contrarietà ai principi dell'ordinamento giuridico dello Stato. Vale a dire che, come sempre, si seguono le forme richieste purché non in contrasto con i principi della nostra normativa che - giova rilevarlo - non hanno però l'ulteriore specificazione, solitamente prevista, di "fondamentali"¹⁶. Sebbene sia del tutto ovvio che la collaborazione tra Stati non possa spingersi al punto di imporre l'utilizzazione di mezzi o tecniche inammissibili per l'ordinamento interno, pure è evidente come una possibilità di deroga così vistosa rischi di determinare una sorta di paralisi, posto che appare del tutto inutile compiere atti che non potranno venir utilizzati e dunque in tale ipotesi l'unico epilogo possibile sembra il ritiro dell'ordine di indagine. Peraltro, come altrove segnalato¹⁷, sarebbe stato opportuno stabilire un obbligo per l'autorità emittente di intervenire all'esecuzione, con il corrispondente vincolo a consentire siffatta partecipazione; inoltre con riguardo alle prove dichiarative imporre l'utilizzo della videoconferenza e, almeno in relazione al versante passivo dell'istituto, della

¹⁵ L'art. 4 § 1 MAP stabilisce infatti un obbligo per lo Stato richiesto di osservare le formalità e le procedure indicate da quello richiedente con il consueto limite della non contrarietà ai principi del diritto dello Stato membro richiesto. Per contro l'art. 3 CEAG rimarca l'applicazione del principio *locus regit actum* al quale è possibile derogare limitatamente alla possibilità che testimoni e periti depongano previo giuramento e purché la normativa interna dello Stato di esecuzione non lo vieti.

¹⁶ Lo sottolinea A. MANGIARACINA, *L'acquisizione "europea" della prova cambia volto*, cit., 163, secondo la quale tuttavia l'aggettivo "fondamentali" deve ritenersi implicitamente richiamato. Segnala come l'ampiezza connessa alla deroga - la cui sostanziale indeterminatezza è evidente - rischi di favorire un'applicazione troppo estesa della *lex loci*, L. CAMALDO, *La normativa di attuazione dell'ordine europeo di indagine penale: le modalità operative del nuovo strumento di acquisizione della prova all'estero*, in *Cass. pen.*, 2017, 4210; nonché L. MARAFIOTI, *Orizzonti investigativi europei, assistenza giudiziaria e mutuo riconoscimento*, cit., 22.

¹⁷ Si era a suo tempo avanzata l'ipotesi secondo la quale, al fine di assicurare almeno in larga parte l'utilizzabilità degli atti compiuti, sarebbe stato opportuno imporre l'obbligo di concelebrazione e quello di far ricorso, per le prove dichiarative, all'esame a distanza anziché affidarne la scelta alla "buona volontà" delle autorità giudiziarie interessate: M.R. MARCHETTI, *Oltre le rogatorie: i nuovi strumenti per la circolazione degli atti investigativi e delle prove penali*, in *I nuovi orizzonti della giustizia penale*, Milano 2015, 221.

SPECIALE RIFORME

teleconferenza¹⁸. Tuttavia, sia il legislatore europeo che quello nazionale hanno preferito seguire la via consueta lasciando alle autorità coinvolte il potere di decidere in ordine alla partecipazione diretta o all'esame a distanza, sebbene quest'ultimo sembri avere maggiori occasioni di utilizzo non essendo più vincolato all'esigenza che per la persona da ascoltare non sia possibile o opportuno comparire personalmente.

Sempre collegata al principio del reciproco riconoscimento è la possibilità di rifiuto del riconoscimento dell'ordine europeo che è prevista in un numero abbastanza limitato di ipotesi tra loro piuttosto eterogenee. Va premesso che la direttiva contempla alcuni casi senza peraltro imporre un obbligo di rigetto lasciando così agli Stati membri la scelta circa la concreta operatività degli stessi. Il nostro legislatore ha ritenuto opportuno trasporre le varie ipotesi rendendole tutte obbligatorie: un'opzione - di per sé non in contrasto con la direttiva - che ha suscitato alcuni dubbi in ordine alla sua liceità anche in relazione alla giurisprudenza della Corte di giustizia sul mandato di arresto europeo¹⁹. Ora, se da un lato è evidente come tale prescrizione comporti una sorta di irrigidimento della normativa, dall'altro lato ha il pregio di determinare un'uniformità di trattamento: vale a dire che non si lascia ad una valutazione caso per caso la scelta circa il riconoscimento o meno dell'euro ordine, ma si stabilisce *a priori* che, ove ricorra una delle ipotesi elencate dall'art. 10, l'OEI verrà respinto consentendo così anche all'autorità di emissione di valutare quale potrebbe essere l'esito della richiesta e dunque permettendole, quantomeno in alcuni casi, di decidere se inoltrarla. Peraltro, in relazione all'ultima ipotesi contemplata dalla nostra normativa (art. 10 comma 1 lett. *f*), riguardante il principio della doppia incriminabilità, si stabilisce che questa non rilevi per un cospicuo numero di fattispecie - *rectius* categorie di reati - qualora il fatto sia punibile nello Stato di emissione con una pena non inferiore nel massimo a tre anni o con una misura di sicurezza detentiva (art. 11): una sorta di *déjà vu* al quale sia il mandato d'arresto europeo che l'esecuzione delle sentenze penali che irrogano pene o misure di sicurezza detentive ci hanno ormai abituato. Anche qui, fuori dai casi elencati nell'art. 11, o se il *quantum* di pena sia inferiore a quanto stabilito o non sia applicabile una misura di sicurezza detentiva, la mancanza della doppia incriminabilità impedi-

¹⁸ Il richiamo è solo al procedimento passivo in quanto non prevista, e probabilmente neppure prevedibile, nel nostro ordinamento. Sulle conferenze telefoniche v. *infra* nota 44.

¹⁹ Il rilievo è di MANGIARACINA, *L'acquisizione "europea" della prova cambia volto*, cit., 165.

Per una analisi completa ed articolata dei casi di rifiuto v. G. BARROCU, *La cooperazione investigativa in ambito europeo*, cit., 236 con riferimento alla direttiva e 259 per alcune precisazioni in merito alla normativa interna. V. pure R. PICCIRILLO, *Manuale operativo*, cit., 18.

SPECIALE RIFORME

sce il riconoscimento dell'euro ordine; come dire che tale disposizione, nell'imporre una deroga, ribadisce l'esistenza ed il valore del principio anche nell'ambito dell'assistenza giudiziaria²⁰.

3. Il procedimento passivo.

Secondo una strutturazione del tutto consueta e probabilmente non utilmente modificabile si disciplinano separatamente il versante passivo e quello attivo che richiedono di per sé una regolamentazione diversificata sia con riguardo allo snodarsi del procedimento, sia in relazione alle cosiddette speciali tecniche di investigazione che si ritiene tuttavia di trattare congiuntamente al fine di evitare inutili ripetizioni.

Premesso che il nostro legislatore - lo si è già accennato - ha optato per la ricezione e trasmissione dell'ordine europeo la via di trasmissione diretta evitando così l'appesantimento derivante dal passaggio attraverso un'autorità centrale, l'autorità giudiziaria competente a ricevere l'ordine europeo è il procuratore della Repubblica presso il tribunale del capoluogo del distretto nel quale devono essere compiuti gli atti richiesti. Si tratta di una scelta resa necessaria da quanto stabilito dal legislatore delegante per l'omologo istituto delle rogatorie per il quale l'art. 4, comma 1 lett. c, n. 2 della legge delega (21 luglio 2016 n. 149) ha previsto la competenza del procuratore distrettuale in luogo di quella della corte d'appello. Non è questa la sede per discutere le ragioni che hanno portato a tale sostanziale modifica, né per chiosare sulla sua reale convenienza, bastando qui sottolineare come sarebbe stato poco coerente individuare un organo diverso da quello prescelto per il corrispondente istituto disciplinato dal codice di procedura penale, sicché per l'OEI, così come del resto per la MAP, viene meno la fase di garanzia giurisdizionale che aveva fino ad ora caratterizzato tutti i procedimenti di cooperazione giudiziaria. Destinatario della richiesta è dunque il procuratore distrettuale al quale spetta riconoscere l'ordine con decreto motivato entro trenta giorni dalla sua ricezione, laddove l'individuazione del procuratore ha quantomeno il vantaggio di consentire una più rapida ed agevole soluzione del problema che si pone allorché gli atti richiesti debbano essere compiuti in diversi distretti. In tale caso, infatti, la norma prevede che sia competente il procuratore del distretto nel quale debbano essere eseguiti il maggior numero di atti, ovvero -

²⁰ Di norma lo si prevede solo per gli atti che determinano una coazione quali perquisizioni o sequestri: art. 5, § 1, lett. a CEAG.

V. pure tra i motivi di rifiuto in tema di rogatorie, l'art. 724, comma 7 lett. b c.p.p. che tuttavia consente di concedere l'assistenza anche ove il fatto non sia previsto come reato dal nostro ordinamento, se l'imputato abbia liberamente espresso il suo consenso.

SPECIALE RIFORME

se di pari numero - quello in cui devono compiersi gli atti di maggiore importanza investigativa. Orbene se il primo dei criteri indicati non pare creare particolari difficoltà, essendo ancorato ad un mero dato numerico, il secondo suscita invece non poche perplessità. Ci si domanda infatti sulla base di quali criteri possa individuarsi l'atto di maggiore importanza investigativa, posto che non esiste una sorta di elencazione degli stessi effettuata in base a siffatto parametro e soprattutto dato che soltanto l'autorità giudiziaria emittente potrebbe indicare - avendo conoscenza dell'intero procedimento - quale sia l'atto più importante nel caso di specie: vale a dire quello che consente di individuare la competenza territoriale del procuratore distrettuale²¹.

Sia come sia, il procuratore dopo aver riconosciuto l'ordine, ove l'attività debba essere compiuta dall'organo giurisdizionale, o ne venga previsto comunque l'intervento, ovvero se l'autorità di emissione lo chieda, investirà il giudice per le indagini preliminari. L'art. 5 comma 1 si limita ad una generica indicazione senza precisare se debba trattarsi di quello del luogo in cui l'atto deve essere compiuto oppure quello distrettuale. Ebbene, anche se appare del tutto ragionevole che la richiesta di esecuzione venga presentata a quest'ultimo, sarebbe stato di certo più corretto che venisse specificato; trattandosi del giudice non pare infatti opportuno affidarsi per la sua individuazione a quanto suggerito dalla logica e proprio per tale ragione lo schema di decreto legislativo elaborato dalla Commissione aveva ritenuto necessario precisarlo²². Al giudice per le indagini preliminari è, nei casi testé richiamati, affidata l'esecuzione; questi dopo aver accertata la sussistenza delle condizioni per il riconoscimento, provvede in camera di consiglio seguendo le forme espressamente richieste dall'autorità di emissione purché non in contrasto con i principi dell'ordinamento. Come in precedenza accennato non si parla di regole fondamentali sicché qualsiasi deviazione rispetto alla nostra normativa purché riconducibile ad un principio parrebbe poter determinare l'impossibilità di esecuzione secondo le forme richieste; peraltro la formulazione normativa (art. 5 comma 3) sembra porre molto opportunamente un obbligo al rispetto delle modalità indicate pur con il limite appena richiamato. Si è appena detto che il giudice verifica la sussistenza delle condizioni per il

²¹ Peraltro gli eventuali contrasti tra i diversi uffici verranno risolti sulla base di quanto dispongono gli artt. 54, 54-bis e 54-ter.

²² Art. 7 comma 6 dello schema di decreto presentato dalla Commissione ministeriale: Quando l'attività da eseguire richiede l'autorizzazione del giudice o deve essere compiuta dal medesimo, il procuratore distrettuale trasmette per l'esecuzione, senza ritardo e comunque entro tre giorni, gli atti al giudice per le indagini preliminari presso il tribunale del capoluogo del distretto. Orbene, indipendentemente dal termine, quello che rileva è l'indicazione esplicita del giudice cui trasmettere per l'esecuzione.

riconoscimento, già accertata dal procuratore distrettuale, si instaura quindi una sorta di controllo che se da un lato appare inevitabile, non potendosi ritenere che il giudice sia il passivo esecutore delle decisioni del procuratore, dall'altro lato evidenzia come questa duplice valutazione riguardi soltanto alcune attività, mentre per le altre resta sufficiente il vaglio del solo procuratore distrettuale. A quest'ultimo spetta anche l'individuazione dell'atto o degli atti diversi da quello indicato allorché l'atto richiesto per l'esecuzione dell'ordine non sia previsto dalla legge italiana o non ricorrano i presupposti per il suo compimento.

Quanto poi alla tutela del diritto di difesa si è seguita la «regola di assimilazione all'atto interno analogo»²³ per cui la segreteria del pubblico ministero comunicherà il decreto di riconoscimento al difensore dell'indagato entro il termine previsto dalla nostra normativa per l'atto interno equivalente, distinguendo tra quelli ai quali il difensore ha diritto di assistere previo avviso e quelli sprovvisti di tale garanzia. Nessuna comunicazione sarà invece fornita per quegli atti per i quali la nostra normativa non attribuisca al difensore tale diritto. Alla comunicazione *de qua* è anche collegata la possibilità di impugnare il decreto di riconoscimento, è da questa infatti che decorre il termine di cinque giorni per proporre opposizione al giudice per le indagini preliminari.

Con riguardo alla possibilità di impugnazione disciplinata dall'art. 13 è da sottolineare preliminarmente il progresso in questo settore attuato con l'OEI. Si consideri che per le rogatorie, nonostante in dottrina fossero state avanzate varie interpretazioni volte a sostenere una sia pur limitata possibilità di impugnazione della decisione della corte d'appello in ordine all'ammissibilità della richiesta e quindi alla sussistenza dei presupposti necessari per darvi esecuzione, in mancanza di un'esplicita regolamentazione in tal senso, la giurisprudenza ha sempre sostenuto l'inoppugnabilità dell'*exequatur*, limitandosi ad ammettere la sola possibilità di proporre incidente di esecuzione avverso gli atti di esecuzione della richiesta e fermo restando che in tale sede non si riteneva possibile porre in discussione la decisione circa la sua ammissibilità²⁴. È evidente come la scelta del legislatore – pur determinata dalla direttiva (art. 14) – rappresenti un'innovazione rilevante. Si stabilisce infatti che l'interessato e il suo difensore possono proporre opposizione al giudice per le indagini preliminari contro il decreto di riconoscimento adottato dal procuratore di-

²³ Così R. PICCIRILLO, *Manuale operativo*, cit., 16.

²⁴ Per le diverse interpretazioni della dottrina e per la giurisprudenza v. M.R. MARCHETTI, *L'assistenza giudiziaria internazionale*, Milano 2005, 109.

SPECIALE RIFORME

strettuale; quindi non si tratta soltanto di impugnare l'esecuzione dell'ordine ma si consente di contestare anche la sussistenza delle condizioni per il riconoscimento. Il procedimento appare ridotto in termini minimali posto che il giudice, dopo aver sentito il procuratore, decide con ordinanza e notifica il provvedimento, assunto evidentemente senza formalità, all'opponente. Il procuratore, cui la decisione viene comunicata, ne informa senza ritardo l'autorità di emissione. L'opposizione non ha effetto sospensivo, sicché, sebbene nel caso di accoglimento il decreto venga annullato, si procede comunque all'esecuzione e alla trasmissione dei risultati delle attività compiute a meno che il procuratore decida di sospenderla allorché ritenga che ne possa derivare grave e irreparabile danno all'indagato, all'imputato o alla persona comunque interessata dal compimento dell'atto. Forse sarebbe stato preferibile assegnare al giudice un termine molto ridotto per assumere la decisione e prevedere la sospensione della trasmissione anche per evitare che l'opposizione costituisca in concreto un "rimedio" solo apparente. Non solo, posto che a seguito dell'impugnazione, il procedimento pende dinanzi al giudice è sembrato alquanto discutibile che la decisione circa la sospensione venga affidata al procuratore²⁵, ma forse la scelta del legislatore è stata determinata dalla volontà di seguire il medesimo *iter* individuato per la trasmissione. Sia come sia resta il fatto che, ove l'autorità straniera partecipi al compimento dell'atto e i relativi risultati vengano consegnati direttamente al rappresentante dell'autorità emittente, la sospensione non sarebbe possibile neppure nei limitati casi in cui è prevista.

Il sindacato del giudice per le indagini preliminari non è limitata soltanto all'ipotesi di opposizione: infatti quando gli compete l'esecuzione dell'ordine, valuterà la sussistenza di motivi di rifiuto ed in caso affermativo potrà, anche su richiesta di parte, disporre l'annullamento del decreto di riconoscimento con l'effetto di impedire l'esecuzione.

È stata poi prevista una ulteriore possibilità limitata però alla sola evenienza di sequestro probatorio per la quale si stabilisce la legittimazione ad impugnare anche dell'imputato, della persona alla quale la prova o il bene sono stati sequestrati e di colei che avrebbe diritto alla loro restituzione. Lo strumento è sempre l'opposizione ma in questo caso si prescrive che il giudice provveda in camera di consiglio, *ex art.* 127, e che la relativa decisione sia ricorribile per cassazione per violazione di legge da parte del procuratore e degli interessati entro dieci giorni dalla comunicazione o notificazione. Alla corte di cassa-

²⁵ Sul punto G. BARROCU, *La cooperazione investigativa in ambito europeo*, cit., 269, che segnala anche un'ulteriore particolarità legata all'organo giurisdizionale che decide sull'opposizione (268).

zione, che provvede in camera di consiglio, è assegnato un termine per decidere di trenta giorni dal ricevimento del ricorso. Una evidente migliore tutela che avrebbe dovuto essere disposta anche per l'opposizione di cui al comma 1 dell'art. 13.

Si è già accennato, senza peraltro scendere nel merito, ai casi di rifiuto previsti dall'art. 10²⁶ cui si aggiungono due ulteriori ipotesi individuate dall'art. 9 comma 3 che attiene al mancato accordo circa la possibilità di disporre un atto alternativo e all'art. 23, riguardante le intercettazioni telefoniche, che ancora il riconoscimento dell'ordine alla sussistenza delle condizioni di ammissibilità previste dal nostro ordinamento. Si è pure già brevemente segnalata sia la possibilità di concelebrazione dell'ordine, sia quella di disporre un atto alternativo che consenta di raggiungere il medesimo risultato, nonché le modalità di trasferimento dei risultati dell'attività posta in essere che deve avvenire senza ritardo e che talora può essere temporaneo, ove si tratti di corpo del reato e delle cose ad esso pertinenti, già acquisiti nell'ambito di un procedimento interno. Non va dimenticato infatti che l'ordine può anche riguardare prove già esistenti, talché in questi casi è necessario che la consegna temporanea non sia di pregiudizio alla speditezza del procedimento in corso nel nostro Stato.

4. La procedura attiva.

Più sobria, ma non troppo, la regolamentazione della procedura conseguente all'emissione di un ordine di indagine da parte della nostra autorità giudiziaria che viene individuata dall'art. 27 in maniera stringata mediante il riferimento al pubblico ministero o al giudice procedente, nell'ambito delle rispettive attribuzioni: vale a dire che se l'OEI venga emesso nel corso delle indagini preliminari legittimato alla richiesta è il pubblico ministero anche quando si tratti di un'attività per la quale è indispensabile la previa autorizzazione del giudice, posto che il necessario preliminare intervento di questi non incide sulla titolarità delle stesse e dunque l'ordine resta di pertinenza del pubblico ministero. Dopo l'esercizio dell'azione penale l'emissione spetta invece al giudice che vi provvederà sentite le parti.

Quanto al procedimento, la generica dizione utilizzata "procedimento penale" ingloba evidentemente sia la fase di cognizione che quella di esecuzione e di sorveglianza per cui la legittimazione ad emettere l'ordine spetta anche al giudice dell'esecuzione - per quanto di sua competenza - nonché alla magistratura di sorveglianza, pur nella limitata misura in cui si debba acquisire la

²⁶ V. *retro* § 2.

SPECIALE RIFORME

documentazione necessaria al fine di valutare la «situazione globale del detenuto in vista, per esempio, della concessione di benefici o misure alternative»²⁷. Espresso riferimento è poi fatto al procedimento per l'applicazione di una misura di prevenzione patrimoniale, laddove l'esclusione delle misure di sicurezza personali potrebbe suscitare qualche perplessità, sebbene forse si è preferito evitare l'inclusione di queste ultime considerati i problemi che suscitano anche a livello sovranazionale²⁸. Manca invece ogni richiamo all'autorità amministrativa, sebbene l'art. 4, § 1 lett. c direttiva l'avrebbe consentito, veicolando così l'acquisizione probatoria all'estero in tali casi verso l'utilizzo di altri strumenti normativi, più precisamente della MAP se operante tra gli Stati interessati. Un'omissione non facilmente spiegabile soprattutto ove si consideri che la convenzione *de qua* è stata quasi totalmente riassorbita dall'ordine europeo e che non pare necessario, né ragionevole, mantenere in vita, oltre lo stretto necessario, diversi mezzi di assistenza giudiziaria.

L'ordine europeo è in sé inoppugnabile salvo che abbia ad oggetto un sequestro probatorio nel qual caso è possibile proporre richiesta di riesame ai sensi dell'art. 324 c.p.p. da parte dell'indagato, dell'imputato, del difensore, di colui al quale il bene o la prova sono stati sequestrati e di chi avrebbe diritto alla loro restituzione. Trattandosi di un'impugnazione nel merito non sarebbe stata possibile una diversa scelta sia perché una tale valutazione esula dalle possibilità di cognizione dell'autorità di esecuzione, la quale, a tacer d'altro, non avrebbe gli strumenti conoscitivi necessari per decidere, sia in quanto si porrebbe in aperto contrasto con il principio del reciproco riconoscimento che - impedendo la valutazione nel merito del provvedimento da eseguire - non potrebbe coesistere con un tal tipo di esame. Non a caso, infatti, la stessa direttiva la riserva allo Stato di emissione (art. 14, § 2) e il legislatore, uniformandosi a tale indicazione, ha provveduto ad affidarla alla nostra autorità giudiziaria, seguendo così il consolidato e risalente orientamento giurisprudenziale in tema di rogatorie²⁹. Per le altre attività che possono essere oggetto della richiesta non è invece ammissibile, lo si è appena detto, alcuna impugnazione, conseguentemente tutte le circostanze che inficiano il valore dell'atto dovranno essere verificate dal giudice chiamato a decidere in ciascuna fase

²⁷ Così R. PICCIRILLO, *Manuale operativo*, cit., 42.

²⁸ Sui dubbi di compatibilità di tali misure con la CEDU v. Corte EDU, Grande Camera, 23 febbraio 2017, De Tommaso c. Italia, in *questa Rivista*.

²⁹ Merita ricordare che anche in tema di rogatorie la stessa giurisprudenza aveva da tempo segnalato che contro il decreto la cui esecuzione viene chiesta all'autorità straniera possono essere attivati i meccanismi di impugnazione e di controllo previsti dal nostro codice di rito per la verifica dei presupposti normativi del provvedimento di sequestro oggetto della commissione rogatoria: così pressoché testualmente Cass., sez. I, 20 settembre 2002, Monnier, in *Cass. pen.*, 2003, 767 con nota di E. CALVANESE.

del procedimento³⁰.

Di particolare rilevanza, ma soprattutto per il suo valore simbolico, è la possibilità che l'ordine di indagine venga emesso anche su richiesta del difensore dell'indagato, dell'imputato e del proposto per l'applicazione di una misura di prevenzione. Ovvio che il difensore non possa provvedere autonomamente all'emissione, quindi l'unica possibilità di dare concretezza a quanto indicato nella direttiva (art. 1 § 3) – per la verità in termini abbastanza sommessi – è dato dal prevedere che il difensore ne chieda l'emissione all'autorità giudiziaria. Orbene, se da un lato la scelta del legislatore può apparire discutibile in quanto sostanzialmente ripropone quella teoria della canalizzazione che si era voluta eliminare con le modifiche alla disciplina delle investigazioni difensive³¹, dall'altro non pare ipotizzabile una diversa soluzione dal momento che sembra del tutto improponibile che il difensore si rivolga direttamente all'autorità giudiziaria straniera considerato, tra l'altro, che l'OEI è strutturato come istituto operante esclusivamente tra autorità giudiziarie.

Ma torniamo alla disciplina approntata dall'art. 31. Il difensore può chiedere l'emissione dell'ordine al pubblico ministero o al giudice che procede lasciando così intendere che non è ammessa una qualche facoltà di scelta tra questi due soggetti, ma che si debba rivolgere all'uno o all'altro a seconda della fase in cui tale richiesta viene formulata³². Come dire che il giudice per le indagini preliminari potrebbe emettere l'ordine soltanto se, avanzata dal difensore richiesta di incidente probatorio ove ne ricorrano i presupposti, la prova sia da assumere all'estero, mentre nelle altre ipotesi – a differenza di quanto previsto per le investigazioni difensive – la scelta dell'autorità giudiziaria cui rivolgersi sia “obbligata”. Non solo, sebbene la necessità di acquisizione probatoria all'estero possa riguardare tutte le parti processuali oltreché l'offeso dal reato, la norma limita la possibilità *de qua* soltanto all'imputato, all'indagato o al proposto per la misura di sicurezza. Ben vero che la direttiva fa riferimento solo ai primi due ma non pare che fornire una simile opportunità anche agli altri soggetti processuali ne avrebbe costituito una violazione. Il legislatore tuttavia ha preferito lasciar cadere il suggerimento dato dalla Commissione, limitando così coloro che possono valersi di tale *chance*.

La richiesta deve indicare a pena di inammissibilità l'atto di indagine o la prova oggetto dell'OEI e specificare i motivi che ne giustificano il compimento o

³⁰ G. BARROCU, *La cooperazione investigativa in ambito europeo*, cit., 272.

³¹ Sul punto e più in generale sulle indagini difensive, v., per tutti, E. LORENZETTO, *Il diritto di difendersi indagando nel sistema processuale penale*, Napoli 2013, 56.

³² In tal senso R. PICCIRILLO, *Manuale operativo*, cit., 47.

SPECIALE RIFORME

l'assunzione³³. Anche in questo caso dunque, similmente a quanto avviene con le investigazioni difensive allorché si richiama l'intervento del pubblico ministero o del giudice, si realizza una parziale e anticipata *discovery* che peraltro appare inevitabile posto che non sarebbe stato ipotizzabile l'obbligo per l'autorità giudiziaria di eseguire la richiesta del difensore *tout court*. In caso di rigetto il pubblico ministero pronuncia decreto motivato laddove tale requisito consente da un lato di formularla nuovamente tenendo conto delle ragioni che hanno determinato il rigetto e, dall'altro lato, di "spendere" nel processo l'eventuale pretestuosa, o meramente apparente, motivazione. Si precisa inoltre che il pubblico ministero, nel caso in cui venga chiesto un provvedimento di sequestro, se non ritenga di emettere il relativo ordine di indagine, trasmetta la richiesta al giudice per le indagini preliminari unitamente al suo parere. Una scelta decisamente opportuna - forse resa necessaria dal tenore dell'art. 368 che non ne limita l'operatività al solo sequestro da disporre sul territorio nazionale -, che avrebbe potuto venir estesa, come segnalato in dottrina³⁴, più in generale alle istanze del difensore ove respinte dal pubblico ministero, consentendo così un controllo giurisdizionale sulla correttezza delle decisioni assunte dall'organo dell'accusa. Per quel che attiene al giudice, questi provvede con ordinanza dopo aver sentito le parti il che consente una più approfondita valutazione della richiesta. Va ancora segnalato che l'art. 31 non prevede, nel caso di accoglimento della istanza, che l'autorità giudiziaria emittente chieda a quella di esecuzione di consentire la partecipazione del difensore al compimento dell'atto. Ben vero che la direttiva non menziona siffatta possibilità, ma non pare che questa debba per ciò stesso venire esclusa purché naturalmente tale partecipazione non si ponga in contrasto con i principi fondamentali dell'ordinamento dello Stato di esecuzione o non leda i suoi interessi essenziali riguardanti la sicurezza nazionale (art. 9 § 4 direttiva). Questa omissione a dire il vero è una lacuna della normativa sovranazionale che rappresenta un discutibile arretramento rispetto ad accordi ben più risalenti quali la Convenzione europea di assistenza giudiziaria del 1959 il cui art. 4 prevede la possibilità di partecipare - *rectius* assistere - all'esecuzione della rogatoria da parte delle «autorità e [del]le persone in causa»: vale a dire di tutti i soggetti coinvolti nel procedimento. Nondimeno il legislatore si è completamente appiattito sulle scelte del legislatore europeo senza neppure tentare di proporre una visione alternativa. Un'ulteriore lacuna è costituita dall'omessa espressa

³³ Sottolinea come nulla sia detto con riguardo ai criteri in base ai quali l'autorità giudiziaria deve decidere: vale a dire se seguirà il canone dell'art. 190 o quello dell'art. 507, G. BARROCU, *La cooperazione investigativa in ambito europeo*, cit., 288.

³⁴ Ancora G. BARROCU, *La cooperazione investigativa in ambito europeo*, cit., 286.

SPECIALE RIFORME

indicazione dell'obbligo di deposito delle risultanze dell'attività svolta a seguito della richiesta della difesa che non può dirsi sanata dal disposto dell'art. 35 che richiamando la normativa interna ne ripropone anche i limiti.

Si è prima detto che la rilevanza di tale disciplina risiede soprattutto nel suo valore simbolico: aver riconosciuto esplicitamente la possibilità alle parti necessarie del processo di accedere all'assistenza giudiziaria; nondimeno in concreto non pare che la loro posizione sia grandemente migliorata. A ben vedere infatti anche con la precedente normativa il difensore dell'imputato avrebbe potuto segnalare l'opportunità di acquisire una prova all'estero e chiedere all'autorità giudiziaria di presentare una richiesta di rogatoria ed il fatto che non vi fosse una disciplina che prevedeva siffatta possibilità – così come non vi era alcun divieto – non era di per sé impeditiva del ricorso al meccanismo rogatorio da parte dell'unica autorità legittimata che – ieri come oggi – è quella giudiziaria. D'altra parte, per consentire alla difesa di attuarsi compiutamente anche nelle ipotesi delle quali si parla, gli istituti che regolano l'assistenza giudiziaria sono, per loro stessa natura, inadeguati essendo necessario che l'attività da svolgere sia veicolata attraverso l'autorità giudiziaria. Quello che in realtà servirebbe è una normativa europea che regoli le investigazioni difensive transnazionali consentendo in tal modo al difensore di svolgere le proprie indagini autonomamente, libero da quel “potere di veto” che connota l'attuale disciplina. Al momento infatti la possibilità che il difensore svolga anche all'estero la stessa attività che può compiere in Italia rappresenta soltanto l'illusione di quella parte della dottrina che le aveva ritenute – e tutt'ora le ritiene – almeno in parte ammissibili, peraltro subito smentita dalla giurisprudenza di legittimità³⁵.

Specularmente a quanto stabilito per la procedura passiva si regola sia la richiesta di partecipazione della nostra autorità di emissione al compimento dell'atto, che viene configurata come una scelta mentre avrebbe dovuto venir considerata come un obbligo ancorché subordinato all'accettazione dell'autorità di esecuzione, sia l'indicazione delle modalità di compimento degli atti «specificamente indicando i diritti e le facoltà riconosciuti dalla legge

³⁵ Si era infatti ritenuto che, quantomeno per quelle attività per le quali non è necessario l'intervento del giudice, potesse procedersi alle investigazioni all'estero, salvo fossero vietate dall'ordinamento dello Stato straniero, con il medesimo regime di utilizzabilità previsto per i corrispondenti atti compiuti sul nostro territorio: M.R. MARCHETTI, *L'assistenza giudiziaria internazionale*, cit. 128. Nello stesso senso C. ANGELONI, *L'inammissibilità di investigazioni difensive all'estero: una ricostruzione plausibile?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 1384; D. CURTOTTI NAPPI, *I nuovi orizzonti investigativi del difensore: le informazioni assunte all'estero. Osservatorio del proc. pen.*, 2007, 2, 14. Come detto però la corte di cassazione ha ritenuto inammissibile tale interpretazione sebbene con argomentazioni non proprio ineccepibili, Cass., Sez. I, 29 maggio 2007, Kaneva, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 1382.

SPECIALE RIFORME

alle parti e ai loro difensori». Più che evidente il collegamento di tale disposizione con l'art. 36 che disciplina l'utilizzabilità degli atti e delle prove assunti all'estero, limitandosi a stabilire che i documenti e i verbali degli atti non ripetibili sono inseriti nel fascicolo per il dibattimento, mentre per gli altri casi l'inserimento è subordinato alla condizione che i difensori siano stati posti in grado di assistere al compimento dell'atto ed abbiano potuto esercitare le facoltà loro consentite dalla nostra legge. Niente di nuovo rispetto alla versione della norma che continua a richiamare soltanto le rogatorie ed alla quale si aggiungono gli atti compiuti mediante ordine di indagine. Piuttosto ci si domanda come sia possibile la partecipazione del difensore posto che la direttiva in realtà non contiene alcuna previsione specifica in merito a siffatto intervento: l'art. 9 § 4 menziona soltanto le autorità dello Stato di emissione e non quindi il difensore la cui presenza rappresenta però la *conditio sine qua non* per l'inserimento nel fascicolo. Ben vero che l'art. 33 comma 1, tra le indicazioni da fornire ai fini dell'esecuzione, fa esplicito riferimento ai diritti e le facoltà riconosciuti alle parti e ai loro difensori, e che la direttiva all'art. 9 § 2 impone – seppure non senza alcun limite – il rispetto delle formalità e delle procedure espressamente indicate dall'autorità di emissione, nondimeno ritenere che da questo derivi un obbligo per l'autorità straniera di consentire la partecipazione del difensore nominato nel nostro Stato sembra operazione ermeneutica eccessivamente azzardata. Più accettabile forse appare l'ipotesi che nello Stato di esecuzione venga nominato un difensore che partecipi al compimento dell'atto – una sorta di domiciliatario – che consenta di ottemperare a quanto stabilito dall'art. 36 comma 1 lett. *b*, anche se si tratta di una soluzione non proprio soddisfacente, che tuttavia è preferibile rispetto ad una possibilità di lettura che, facendo leva sulla “impossibilità di natura oggettiva”, potrebbe venir utilizzata per aggirare il limite posto nella lett. *b*. Nessun problema naturalmente ove la normativa straniera estenda la più volte menzionata partecipazione anche al difensore nazionale³⁶. La possibilità di utilizzare gli atti compiuti a seguito di un ordine di indagine emesso nella fase procedimentale riguarda inoltre le dichiarazioni rese da un

³⁶ Le leggi di attuazione adottate da Francia e Regno Unito si conformano pienamente alla previsione dell'art. 9 par. 4 della direttiva. L'art. 694-39 del codice di procedura penale francese riconosce, quali unici possibili motivi di rifiuto della richiesta dell'autorità emittente di partecipare all'esecuzione dell'atto, il caso in cui detta partecipazione appaia “de nature à réduire les droits des parties et les garanties procédurales fondamentales de notre droit ou de nature à nuire à nos intérêts nationaux fondamentaux”. Analogamente, l'art. 34 delle Regulations 2017 n°730 del Regno Unito prevede che la richiesta di concelebrazione dello Stato emittente possa essere rifiutata soltanto quando “contrary to a fundamental principle of law, or harmful to essential national security interests”, in R. PICCIRILLO, *Manuale operativo*, cit., 49 nota 42.

soggetto residente all'estero allorché questi, regolarmente citato, non sia comparso e purché non ne sia possibile l'esame dibattimentale. Un'ulteriore utilizzazione mediante lettura di atti assunti all'estero attraverso l'OEI che si potrebbe evitare avvalendosi della videoconferenza, sicché nel verificare il requisito della "assoluta impossibilità" deve tenersi conto anche della possibilità dell'esame a distanza e solo se questo non era realizzabile si potrà disporre la lettura³⁷.

5. Le speciali tecniche di indagine: il trasferimento temporaneo di detenuti e l'esame a distanza.

Seguendo una tendenza ormai abbastanza diffusa si disciplinano delle specifiche modalità di indagine e di acquisizione probatoria alcune delle quali consentono che l'atto sia compiuto direttamente dall'autorità giudiziaria di emissione. Ci si riferisce anzitutto al trasferimento temporaneo di una persona detenuta la cui presenza è necessaria per il compimento di un atto che, come è evidente, può essere disposto verso lo Stato di emissione o, per contro, da parte di questo verso quello di esecuzione ed è ovviamente disciplinato sia con riguardo alla procedura passiva che a quella attiva.

Cominciamo dalla procedura passiva sulla consegna temporanea di persone detenute verso lo Stato di emissione nella quale ai fini del trasferimento di tali soggetti, che devono aver prestato il loro consenso, è necessario il nulla osta del giudice che procede ovvero del magistrato di sorveglianza qualora si tratti di detenuti o internati. La valutazione del giudice riguarda sia la compatibilità del trasferimento con l'età e le condizioni di salute fisica o mentale della persona da trasferire, sia la legittimità del consenso che deve risultare da atto scritto ed è condizionato alla possibilità che l'interessato abbia potuto conferire con il suo difensore³⁸. Al procuratore spetta invece concordare le modalità del trasferimento e il termine di rientro che deve comunque avvenire in data anteriore alla scadenza dei termini massimi di custodia o di cessazione della pena in esecuzione; si è poi opportunamente precisato che il periodo di detenzione all'estero è computato nella durata della custodia cautelare o della

³⁷ Questo è un caso in cui potrebbe tornare utile la conferenza telefonica la cui maggiore accessibilità e i costi ridotti potrebbero essere vantaggiosi e che del resto, considerate le modalità di svolgimento e le garanzie previste (analoghe alla videoconferenza), potrebbe non essere così "preoccupante" e sarebbe sicuramente preferibile alla lettura di un verbale. Il nostro legislatore tuttavia ha avuto cura di escluderla *in toto* forse temendo un possibile uso esorbitante rispetto ai limitati casi nei quali - anche per gli Stati scandinavi che la utilizzano - potrebbe essere ammissibile.

³⁸ Segnala l'esigenza che, sebbene non indicato dalla norma, si debba procedere, se necessario, anche in presenza dell'interprete, A. MANGIARACINA, *L'acquisizione "europea" della prova cambia volto*, cit., 174.

SPECIALE RIFORME

pena. Infine si stabilisce che il soggetto non potrà essere privato della libertà personale per un fatto anteriore diverso da quello per il quale il trasferimento è stato disposto: un'applicazione del ben noto principio di specialità dell'extradizione comprendente anche in parte le condizioni di caducazione dello stesso. Una disciplina simile si ha anche nell'ipotesi inversa, vale a dire quando la persona detenuta nello Stato di emissione venga trasferita in Italia per il compimento di un atto di indagine o di prova. In questo caso l'attività da compiere è per evidenti ragioni esclusivamente di competenza del procuratore al quale, tra l'altro, spetta di disporre la custodia del soggetto, per l'intera durata del trasferimento, nel luogo di compimento dell'atto.

Per quel che riguarda la procedura attiva, la disciplina è del tutto analoga e per esplicita prescrizione contenuta negli artt. 37 e 38 si applicano rispettivamente le disposizioni degli artt. 16 e 17 comma 2.

L'altro istituto deputato a consentire che l'attività da compiere venga svolta direttamente dall'autorità giudiziaria di emissione è costituito dalle videoconferenze: una modalità da tempo sperimentata anche in sede sovranazionale³⁹ la cui regolamentazione si ripete in maniera pressoché analoga nei vari strumenti normativi. Si stabilisce così che l'indagato, l'imputato - che abbiano prestato il loro consenso -, il testimone, il perito o il consulente tecnico possono essere sentiti mediante videoconferenza previo accordo con l'autorità di emissione sulle modalità dell'audizione e sulle eventuali misure da adottare per la protezione della persona da ascoltare. L'audizione è compiuta direttamente dall'autorità di emissione o sotto la sua direzione, fermo restando che questa si svolge con la necessaria presenza del procuratore della Repubblica o del giudice che vi presenziano al fine di assicurare il rispetto dei principi fondamentali del nostro ordinamento. A differenza di quanto indicato nella direttiva non si contempla espressamente la possibilità di intervenire ove tali principi vengano violati - l'autorità di esecuzione prende immediatamente i provvedimenti necessari per assicurare che l'audizione continui a svolgersi secondo tali principi dice l'art. 24, § 5 lett. a - ma pare chiaro che l'autorità giudiziaria che assiste abbia il potere di adottare le misure necessarie ivi compresa, è da ritenere, l'interruzione della videoconferenza allorché la violazione perduri.

È inoltre previsto che i testimoni, i periti e, anche se non menzionati espressamente, i consulenti tecnici debbano essere informati della facoltà di astensione riconosciuta sia dall'ordinamento interno che da quello dello Stato di

³⁹ V. tra gli altri l'art. 10 MAP, l'art. 9 II Protocollo addizionale alla CEAG, l'art VI Accordi aggiuntivi Italia-Svizzera, nonché con riguardo al diritto interno gli artt. 726 *quinquies* e 729 *quater* cpp.

SPECIALE RIFORME

emissione. Gli incumbenti del procuratore della Repubblica o del giudice non si limitano soltanto alla partecipazione all'atto, infatti questi devono anche disporre la nomina di un interprete ove necessario, e procedere all'identificazione della persona da ascoltare, alla notifica dell'ora e del luogo della comparizione, alla citazione del testimone, del consulente tecnico o del perito, nonché infine a provvedere all'invito a comparire per l'indagato o l'imputato informandolo dei diritti e delle facoltà che gli sono riconosciuti dall'ordinamento dello Stato di emissione. Sebbene le videoconferenze abbiano suscitato non poche perplessità⁴⁰, sembrano tuttavia, almeno con riguardo a quelle transnazionali, poter rappresentare una modalità di acquisizione di dichiarazioni da incentivare posto che, consentendone l'esecuzione direttamente da parte dell'autorità giudiziaria interessata, garantiscono l'applicazione della *lex fori* - pur con i limiti dei quali si è prima detto - e la salvaguardia del principio di immediatezza. Dei vantaggi connessi a tale modalità - la cui unica alternativa è costituita dall'assunzione da parte dell'autorità straniera, eventualmente affiancata da quella di emissione - si è evidentemente reso conto il legislatore europeo che ha evitato di limitarle alle sole ipotesi nelle quali non fosse possibile o opportuno per la persona da ascoltare comparire dinanzi all'autorità procedente come invece fino ad ora solitamente previsto⁴¹ e come il nostro legislatore continua a prevedere per la procedura attiva nella quale l'art. 39 comma 3 lett. a le subordina alla sussistenza di giustificati motivi che rendono non opportuna la presenza degli esaminandi sul territorio nazionale. Con riguardo alla procedura attiva, regolata in maniera ben più sintetica, oltre alla limitazione appena richiamata, alla quale si affiancano altre ipotesi quali la detenzione nel territorio dello Stato di esecuzione del soggetto da ascoltare e i casi disciplinati dall'art. 147 *bis* disp. att., l'istituto è esteso anche alle persone informate dei fatti; si chiarisce così che le videoconferenze non sono limitate soltanto alla fase processuale ma possono essere utilizzate anche dal pubblico ministero in sede di indagini preliminari. Peraltro, come è stato segnalato⁴², il richiamo all'art. 147 *bis* disp. att. significa che l'ordine di indagine potrà venir emesso sia nei casi in cui il giudice ha facoltà di disporre l'esame a distanza dei soggetti ammessi al programma di protezione e di quelli coinvolti nelle operazioni sotto copertura, sia allorché tale forma di esame costituisca la regola che può venir derogata esclu-

⁴⁰ G. BARROCU, *La cooperazione investigativa in ambito europeo*, cit., 282; S. BUZZELLI, *Videoconferenze*, in *Investigazioni e prove transnazionali*, cit., 215 di chiara.

⁴¹ V., ad esempio, l'art. 10 MAP, nonché l'art. 729-*quater* c.p.p. che continua a limitarle all'ipotesi in cui il soggetto non possa essere trasferito in Italia.

⁴² R. PICCIRILLO, *Manuale operativo*, cit., 50.

sivamente nell'ipotesi in cui il giudice ne ritenga assolutamente necessaria la presenza.

Peraltro la possibilità di ascoltare un soggetto che non si trovi sul territorio dello Stato non è limitata alla sola videoconferenza essendo prevista la possibilità che l'audizione possa svolgersi, sebbene con esclusivo riferimento ai testimoni e ai periti, anche mediante conferenza telefonica. Tale modalità, per noi del tutto inusuale, trae la sua origine dall'art. 11 della MAP ed è limitata alle ipotesi in cui per i soggetti *de quibus* non sia opportuno o possibile comparire personalmente dinanzi all'autorità di emissione⁴³. Nata per agevolare in particolare i Paesi nordeuropei⁴⁴, consentendo di ascoltare i soggetti su alcune questioni minori o per delle precisazioni riguardanti testimonianze, o relazioni, già effettuate, evitando i costi e la complessità sotto il profilo strettamente tecnico delle videoconferenze, sembra oggi poter avere una ben scarsa applicazione considerati gli attuali strumenti di comunicazione video. Nondimeno il legislatore europeo ha ritenuto opportuno continuare a prevederla e, sotto il profilo passivo, è stata ovviamente regolata dalla nostra normativa di recepimento che la disciplina *per relationem* mediante il rinvio, con il limite della compatibilità, alle disposizioni sulle videoconferenze.

6. Le altre attività di indagine: informazioni di natura finanziaria, operazioni sotto copertura, intercettazioni di telecomunicazioni, sequestro probatorio.

Quanto alle ulteriori attività che tendenzialmente non implicano la diretta partecipazione di determinati soggetti, come invece nei casi appena considerati, si regolano anzitutto le informazioni riguardanti conti e operazioni bancarie o finanziarie; si tratta di quelle indagini che potremmo definire di natura finanziaria inizialmente disciplinate dal Protocollo alla MAP (Lussemburgo, 13 ottobre 2001) e confluite nell'OEL. Orbene per l'acquisizione di informazioni e documenti presso banche e istituti finanziari è necessario vengano illustrati i motivi per i quali tale attività è rilevante nel procedimento e in mancanza di

⁴³ Sulle conferenze telefoniche e sulla loro non contrarietà ai principi del nostro ordinamento, consentendoci così di effettuarle ancorché soltanto per la procedura passiva, cfr. M.R. MARCHETTI, *L'assistenza giudiziaria internazionale*, cit., 230. Merita ricordare che questa modalità *sui generis* parrebbe poter avere maggiore diffusione di quanto si creda visto che anche il II Protocollo addizionale alla CEAG le prevede all'art. 10; peraltro, come detto nel testo, i progressi effettuati nel campo delle videocomunicazioni e la diffusione degli strumenti di comunicazione via *web* che consentono collegamenti quali *skype*, sembrano renderle ormai tendenzialmente obsolete.

⁴⁴ Per la precisione i paesi scandinavi nei quali tale modalità ha - o aveva - una qualche diffusione a causa delle avverse condizioni climatiche che possono rendere alquanto difficoltoso per i soggetti interessati comparire dinanzi all'autorità giudiziaria.

SPECIALE RIFORME

tali indicazioni è da ritenere che l'esecuzione dell'ordine verrà rifiutata⁴⁵. Peraltro il rinvio alla nostra normativa interna, e più precisamente agli artt. 255 e 256 c.p.p., fornisce una sorta di precisazione ed al contempo di ampliamento della più generica formulazione utilizzata dall'art. 20: oggetto del sequestro saranno quindi documenti, titoli, valori, somme depositate in conto corrente e ogni altra cosa anche se contenuti in cassette di sicurezza, fermo restando che l'ordine dovrà essere riconosciuto anche quando questi non appartengano all'imputato o siano iscritti a suo nome purché vi sia il fondato motivo di ritenere che siano pertinenti al reato. Inoltre, il richiamo all'art. 256 c.p.p. implica che pure nel caso di ordine di indagine si applichi, oltre al dovere di esibizione, l'intera disciplina dei segreti ivi compresa, quando venga eccepito il segreto di Stato, la richiesta di conferma al Presidente del Consiglio dei ministri. Parimenti si rinvia alle relative disposizioni codicistiche - artt. 266 e ss. - qualora l'ordine abbia ad oggetto l'acquisizione in tempo reale dei flussi informatici o telematici provenienti o diretti a banche o istituti finanziari⁴⁶. Estremamente stringata la regolamentazione relativa alla procedura attiva che, oltre a prevedere la necessità di indicare i motivi della rilevanza dell'accertamento e le informazioni utili all'individuazione delle banche o degli istituti di credito, si sostanzia nel richiamare l'allegato da compilare. Parimenti sintetica è la disciplina delle operazioni sotto copertura e di un'attività a queste spesso collegata costituita dal ritardo o dall'omissione degli atti di arresto o di sequestro.

Per la verità la complessità e delicatezza della materia avrebbe dovuto consigliare una regolamentazione più puntuale almeno per quanto riguarda alcuni profili rimasti invece del tutto in ombra. Non solo, si tratta di una modalità di indagine che per le sue caratteristiche parrebbe poco adatta ad inserirsi nell'ordine europeo in quanto non infrequentemente nel corso dell'operazione può manifestarsi l'esigenza di un ampliamento: vale a dire che tali operazioni «nella loro dinamica comportano lo svolgimento di una serie di attività non facilmente preventivabili che richiederebbero l'emissione di numerosi ordini di indagine»⁴⁷. La soluzione individuata dalla dottrina, con riferimento però alla scoperta di altre fattispecie delittuose, fa leva sull'art. 34

⁴⁵ Ritene che in mancanza dell'illustrazione dei motivi, il procuratore debba chiedere le informazioni necessarie e solo ove questa integrazione non venga fornita, dovrà rifiutare l'esecuzione A. MANGIARACINA, *L'acquisizione "europea" della prova cambia volto*, cit. 176.

⁴⁶ Trattandosi di un'attività assimilabile alle intercettazioni di comunicazioni informatiche o telematiche, si ritiene che la relativa richiesta dovrà conformarsi agli artt. 43 e 44, R. PICCIRILLO, *Manuale operativo*, cit., 51.

⁴⁷ Così G. BARROCU, *La cooperazione investigativa in ambito europeo*, cit., 321.

che prevede espressamente in relazione alla procedura attiva - ma operante anche per quella passiva come emerge chiaramente dall'art. 4 comma 7 - la possibilità di integrazione o completamento dell'ordine già emesso⁴⁸: un'interpretazione certamente condivisibile per quel che attiene all'ipotesi considerata che tuttavia pare poter creare qualche difficoltà ove si tratti di un'estensione da attuarsi in tempi assai ridotti come potrebbe accadere allorché nel corso dell'operazione si renda necessario il tempestivo compimento di ulteriori attività. Come risulta infatti dall'appena richiamato art. 4 comma 7, le modalità previste sono le stesse dell'OEI principale; è dunque necessario che l'ordine integrativo - che per rendere la procedura più rapida può essere consegnato direttamente dall'autorità che partecipa all'esecuzione - venga riconosciuto e successivamente eseguito dall'autorità giudiziaria che ha già provveduto sulla precedente richiesta. Il tutto implica dei tempi che potrebbero risultare in concreto eccessivamente ampi in relazione all'operazione già in fase di svolgimento. Forse anche per tale ragione si è ritenuto di poter superare la possibile *impasse* derivante da una richiesta della quale debbono essere necessariamente indicati i confini, mediante la costituzione di una squadra investigativa comune che pare modalità più adatta al compimento di un tal tipo di indagini⁴⁹.

Veniamo alla normativa di recepimento che si limita sostanzialmente a richiamare la disciplina interna sulle operazioni sotto copertura, sebbene vari siano i problemi dei quali sarebbe stato opportuno farsi carico nel regolare le operazioni delle quali si parla nella loro dimensione transnazionale. Anzitutto è necessario domandarsi se sia ammissibile dare riconoscimento ed esecuzione ad un ordine avente ad oggetto un'operazione di infiltrazione senza che sia in corso un procedimento penale, ritenendosi da parte della dottrina che non «sembrano esservi dubbi circa la necessità di subordinare il riconoscimento e l'esecuzione dell'ordine all'esistenza di un procedimento penale interno»⁵⁰. Inoltre, sebbene in relazione al diritto interno talora si sia sostenuto che le indagini sotto copertura sono un'attività riservata ai vertici della polizia giudiziaria

⁴⁸ In tal senso P.P. PAULESU, *Operazioni sotto copertura e ordine europeo di indagine penale*, in *questa Rivista*, 2018, 15, il quale segnala la possibilità che nel corso dell'operazione di infiltrazione si scoprano altre fattispecie delittuose non contemplate nella richiesta di collaborazione trasmessa all'estero.

⁴⁹ Cfr. G. BARROCU, *La cooperazione investigativa in ambito europeo*, cit., 321; P.P. PAULESU, *Operazioni sotto copertura e ordine europeo di indagine penale*, cit., 17.

⁵⁰ Così P.P. PAULESU, *Operazioni sotto copertura e ordine europeo di indagine penale*, cit., 13. Sul punto v. pure. G. BARROCU, *La cooperazione investigativa in ambito europeo*, cit., 319 secondo il quale deve essere verificata la sussistenza di un procedimento penale in corso ovvero «procedere alla previa iscrizione della notizia di reato e, solo successivamente, riconoscere l'ordine di indagine».

SPECIALE RIFORME

ziaria, cui seguirebbe una comunicazione al pubblico ministero⁵¹, il problema non ha neppure ragione di porsi con riguardo all'ordine di indagine in quanto la relativa emissione è riservata all'autorità giudiziaria e sempre a questa l'OEI viene trasmesso nel caso di richiesta dall'estero. Pure da escludere è la possibilità che l'esecuzione sia affidata in via esclusiva all'autorità straniera, posto che, se è vero che ai funzionari esteri è riconosciuta la qualifica di pubblici ufficiali, a questi non è però attribuita quella di ufficiali di polizia giudiziaria, i quali, secondo la nostra normativa interna, sono gli unici a poter assumere la responsabilità delle operazioni *de quibus*⁵². Quelli appena tratteggiati sono alcuni dei problemi più vistosi derivanti da una disciplina carente: il legislatore non pare infatti essersi reso conto che il mero rinvio alla normativa interna è del tutto insufficiente quando si tratti di rapporti sovranazionali, eppure la Commissione ministeriale aveva predisposto una regolamentazione più precisa specificando anzitutto il ruolo del pubblico ministero ed evitando che le indagini sotto copertura ostacolino le indagini in corso, inoltre – ed era condizione indispensabile per il riconoscimento e l'esecuzione – si era previsto l'accordo sulle modalità di esecuzione; infine, nel caso di difficoltà a raggiungere un'intesa, o nell'ipotesi di indagini da svolgersi nel territorio di più Stati membri, si prevedeva il ricorso al membro italiano di Eurojust⁵³. Il legislatore tuttavia ha preferito una disciplina scarna, lasciando alla giurisprudenza il compito di supplire alle carenze attraverso un'opera di ortopedia interpretativa che si sarebbe potuta almeno in parte evitare.

Resta ancora da accennare alle intercettazioni di telecomunicazioni che costituiscono una parziale novità in tema di assistenza giudiziaria: infatti, antecedentemente alla MAP, si trattava di una modalità di indagine che, sebbene utilizzata, non fruiva di una specifica regolamentazione essendo «interesse di tutti mantenere una sorta di *deregulation*»⁵⁴.

⁵¹ Sull'attribuzione di tale attività alle scelte discrezionali dei vertici della polizia, R. MINNA-A. SUTERA SARDO, *Agente provocatore: profili sostanziali e processuali*, Milano 2003, 46. Sulle operazioni di infiltrazione disciplinate nel nostro diritto interno cfr. G. BARROCU, *Le indagini sotto copertura*, Napoli 2011 al quale si rinvia per l'esame delle relative problematiche e per la bibliografia.

⁵² Per tale rilievo, ancora G. BARROCU, *La cooperazione investigativa in ambito europeo*, cit., 320.

⁵³ Per una sintesi del lavoro della Commissione ministeriale sotto il profilo dei problemi affrontati e delle relative scelte cfr. F. NANNI, *Conoscenze ottenute sotto copertura*, in *Investigazioni e prove transnazionali*, Milano 2017, 171.

Merita segnalare come dall'OEI e dalla disciplina delle squadre investigative comuni sia incomprensibilmente scomparso ogni richiamo ad Eurojust.

⁵⁴ Così Z. SECCHI, *Classificazione delle rogatorie e individuazione degli atti rogabili*, in G. LA GRECA – M.R. MARCHETTI (a cura di), *Rogatorie penali e cooperazione giudiziaria internazionale*, Torino 2003, 203. Va peraltro precisato, come segnala l'A., che l'esigenza di predisporre una disciplina delle intercettazioni è emersa con l'avvento della telefonia satellitare commerciale che creava uno sbilanciamento a

SPECIALE RIFORME

Ciò premesso la direttiva sull'ordine europeo, seguendo la linea tracciata dalla MAP, ha provveduto a disciplinare le intercettazioni e la normativa di recepimento dal canto suo ha trasposto le disposizioni europee nel diritto interno sulla base di quanto richiesto per la loro legittimità dalla disciplina domestica. Vediamola iniziando dalla procedura passiva con la preliminare precisazione che la normativa distingue a seconda che sia necessario il nostro supporto tecnico ovvero che se ne prescinda potendo le operazioni essere eseguite direttamente dallo Stato straniero.

Nel primo caso si stabilisce che il procuratore distrettuale provveda a dare riconoscimento all'ordine di indagine dopo aver verificato che sussistono le condizioni di ammissibilità previste dall'ordinamento interno e la completezza della richiesta sotto il profilo dell'indicazione dell'autorità procedente, dell'esistenza di un titolo che dispone o autorizza le operazioni di intercettazione con la menzione del reato, i dati tecnici necessari, la precisazione della durata dell'intercettazione e i motivi che rendono necessaria tale modalità di indagine⁵⁵. Trattandosi di un'attività che per il nostro ordinamento necessita dell'autorizzazione del giudice per le indagini preliminari, il decreto di riconoscimento del procuratore gli viene trasmesso al fine dell'emissione del provvedimento di intercettazione. Al giudice spetta verificare che non sussistono motivi di rifiuto di cui all'art. 10 nonché l'esistenza delle condizioni di ammissibilità previste dal nostro ordinamento. Al riguardo, mentre non sembrano sussistere difficoltà quando si tratti di verificare che il reato rientri tra quelli indicati nell'art. 266, meno agevole pare il controllo degli altri presupposti richiesti dall'art. 267: sussistenza di gravi indizi di reato e assoluta indispensabilità per la prosecuzione delle indagini per cui il controllo del quale si parla sarà più virtuale che reale in quanto fondato sulle indicazioni fornite nel modulo dall'autorità di emissione⁵⁶.

favore degli Stati che potevano effettuare le captazioni anche nel territorio di altri Stati mettendo fine a quella «felice *“par condicio”* per la quale tutti potevano fare tutto».

⁵⁵ Sul punto anche per un attento esame della disciplina sovranazionale, C. PARODI, *Intercettazioni*, in *Investigazioni e prove transnazionali*, cit., 240.

Sottolinea che in tal caso è esclusa la comunicazione del decreto di riconoscimento emesso dal procuratore distrettuale con conseguente inoppugnabilità dello stesso, R. PICCIRILLO, *Manuale operativo*, cit., 37.

⁵⁶ Sul punto v. le considerazioni di A. NOCERA, *Il sindacato giurisdizionale interno in tema di ordine europeo di intercettazione*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, n. 1, 164, secondo il quale non si può escludere un esame da parte del giudice che non sia limitato alla «mera presa d'atto dell'attestazione della loro esistenza proveniente dall'autorità di emissione».

In chiave fortemente critica della tesi in base alla quale la sussistenza dei gravi indizi dovrebbe ritenersi «autocertificata» dall'autorità richiedente nel provvedimento di intercettazione del quale si chiede il riconoscimento e l'esecuzione, G. BARROCU, *La cooperazione investigativa in ambito europeo*, cit.,

SPECIALE RIFORME

Per quanto riguarda il profilo della concreta esecuzione sono previste due distinte modalità: la trasmissione immediata dei flussi comunicativi ovvero la intercettazione, la registrazione e la successiva trasmissione di quanto acquisito, fermo restando che l'autorità di emissione può comunque chiedere anche successivamente, nel corso della captazione, la trascrizione, la decodificazione o la decrittazione della registrazione. Inoltre, nei casi di cui all'art. 270-*bis* il pubblico ministero provvederà ai relativi adempimenti prima di effettuare la trasmissione che potrebbe venir rifiutata qualora venga opposto il segreto di Stato.

Nella seconda ipotesi, cioè quando non sia necessario provvedere al supporto tecnico, il procuratore della Repubblica, ricevuta la notificazione dell'avvio delle operazioni di intercettazione, la trasmette immediatamente al giudice per le indagini preliminari; questi, ove si tratti di un reato per il quale tale forma di ascolto non è consentita, ordina l'immediata cessazione delle operazioni dandone comunicazione al procuratore della Repubblica cui spetta di informare, al massimo entro novantasei ore dalla relativa ricezione, lo Stato straniero del provvedimento di cessazione e della inutilizzabilità a fini di prova dei risultati delle intercettazioni già effettuate. Ci si domanda peraltro se la specificazione «a fini di prova» stia ad indicare che tali captazioni possono essere utilizzate per altri fini quali, ad esempio, l'individuazione di altri soggetti coinvolti o per disporre una perquisizione o se rappresenti una precisazione superflua che forse sarebbe stato preferibile evitare. Da notare, peraltro, che nel caso in questione al procuratore non spetta alcuna valutazione di ammissibilità dell'intercettazione, ma dovrà soltanto fungere da organo di trasmissione interna⁵⁷.

Sotto il profilo attivo della procedura non si registrano sostanziali variazioni rispetto a quella passiva; non si fa menzione dell'autorizzazione del giudice per le indagini preliminari posto che logicamente, ove questa mancasse, non si potrebbe emettere l'ordine⁵⁸. Inoltre, nel caso in cui non sia necessaria l'assistenza tecnica dello Stato nel quale la persona intercettata si trova, il materiale raccolto potrà essere utilizzato alle condizioni stabilite dall'autorità giudiziaria straniera e solo se questa vi consenta.

È infine prevista la possibilità che l'ordine sia emesso per acquisire i dati esterni riguardanti le comunicazioni telefoniche e telematiche e in tal caso si

313.

⁵⁷ A. MANGIARACINA, *L'acquisizione "europea" della prova cambia volto*, cit., 178.

⁵⁸ Critico rispetto al mancato riferimento all'autorizzazione del giudice per le indagini preliminari G. BARROCU, *La cooperazione investigativa in ambito europeo*, cit., 304.

rinvia all'art. 256 per quel che attiene alle forme e alle modalità dallo stesso indicate⁵⁹. La corrispondente procedura attiva prevede che l'ordine possa essere emesso dal pubblico ministero o dal giudice che procede con l'indicazione dei dati tecnici necessari ad individuare l'utenza o il sistema informatico, le informazioni utili ad identificare la persona che li ha in uso e l'operatore sempreché siano noti ed infine l'indicazione del reato per il quale si procede.

L'ultima attività presa in considerazione, ma come è ovvio solo sotto il profilo passivo, riguarda l'esecuzione dell'ordine che ha ad oggetto il sequestro del corpo del reato o delle cose pertinenti che rappresenta quella parte della decisione quadro 2003/577/GAI confluita nell'ordine di indagine che ha per questo aspetto sostituito la normativa appena menzionata. Si stabilisce così che in esecuzione dell'ordine di indagine il provvedimento venga adottato entro ventiquattro ore dalla ricezione dell'ordine. Si tratta all'evidenza di un termine molto più breve di quello previsto d'ordinario, che come si ricorderà è di novanta giorni, ma ricalca quello indicato nella decisione quadro che sostituisce e che evidentemente è stato ritenuto sufficiente al compimento dell'attività richiesta. Una volta effettuato il sequestro le cose verranno trasferite su richiesta all'autorità di emissione seguendo l'*iter* delineato in generale dall'art. 12.

7. Considerazioni conclusive

Resta ora da domandarsi se l'ordine di indagine europeo - nato con la vocazione di sostituire all'interno dell'Unione europea i vari strumenti di assistenza giudiziaria, creando così un sistema tendenzialmente completo ed omogeneo - risponda effettivamente alle diverse esigenze che si sono manifestate in questo settore, risolvendone almeno in parte le criticità. In altre parole, se il meccanismo elaborato, faticosamente ed attraverso successive tappe che avrebbero dovuto condurre in maniera piana e progressiva all'adozione di una disciplina organica, costituisca effettivamente quel progresso che era lecito aspettarsi. Certo si disciplinano una serie di profili, che si potrebbero definire innovativi se non si trattasse di istituti già esistenti e abbastanza ampiamente utilizzati, e si confermano alcune scelte importanti effettuate in precedenza. Del resto, poiché la normativa *de qua* rappresenta il risultato della rielaborazione di precedenti strumenti forse non ci si poteva aspettare una disciplina largamente innovativa, né può darsi per scontato che le novità siano in-

⁵⁹ Sottolinea come si tratti di uno strumento che concorre alla migliore attuazione del principio di proporzionalità, R. PICCIRILLO, *Manuale operativo*, cit., 36.

dispensabili e sempre positive. Sia come sia, un primo dato emerge con chiarezza: l'ordine europeo non sostituisce tutta la normativa sul tema, vale a dire che non costituisce l'equivalente di una tradizionale convenzione di assistenza giudiziaria che solitamente regola, seppure in maniera più generale ed elastica, il settore del quale si parla. Orbene, se è vero che per alcuni aspetti una normazione organica e puntuale di specifici settori appare preferibile, è altrettanto vero che la frammentazione che ne consegue non rappresenta un elemento positivo. Qui, a differenza di quanto avviene per il mandato di arresto europeo, resta necessario far riferimento a differenti "mezzi" di assistenza che seguono regole compatibili con l'OEI, ma non identiche, con l'effetto di determinare un disorientamento allorché nel medesimo procedimento debba richiedersi l'esecuzione di diverse misure disciplinate da differenti provvedimenti legislativi. Anche il ricorso alle squadre investigative comuni, incoraggiato dallo stesso ordine europeo, comporta l'applicazione di una distinta normativa. Con questo non si vuol dire che la trasmigrazione da un istituto ad un altro sia in sé da rifiutare ma più semplicemente che quell'uniformità ed omogeneità, che sembra poter costituire una meta di valore non trascurabile, non pare possa dirsi conseguita.

Indubbiamente alcuni obiettivi sono stati raggiunti, primo fra tutti quello della rapida risposta alle richieste di assistenza, posto che con l'OEI il procedimento può concludersi entro tempi ragionevolmente brevi; un ulteriore dato positivo - lo si è in precedenza sottolineato - è certamente costituito dall'aver finalmente preso atto che i soggetti interessati dall'assistenza non sono esclusivamente le autorità giudiziarie ma più in generale coloro che, pur a diverso titolo, vi sono coinvolti. Altrettanto importante, sebbene non così innovativo, è l'aver disciplinato un settore che, fino alla Convenzione MAP, ha rappresentato una sorta di "terra di nessuno" nella quale chiunque poteva avventurarsi e saccheggiarla; ci si riferisce come è intuibile alle intercettazioni di telecomunicazioni, per le quali appare di estrema rilevanza aver previsto una regolamentazione che si spera sufficientemente elastica da permetterne la sopravvivenza anche a fronte dei progressi tecnologici ormai molto rapidi.

Delude invece quanto stabilito in relazione alla concreta esecuzione dell'attività richiesta per la quale si ripropone come di consueto l'indicazione delle forme da seguire con il limite, invero del tutto ovvio, della non contrarietà ai principi fondamentali dell'ordinamento. Sebbene la possibilità di utilizzare nel procedimento l'attività compiuta all'estero rappresenti la ragion d'essere dell'assistenza giudiziaria, non si registrano significativi progressi. È indubitabile che l'ordine europeo di indagine non sia la sede per intervenire sulle regole probatorie al fine di ottenere una disciplina omogenea - che risol-

SPECIALE RIFORME

verebbe di per sé il problema - ma visto che il legislatore europeo è sotto questo fondamentale profilo tuttora latitante, sarebbe stato utile potenziare alcuni istituti imponendone l'osservanza anziché lasciarli alla eventuale "disponibilità" delle autorità giudiziarie interessate.

Orbene, al di là delle critiche che possono muoversi e dell'apprezzamento per alcune delle scelte effettuate, resta il fatto che l'ordine europeo di indagine costituisce oggi l'istituto che regola all'interno dell'Unione europea l'assistenza giudiziaria: si spera venga applicato correttamente, evitando di comprimere in nome dell'efficienza i diritti di coloro che vi sono coinvolti, e nel rigoroso rispetto di quanto affermato nell'art. 1.

Vedremo.