

L'IMPLEMENTAZIONE DELL'ORDINE EUROPEO DI INDAGINE PENALE NELL'ORDINAMENTO ITALIANO: IL D.L.VO N. 108/2017 TRA PRINCIPI FONDANTI E RECENTI APPORTI GIURISPRUDENZIALI (PARTE SECONDA) (*)

di **Caroline Peloso**

Abstract

Nel quadro del Progetto EIO-LAPD sostenuto dal programma JUSTICE dell'Unione europea (1), dopo aver richiamato all'attenzione dei lettori la disciplina della Direttiva europea 2014/41/UE in materia di Ordine europeo di indagine penale, il contributo ripercorre i fondamenti del Decreto legislativo n. 108 del 21 giugno 2017 con cui il legislatore italiano ha trasposto il testo europeo ed approfondisce i tratti della disciplina su cui, recentemente, la Corte di Cassazione ha avuto modo di esprimersi.

In the EIO-LAPD Project supported by the JUSTICE Programme of the European Union (2), following the publication on European Directive 2014/41/EU on the European Criminal Investigation Order, the paper aims to remind fundamental aspects of Legislative Decree no. 108 of 21 June 2017, with which the Italian legislator transposed the European text and also provide an illustration of latest decisions pronounced by Italian Supreme Court on the national rules about IEO.

SOMMARIO

1. Introduzione. 2. Le linee direttrici del D.L.vo n. 108/2017; 2-1) Un'applicazione del principio del mutuo riconoscimento. 2-2) La necessaria proporzionalità e adeguatezza dell'atto di indagine oggetto dell'ordine europeo di indagine penale. 3. Profili di operatività dell'OEI nel rispetto dei diritti fondamentali dell'individuo; 3-1) L'attenzione alla tutela dei diritti della difesa. 3-2) Le modalità di esecuzione e i parametri di valutazione degli atti richiesti con l'OEI. 3-3) La consacrazione dell'obbligatorietà dei motivi di rifiuto. 4. Il decreto di riconoscimento nella procedura di assistenza giudiziaria "passiva": precisazioni giurisprudenziali; 4-1) Un sindacato formale e sostanziale sotteso all'emissione del decreto di riconoscimento. 4-2) Le conseguenze processuali dell'assenza o del ritardo nell'emissione del decreto di rico-

noscimento dell'OEI. 5. Il ruolo dell'opposizione al decreto di riconoscimento dell'ordine europeo di indagine penale.

1. Introduzione

In un contesto in cui la cooperazione giudiziaria penale suscita molta attenzione visto il suo ruolo fondamentale nella lotta al crimine transnazionale e, tenuto altresì conto dell'inadeguatezza che il sistema normativo interno rischia di presentare rispetto a tale materia, il legislatore italiano è intervenuto al fine di coordinarsi con le indicazioni della disciplina europea e, in particolare, nel corso dell'anno 2017, ha dato attuazione, per mezzo del decreto legislativo n. 108, all'ordine europeo di indagine penale ("OEI") il quale costituisce uno strumento caratterizzato da ambiziosi obiettivi per quanto riguarda, in maniera specifica, il tema dell'acquisizione probatoria in ambito transnazionale (3)

Il diritto interno ha così recepito e codificato i principi contenuti nella direttiva europea n. 2014/41 di introduzione dello strumento dell'ordine europeo di indagine penale, la cui peculiarità risiede proprio nel superamento del precedente sistema fondato sul farraginoso meccanismo delle rogatorie e caratterizzato dall'eccessiva frammentazione dei relativi strumenti (4), a favore di un rinnovato approccio alla materia basato sul principio del mutuo riconoscimento quale pietra miliare della cooperazione giudiziaria (5). Tuttavia, se l'obiettivo del principio di mutuo riconoscimento, sancito anche nell'art. 696 bis del codice di rito a seguito del recepimento della Convenzione di Bruxelles del 2000 in materia di assistenza penale tra Stati membri, era quello di favorire la logica della libera circolazione dei provvedimenti giurisdizionali nel territorio dell'Unione secondo i paradigmi di massima efficacia ed immediatezza (senza dover ricorrere all'exequatur o ad altri strumenti di riconoscimento) tale approccio interviene su un terreno delicato qual è quello della materia probatoria. L'ordine europeo di indagine, infatti, impone all'autorità di uno Stato sovrano l'esecuzione di uno o più atti di indagine individuati dall'autorità giudiziaria di un altro Paese membro (6), così determinando inevitabilmente una cedevolezza delle prerogative sovrane proprio sul dato probatorio, campo che, per eccellenza, è al cuore delle discipline processuali nazionali.

Il dato probatorio costituisce infatti l'esito di un lungo e complesso iter procedimentale la cui acquisizione non può mai avvenire se non nella piena compatibilità con la disciplina processuale dello Stato in cui gli elementi vengono acquisiti, nonché nel rispetto dei principi dello Stato in cui verranno utilizzati ai fini decisori. Per tale ragione gli Stati membri si sono rivelati spesso poco inclini a suddette forme di cooperazione: al legislatore interno è stato dunque demandato il difficile compito di operare un bilanciamento tra la necessità di preservare le potenzialità dello strumento dell'ordine europeo di indagine e la salvaguardia non solo dei principi fondanti dell'ordinamento interno, ma anche della compatibilità con le norme processuali in materia probatoria, in un delicato rapporto di osmosi tra *lex fori* e *lex loci*.

2. Le linee direttrici del D.L.vo n. 108/2017

L'ordine europeo di indagine penale rivela in effetti una natura ibrida dal momento che coniuga il principio del mutuo riconoscimento, ormai largamente diffuso nell'ambito della cooperazione giudiziaria, con il tradizionale sistema della "mutua assistenza": il D.L.vo n. 108/2017 se ha infatti recepito il principio del mutuo riconoscimento, provvede a condizionare il riconoscimento e l'esecuzione dell'OEI ad un vaglio di proporzionalità e di adeguatezza della misura, secondo uno schema già contenuto nel testo europeo, che il legislatore nazionale ha poi provveduto ad esplicitare nella normativa di recepimento.

2-1. Un'applicazione del principio del mutuo riconoscimento

L'ordine europeo di indagine penale opera infatti, in primo luogo, per il tramite di una procedura di cooperazione europea diretta, in virtù della quale l'autorità giudiziaria di "emissione" indirizza all'autorità di "esecuzione", senza intermediario alcuno, la sua domanda relativa all'attività probatoria che chiede di compiere.

Si tratta di un'evidente applicazione del principio del mutuo riconoscimento che il legislatore italiano ha integrato nella rimodulazione dei rapporti di cooperazione giudiziaria (7). Ricalcando la direttiva europea, la normativa interna identifica le suddette autorità di emissione e di esecuzione come corrispondenti, rispettivamente, "all'autorità giudiziaria competente dello Stato membro dell'UE che emette l'OEI con il quale dispone l'acquisizione di elementi di prova in un procedimento penale o convalida una richiesta di acquisizione probatoria proveniente da un'autorità amministrativa" e a quella "che riceve, riconosce e dà esecuzione ad un OEI emesso da un'autorità giudiziaria italiana" (art. 2).

Il decreto legislativo ha dunque inteso favorire il contatto diretto tra le autorità giudiziarie dei Paesi membri, sia per quanto riguarda il profilo della trasmissione dell'ordine, sia per eventuali comunicazioni, quale sintomo della volontà di operare un alleggerimento del formalismo negli atti di cooperazione giudiziaria transnazionale. Il ruolo dell'autorità centrale è, infatti, residuale: al Ministro della Giustizia viene unicamente trasmessa la copia dell'ordine europeo di indagine penale, secondo quanto indicato dal comma 1 dell'art. 4 del decreto legislativo e le sue funzioni sono circoscritte ad attività di ausilio delle autorità giudiziarie italiane e a limitati compiti di scarso rilievo procedurale.

Peraltro, proprio a dimostrazione della volontà di procedere alla consacrazione di un rapporto quanto più diretto possibile tra gli Stati membri che soddisfino le esigenze di tempestività ed efficacia, si è proceduto a concentrare la competenza nelle mani del procuratore della Repubblica presso il tribunale del capoluogo del distretto nel quale devono essere compiuti gli atti richiesti.

Nella procedura c.d. "passiva", il compito di provvedere al riconoscimento e alla successiva esecuzione dell'ordine di indagine penale viene dunque affidato al pubblico mini-

stero distrettuale, superando la tradizionale attribuzione al Procuratore generale presso la Corte d'appello (8). Nel caso di un OEI che abbia ad oggetto il compimento di atti di indagine da compiersi in più distretti, il decreto legislativo individua come competente il Procuratore della Repubblica del distretto nel quale devono compiersi il maggior numero di atti o, se di eguale numero, quello nel cui distretto deve compiersi l'atto di maggior importanza investigativa; tuttavia è auspicabile che sia l'autorità di emissione ad indicare l'atto che deve essere considerato più rilevante, in quanto il pubblico ministero che riceve la richiesta difficilmente potrà valutare tale profilo senza avere una visione completa del fascicolo (9). Nella procedura c.d. "attiva", l'art. 27 del D.L.vo n. 108/2017 identifica come competenti ad emettere un ordine europeo di indagine penale, seppur nell'ambito delle rispettive attribuzioni (10), il pubblico ministero o il giudice procedente, i quali devono trasmetterlo direttamente all'autorità di esecuzione "nell'ambito di un procedimento penale o di un procedimento per l'applicazione di una misura di prevenzione patrimoniale". Il riferimento alle "rispettive attribuzioni" del Pubblico Ministero o del giudice procedente deve invece identificarsi, di volta in volta, in relazione alle fasi processuali interne, nel cui ambito emerge la necessità di procedere con la domanda di assistenza giudiziaria nel territorio di un altro Stato membro: competeranno al pubblico ministero gli ordini emessi nel corso delle indagini preliminari, anche quando abbiano per oggetto attività che implicino il previo controllo autorizzativo del giudice (come ad esempio delle operazioni di intercettazioni di comunicazioni), posto che la competenza incidentale del giudice per le indagini non determina il cambiamento di dominio della fase processuale. Sarà invece il giudice a emettere gli ordini di prova nelle fasi *stricto sensu* processuali delle quali è dominus quali l'udienza preliminare (per quanto attiene, ad esempio, allo svolgimento di attività di integrazione probatoria ai sensi dell'art. 422 c.p.p.), lo svolgimento di riti speciali che prevedono attività di integrazione istruttoria quali il giudizio abbreviato, nei casi di cui all'art. 441, comma 5, c.p.p., o ancora il giudizio dibattimentale ordinario.

2-2. La necessaria proporzionalità e adeguatezza dell'atto di indagine oggetto dell'ordine europeo di indagine penale

Sebbene l'ordine europeo di indagine penale presenti caratteristiche tipiche del mutuo riconoscimento, quali la deroga al principio della doppia incriminazione per una serie di reati (cd. "lista positiva") o il dovere di dar seguito all'OEI senza formalità ulteriori, la normativa di attuazione interna non ricalca integralmente la logica del mutuo riconoscimento. Tale principio imporrebbe, infatti, a ciascuno Stato il dovere di adottare automaticamente i provvedimenti degli altri Stati, non sindacandoli in alcun modo: cosa che non può avvenire in quanto l'ordine europeo di indagine penale deve essere valutato dalla compe-

tente autorità alla luce del principio di proporzionalità, di cui all'art. 7, e del principio di adeguatezza, di cui all'art. 9 (11). I due principi, concettualmente distinti, sono tuttavia posti in rapporto di connessione dal D.L.vo n. 108/2017 convergendo in un'unica valutazione rimessa all'autorità giudiziaria interna.

L'irruzione del vaglio di proporzionalità, la cui mancanza è motivo di rifiuto dell'OEI, caratterizza la natura ibrida dell'OEI: a differenza infatti dell'intervento operato dal legislatore italiano sul Titolo I-Bis del Libro XI del codice di rito in materia di riconoscimento delle decisioni e dei provvedimenti esteri, ove non vi è alcun riferimento al criterio della proporzionalità, l'art. 7 del D.L.vo cit. impone espressamente al giudice italiano di fare applicazione di tale criterio nel valutare la richiesta di riconoscimento e di esecuzione dell'ordine europeo di indagine penale. L'esigenza di operare una verifica di proporzionalità trova infatti la propria logica giustificazione nell'ambito interessato specificamente dall'OEI, ovvero la materia probatoria, in cui il mantenimento di un margine di apprezzamento delle autorità nazionali nella fase di emissione e di esecuzione dell'OEI opera – si è detto – come baluardo alla tutela dei diritti fondamentali dell'individuo (12). Il sistema rimane dunque condizionato all'esigenza che l'atto istruttorio richiesto sia proporzionale e adeguato, così consentendo all'autorità italiana di filtrare le richieste assicurando l'operatività delle garanzie proprie al diritto interno (13).

La direttiva 2014/41, come anche il decreto legislativo in esame, condizionano l'an delle operazioni istruttorie ad una stretta interconnessione tra la *lex loci* e la *lex fori* imponendo il rispetto delle regole che disciplinano l'ammissibilità delle prove negli Stati coinvolti dalla procedura di OEI. A tal riguardo, il principio di proporzionalità condiziona le modalità di esecuzione dell'OEI in quanto, diversamente dalla rigida applicazione della *lex fori*, che l'applicazione del principio del mutuo riconoscimento imporrebbe, la direttiva europea impone l'osservazione delle formalità e delle procedure espressamente indicate dall'autorità di emissione dell'OEI, seppur con il limite dei diritti fondamentali del diritto dello Stato di esecuzione, limite recepito dal legislatore interno nell'art. 4, comma 2, del decreto legislativo dove si impone il rispetto dei principi fondamentali dello Stato (14). Nella concreta esplicazione dell'attività istruttoria l'autorità giudiziaria italiana deve dunque attenersi al vaglio di proporzionalità il cui contenuto è volto a individuare, di volta in volta, i casi in cui un principio possa cedere di fronte all'esigenza di attuare valori contrapposti al fine di raggiungere la minore compressione di diritti e facoltà degli interessati e, soprattutto, dell'indagato (15).

Vale la pena di osservare come l'art. 7 del decreto legislativo, a differenza della Direttiva, abbia esplicitato il contenuto e il raggio d'azione del principio di proporzionalità estendendolo anche alle persone coinvolte nel compimen-

to degli atti di indagine richiesti ed ancorandolo ai principi di gravità del reato per il quale si procede e della pena per essi prevista. Peraltro, la valutazione rimessa al giudice in materia di proporzionalità nell'ambito del diritto interno, a differenza della formulazione contenuta nell'art. 6 della direttiva europea, sembra caratterizzata dall'obbligatorietà, con la conseguenza che, qualora esista un atto di indagine diverso, ma più proporzionato e comunque idoneo allo scopo perseguito, l'autorità di esecuzione dovrebbe comunque farvi ricorso (seppur a seguito di uno scambio di comunicazioni con l'autorità di emissione, secondo quanto previsto dal comma 2° dell'art. 9 del decreto) (16).

L'OEI potrà dunque essere emesso ed eseguito solo se il pubblico ministero o il giudice abbiano verificato la sua proporzionalità sia rispetto al suo presupposto, ovvero il reato per cui si sta procedendo, sia con riferimento all'obiettivo perseguito, cioè l'attività di investigazione o di acquisizione probatoria dalla cui esecuzione deve conseguire il minimo sacrificio ai diritti e alle libertà dell'imputato, dell'indagato o di altri soggetti coinvolti nel compimento dell'atto. Qualora tale proporzionalità difetti, non essendo l'atto di investigazione richiesto giustificato dalle esigenze investigative o probatorie del caso concreto, e valutata la capacità del mezzo richiesto di raggiungere l'obiettivo prefissato, dovrà essere preferita la misura meno invasiva possibile rispetto ai diritti e alle libertà dell'individuo a parità di efficacia tra le suddette misure. La valutazione, quanto all'esecuzione "passiva", dovrà essere fatta alla luce del rispetto dei diritti fondamentali, tra cui appaiono il diritto alla libertà personale e domiciliare e i diritti tutelati dall'art. 6 TFUE e dalla Carta di Nizza, non dovendosi invece applicare il vaglio di proporzionalità in caso di atti "non coercitivi" che il comma 4 dell'art. 9 individua quali atti di indagine che non incidono sulla libertà personale e sul diritto all'invulnerabilità del domicilio o che si risolvono nell'acquisizione di informazioni o nell'audizione di alcune tipologie di soggetti. Per quanto riguarda invece la valutazione nell'ambito della procedura "attiva", il D.L.vo riprende le coordinate interne, ovvero gli artt. 431 e 512 bis c.p.p., al fine di vagliare l'utilizzabilità degli atti, equiparandoli a quelli acquisiti tramite rogatorie.

3. Profili di operatività dell'OEI nel rispetto dei diritti fondamentali dell'individuo

3-1. L'attenzione alla tutela dei diritti della difesa

Il legislatore italiano, ricalcando la direttiva europea, ha prestato particolare attenzione ai diritti della difesa nell'ambito del procedimento di assistenza giudiziaria dell'OEI. Con riguardo infatti alla procedura c.d. "attiva" esistono varie previsioni dirette a salvaguardare il ruolo della difesa nel compimento delle attività probatorie: l'art. 31, comma 1, del decreto prevede che anche il difensore dell'indagato, dell'imputato o della persona per la quale è proposta l'applicazione di una misura di prevenzione, possano sollecitare l'emissione dell'OEI da parte del pubblico

ministero o del giudice: si tratta di una scelta corretta dal momento che, essendo l'OEI uno strumento diretto a regolare i rapporti tra le autorità giudiziarie, la difesa non ha la possibilità di attivarlo direttamente; tale soluzione testimonia tuttavia anche una particolare attenzione alla tutela degli interessi delle parti, imponendo al pubblico ministero di emettere un decreto motivato, qualora rigetti la domanda, e al giudice di provvedere con ordinanza dopo aver sentito le parti.

Per quanto riguarda poi la salvaguardia dei diritti e delle facoltà riconosciuti dalla legge alle parti e ai loro difensori nel compimento delle attività di indagine, tali profili sono presi in considerazione sia per quanto riguarda la procedura "attiva" – nel cui ambito è espressamente previsto che l'autorità giudiziaria italiana che emette l'OEI debba concordare con l'autorità di esecuzione le modalità di compimento dell'atto, indicando i diritti e le facoltà riconosciuti dalla legge alle parti e ai loro difensori (art. 33, §1) – sia per quanto concerne la procedura "passiva" rispetto alla quale l'art. 4, comma 4 del decreto legislativo prevede che il decreto con cui il pubblico ministero provvede a riconoscere l'OEI debba essere comunicato al difensore dell'indagato, sebbene la disciplina interna non precisi di quale difensore si tratti. Stante la natura transazionale della procedura, infatti, sia nella procedura "attiva", sia in quella "passiva", sussiste il problema del legale "straniero" che assiste la parte nel procedimento nel cui ambito viene richiesto il riconoscimento e l'esecuzione di un OEI da compiersi in Italia, così come del legale "straniero" di cui le parti dovranno avvalersi per seguire le procedure all'estero nel caso di un OEI richiesto dall'Italia.

Parimenti, in base all'art. 35 del decreto in esame, l'autorità italiana, quando riceve la documentazione dell'attività compiuta da parte dell'autorità straniera, deve provvedere a darne conoscenza alle parti e ai loro difensori nei casi e nei modi previsti dalla legge processuale. Una lacuna quanto alla garanzia dei diritti della difesa è tuttavia ravvisabile nell'ipotesi di concelebrazione dell'attività istruttoria in esecuzione passiva di un OEI: in base all'art. 8 del decreto l'autorità di emissione può chiedere di partecipare direttamente alla messa in atto dell'OEI, ma la disposizione omette di prevedere uno spazio partecipativo anche per la difesa, benché si debba ritenere che quest'ultima possa comunque formulare istanza di partecipazione all'autorità di esecuzione italiana che dovrà dunque valutarla alla luce dei principi fondamentali nazionali (17).

3-2. Le modalità di esecuzione e i parametri di valutazione degli atti richiesti con l'OEI

Occorre a questo punto verificare se il D.L.vo n. 108/2017, trasponendo il testo europeo, sia riuscito nell'intento di bilanciare il rispetto delle garanzie dell'accusato e delle persone coinvolte nel processo penale con le esigenze di immediatezza ed efficacia nelle operazioni di acquisizione probatoria nei procedimenti di tipo transfrontaliero. A tal fine occorre riferirsi principalmente alle regole

di ammissibilità delle prove, ovvero a quelle disposizioni che condizionano alla sussistenza di determinati requisiti la possibilità di effettuare o meno le operazioni istruttorie (come, ad esempio, l'ottenimento di un'autorizzazione da parte di un giudice o del pubblico ministero, la presenza di una base fattuale per procedere, l'attinenza del procedimento a reati di una certa gravità). Presupposti del genere sono infatti previsti dalle legislazioni nazionali rispetto ad atti investigativi suscettibili di avere delle ripercussioni sui diritti fondamentali delle persone coinvolte nel procedimento. A tal proposito, se dalla direttiva europea emerge la necessità di salvaguardare le regole di ammissibilità delle prove operanti tanto nello Stato di emissione quanto in quello di esecuzione (in base al criterio della "doppia legalità" nazionale), non sempre altrettanto chiaro appare la normativa italiana di recepimento.

Per quanto attiene alla procedura "attiva", la questione appare delicata nella misura in cui l'Italia deve vagliare l'utilizzabilità del dato probatorio acquisito all'estero. Tale valutazione viene interamente rimessa alla scelta del legislatore nazionale, il quale, all'art. 36 del decreto, ha optato per la scelta di ricalcare il regime esistente per i documenti acquisiti all'estero tramite rogatoria di cui agli artt. 431 e 512 bis c.p.p. Trattasi di una scelta normativa diretta a limitare la compromissione dell'utilizzabilità del dato probatorio raccolto all'estero, anche se il legislatore avrebbe potuto optare per disciplinare l'utilizzabilità del dato ottenuto all'estero con l'OEI in base al regime di utilizzabilità previsto per gli atti di formazione interna, garantendo in tal modo un maggior rispetto delle garanzie processuali della formazione della prova e evitando lo sviluppo di prassi volte ad affievolirle (18). È dunque previsto l'inserimento, nel fascicolo per il dibattimento, dei documenti acquisiti all'estero mediante un OEI e verbali degli atti non ripetibili assunti con le stesse modalità, nonché dei verbali di atti, diversi da quelli non ripetibili, assunti all'estero a seguito di un OEI e ai quali i difensori sono stati posti in grado di assistere e di esercitare le facoltà loro consentite secondo la legge italiana. È inoltre previsto che, nei casi e nelle modalità di cui all'art. 512 bis c.p.p., ovvero dei casi di dichiarazione rese prima del giudizio da persone residenti all'estero, il giudice possa dar lettura dei verbali delle dichiarazioni rese all'estero, diversi da quelli assunti mediante incidente probatorio, acquisiti a seguito di un OEI emesso nelle fasi precedenti il giudizio.

Alcune particolari problematiche di coordinamento con il testo europeo emergono poi con riguardo alle ipotesi di instradamento (che ricorre quando le autorità italiane debbono procedere alle intercettazioni di conversazioni o comunicazioni di un dispositivo che si trova in altro Stato membro e si rende necessaria l'assistenza tecnica di tale Stato). A riguardo, l'art. 44 del decreto prevede che, si debba procedere all'informativa allo Stato membro su cui si trova il dispositivo o il sistema da intercettare, tramite il

c.d. modulo C, non appena sia il pubblico ministero ad avere notizia dello spostamento del dispositivo sul territorio dello Stato membro. La direttiva europea prevedeva, più ampiamente, in questo contesto, che l'obbligo di informativa sussistesse nel momento in cui l'autorità dello Stato richiedente ne venisse a conoscenza. Questo scollamento tra la Direttiva e il Decreto potrebbe essere fonte di difficoltà interpretative tenuto conto che l'attività di intercettazione non è materialmente compiuta, di norma, dal pubblico ministero, ma dagli ufficiali di polizia giudiziaria, con la conseguenza che l'apprezzamento e la comunicazione dello spostamento del dispositivo o del sistema dipende da un soggetto terzo e potrebbe dunque tardare o comunque appesantire la procedura (19). Inoltre, con riferimento al prosieguo delle operazioni, l'art. 44 del decreto, in maniera più stringente della Direttiva, prevede che il pubblico ministero debba disporre l'immediata cessazione delle operazioni di intercettazione quando l'autorità giudiziaria dello Stato membro, ricevuto il modulo C, comunichi che le operazioni non possono essere eseguite o proseguire. Tuttavia, nel concreto, la trasmissione del modello C pone alcune problematiche pratiche rispetto alle quali il legislatore italiano non ha posto precise condizioni di trasmissione (basti pensare alle difficoltà che possono insorgere quanto alla lingua in cui il modulo deve essere trasmesso all'autorità dello Stato per assicurarne una effettiva e rapida comprensione, ma anche al fatto che l'art. 44 del decreto non ha recepito il termine di 96 ore, previsto dalla Direttiva, entro il quale l'autorità dello Stato estero deve comunicare se l'intercettazione può essere effettuata e le modalità di utilizzo dei risultati già ottenuti).

Con riferimento invece alla procedura "passiva", l'art. 9, comma 1, del decreto precisa, per quanto attiene al bilanciamento tra la necessità che gli Stati si prestino mutua assistenza e il principio di legalità processuale, che, nel caso in cui l'atto richiesto non sia previsto dalla legge italiana o non ricorrano i presupposti che la legge italiana impone per il suo compimento, il procuratore della Repubblica o il giudice lo esegua compiendo uno o più atti diversi ma comunque idonei al raggiungimento dello scopo prefissato con l'ordine di indagine, previa comunicazione all'autorità di emissione (20). L'impossibilità di dare esecuzione alla richiesta integra un motivo espresso di rifiuto del riconoscimento che si aggiunge all'elenco di cui all'art. 10 del decreto. La possibilità di ricorrere al compimento di un atto diverso vale anche nei casi in cui l'atto di indagine richiesto presenti un difetto di proporzionalità, come previsto dell'art. 9, comma 2, del decreto. La flessibilità così riconosciuta allo Stato di esecuzione è tuttavia limitata per quanto attiene una serie di atti che, non incidendo sulla libertà personale e sul diritto all'inviolabilità del domicilio in quanto espressione della nozione di "misure non coercitive" di cui all'art. 10, §2, lett. d) della Direttiva, devono essere sempre disponibili.

Le regola generale di ammissione delle prove richieste con l'OEI viene ribadita dall'art. 23, ai commi 1 e 2 del decreto con riferimento alle intercettazioni richieste dalle autorità straniere da svolgere con l'assistenza dell'autorità italiana: si prevede, infatti, che le operazioni vadano autorizzate dal giudice per le indagini preliminari "sempre che sussistano le condizioni di ammissibilità previste dall'ordinamento interno". Tuttavia, ad esempio in materia di "instradamento", esistono alcune discrepanze: l'art. 24 del decreto prevede che, quando è disposta, senza richiesta di assistenza tecnica, l'intercettazione di un dispositivo in uso a persone che si trovano nel territorio dello Stato, il procuratore della Repubblica debba trasmettere immediatamente al giudice per le indagini preliminari la notifica dell'avvio delle operazioni dall'autorità giudiziaria dello Stato membro che procede. Il comma 2 dell'art. 24 del decreto stabilisce tuttavia, con minore attenzione alle garanzie interne, che il giudice, così informato, debba ordinare l'immediata cessazione delle operazioni se le intercettazioni sono state disposte in riferimento a un reato per il quale, secondo l'ordinamento interno, le stesse non sono consentite, ma dal tenore della norma non è dato capire se è fatto riferimento ai requisiti di ammissibilità previsti dall'art. 267 c.p.p., o ai soli presupposti statuiti dagli artt. 266 e 266 bis c.p.p.

Altre problematiche di coordinamento sorgono in relazione al compimento di atti di ricerca della prova atipici o nel caso in cui l'atto istruttorio richiesto con l'OEI sia ritenuto non proporzionato e non sussista un atto alternativo che possa essere compiuto secondo le indicazioni del comma 2 dell'art. 9 del decreto. Per quanto attiene al primo profilo, l'ordinamento consente, nel limite del rispetto dei diritti e libertà costituzionali e dell'art. 189 c.p.p., il compimento di atti di prova atipici. L'interpretazione sistematica di tali disposizioni suggerisce dunque che possano essere eseguiti gli atti di indagine che, pur prevedendo atti atipici, non contrastino con gli artt. 13, 14 e 15 Cost. Per quanto attiene al secondo profilo, rimane incerta la soluzione in riferimento al caso in cui l'atto di indagine richiesto venga ritenuto non proporzionato, ma non sussista un atto alternativo possibile che l'autorità italiana possa compiere in accordo con l'autorità di emissione: manca infatti, nel comma 3 dell'art. 9 del decreto, un richiamo a tale specifica ipotesi. In virtù della lettura coordinata dell'art. 7 e dell'art. 9, comma 2, del decreto si deve ritenere che, ricorrendo una tale ipotesi, e previo accordo tra le autorità di emissione e quelle di esecuzione, l'impossibilità di eseguire un atto diverso, ma comunque idoneo, debba costituire un motivo di rifiuto implicito che l'autorità di esecuzione deve adeguatamente motivare, non potendosi ammettere che un atto di indagine, pur ritenuto non proporzionato, venga comunque eseguito in spregio ai diritti fondamentali dell'indagato/imputato (21).

3-3. La consacrazione dell'obbligatorietà dei motivi di rifiuto

Nei rapporti transnazionali, ed in assenza di una previa armonizzazione della disciplina normativa dal punto di vista sostanziale e processuale, è difficile pensare che sia possibile eliminare del tutto le ipotesi di rifiuto di una richiesta proveniente da uno Stato estero, anche se l'obiettivo dovrebbe essere il maggior contenimento possibile di tali motivi di rifiuto (pena il rischio di compromettere l'obiettivo stesso dei rapporti di cooperazione tra Stati). Il D.L.vo n. 108/2017, nel recepire al suo art. 10 i motivi di rifiuto dell'OEI, lo ha fatto prevedendone un numero inferiore a quello indicato dalla direttiva all'art. 11, ma rendendoli "obbligatori".

Tra i vari motivi di non riconoscimento appare rilevante l'ipotesi contemplata dall'art. 10, comma 1, lett. e) del decreto che impone allo Stato di esecuzione di rifiutare il riconoscimento e l'esecuzione dell'OEI nell'ipotesi in cui il compimento dell'atto di indagine richiesto rischi di comportare la violazione dei diritti fondamentali. Si tratta di una soluzione che, in conformità all'art. 53 della Carta di Nizza, consente di attuare uno standard di tutela più elevato in nome della tradizione costituzionale interna, seppur nei limiti individuati dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, inaugurata con la soluzione del "caso Melloni" (22). Il decreto di recepimento della Direttiva europea è d'altronde particolarmente chiaro nell'indicare il necessario rispetto dei principi dell'ordinamento costituzionale, mentre pare al contrario da escludersi una lettura della previsione ancorata al rispetto dei soli diritti fondamentali di matrice europea sulla scorta di quanto previsto dall'art. 696 ter c.p.p., posto che tale disposizione è applicabile solo quando le fonti del diritto UE non forniscano specifiche indicazioni (23).

4. Il decreto di riconoscimento nella procedura di assistenza giudiziaria "passiva": precisazioni giurisprudenziali

La legislazione di attuazione, riprendendo il modello del testo europeo, ha sottolineato l'importanza delle fasi di articolazione della procedura "passiva" dell'ordine europeo di indagine penale. Suddette fasi, pur incardinandosi all'interno di un impianto ispirato all'immediatezza e alla tempestività degli scambi tra autorità degli Stati membri, impongono il rispetto del loro temporale e logico susseguirsi, senza possibilità di sovrapposizione tra di esse, in quanto distinte e preordinate a garantire ognuna finalità ben precise. Tra le fasi di emissione, ricezione, riconoscimento ed esecuzione, il momento dell'emissione del decreto di riconoscimento dell'OEI da parte del pubblico ministero appare particolarmente importante: secondo la direttiva, l'autorità di esecuzione deve infatti procedere al riconoscimento dell'OEI senza imporre ulteriori formalità e assicurarne l'esecuzione nello stesso modo e secondo le stesse modalità con cui procederebbe se l'atto di indagine in questione fosse disposto da un'autorità dello Stato

di esecuzione (art. 9). Può tuttavia accadere, in base alla previsione di cui all'art. 5 del D.L.vo n. 108/2017, che gli atti di indagine o di assunzione probatoria debbano essere eseguiti dal giudice, il quale dovrà in tal caso procedere all'esecuzione dell'OEI secondo le forme della camera di consiglio di cui all'art. 127 c.p.p. (e ciò accade qualora l'autorità di emissione chieda che l'atto sia compiuto dal giudice o quando è la legge italiana ad imporlo). In tal caso, con una scelta forse anti-economica che impone un doppio controllo circa l'esistenza delle condizioni per il riconoscimento dell'OEI, il pubblico ministero deve operare tale riconoscimento verificando la necessaria osservanza dei requisiti formali, per poi presentare la richiesta di esecuzione al giudice per le indagini preliminari il quale potrà autorizzarla solo dopo il «previo accertamento delle condizioni per il riconoscimento dell'ordine di indagine» (art. 5, comma 2 del decreto).

Il legislatore italiano sottolinea, al pari della direttiva, l'importanza delle fasi della procedura di assistenza giudiziaria, riservando alle operazioni di ricezione e di riconoscimento dell'OEI un'autonoma disciplina (artt. 4, commi 1 e 3, e art. 6, comma 1 del D.L.vo n. 108/2017), così come pure fa per la successiva fase di esecuzione (art. 4, commi 2, 3 e 5 del D.L.vo n. 107/2017), e ciò sia ai fini della tutela dei diritti di difesa delle persone coinvolte nel procedimento penale, sia per quanto attiene alla verifica formale e sostanziale della compatibilità degli atti di indagine richiesti all'Italia da uno Stato membro.

4-1. Un sindacato formale e sostanziale sotteso all'emissione del decreto di riconoscimento

L'operazione di riconoscimento dell'OEI deve fornire la garanzia di un controllo sostanziale compiuto dall'autorità giudiziaria sulla compatibilità giuridica dell'atto richiesto all'Italia da parte di un altro Stato membro. Il rapporto diretto instaurato dalla procedura dell'OEI non sopprime infatti la verifica della sussistenza dei requisiti formali e sostanziali, la cui mancanza dovrà, in un primo momento, dar luogo alla rettifica o all'integrazione dell'OEI da parte dell'Autorità emittente e, solo in caso di mancata integrazione e/o rettifica, determinare il rifiuto del riconoscimento e dell'esecuzione in base all'art. 10 del D.L.vo n. 108 del 2017. La Corte di Cassazione, chiamata recentemente a pronunciarsi sul ricorso presentato dall'indagato nell'ambito di una procedura di EIO "passiva", ha censurato l'assenza del decreto di riconoscimento dell'OEI da parte del pubblico ministero italiano, sottolineandone il ruolo essenziale nelle procedure di assistenza giudiziaria "passiva" (24). In un caso in cui l'autorità giudiziaria tedesca aveva emesso un OEI richiedendo all'Italia il compimento di atti di perquisizione e sequestro di oggetti e documentazione in un procedimento penale per reati di evasione fiscale, l'indagato aveva proposto ricorso per cassazione per violazione di legge e mancanza di motivazione con riferimento alle modalità di riconoscimento (riconoscimento che era avvenuto in via di fatto e non mediante decreto motivato).

A tal riguardo, censurando la decisione del giudice italiano, la Corte ha sottolineato come il sindacato formale e sostanziale che deve avvenire nelle forme del decreto motivato sia affidato al pubblico ministero, il quale non deve certo limitarsi ad un ruolo “meramente passivo”, ma deve - al contrario - esercitare un “attento sindacato, esteso finanche alla tipologia e alle conseguenze dell’atto richiesto” per il tramite dell’OEI. Tale valutazione deve peraltro essere compiuta attraverso l’impiego dell’essenziale principio di proporzionalità che, ai sensi dell’art. 7 del decreto, mutuato dall’art. 6, lett. a) della Direttiva, costituisce parametro di valutazione fondante la procedura di riconoscimento e di successiva esecuzione dell’OEI, fatte salve naturalmente le specifiche categorie di atti d’indagine o di assunzione della prova contemplate dall’art. 10, comma 1, del decreto, per le quali si procede in ogni caso all’esecuzione. La Corte ha sottolineato inoltre come nel caso di specie gli unici adempimenti svolti dal pubblico ministero consistenti nella compilazione del modulo B relativo alla conferma della ricezione dell’OEI e il decreto di perquisizione e contestuale sequestro emesso in esecuzione dell’OEI non possano in alcun modo considerarsi equipollenti al decreto di riconoscimento. Quest’ultimo costituisce infatti un atto del tutto autonomo e distinto, nel cui ambito la valutazione del procuratore deve concentrarsi su una serie di parametri che possano far emergere eventuali situazioni ostative al riconoscimento e, quindi, alla successiva esecuzione dell’OEI (ad esempio la legittimazione dell’autorità emittente straniera, la completezza dell’ordine e il rispetto del principio di proporzionalità).

4-2. Le conseguenze processuali dell’assenza o del ritardo nell’emissione del decreto di riconoscimento dell’OEI

La fase di riconoscimento appare dunque di fondamentale importanza sotto il profilo della tutela dei diritti della difesa dell’indagato e della possibilità, per quest’ultimo, di proporre impugnazione avverso il decreto di riconoscimento dell’OEI che lo riguarda. La segreteria del pubblico ministero ha l’onore di procedere alla comunicazione (ovvero alla notificazione) del decreto di riconoscimento nei confronti del difensore della persona sottoposta alle indagini entro il termine previsto dalla disciplina italiana per il compimento dell’atto, ma – qualora si tratti di un atto a cui il difensore ha il diritto di assistere senza essere tuttavia preventivamente avvisato – ai sensi dell’art. 365 c.p.p., il decreto di riconoscimento dovrà essere comunicato al momento del compimento dell’atto o “immediatamente dopo” (art. 4, comma 4, D.L.vo n. 108/2017). È peraltro fondamentale, considerato che la decisione di riconoscere l’OEI dipende non solo dalle richieste istruttorie dell’autorità di emissione, ma anche dalla verifica che l’autorità di esecuzione deve operare quanto al rispetto dei principi fondamentali del proprio sistema interno, che il decreto sia utilmente trasmesso alla difesa, che solo prendendone visione potrà validamente contestare la complessa valutazione sottesa al riconoscimento.

L’assenza del decreto di riconoscimento – dovendosi escludere la possibilità di eccepirne la nullità per difetto della motivazione, di cui all’art. 125 c.p.p., considerata l’inesistenza materiale del provvedimento stesso – è dunque suscettibile di alterare la sequenza procedimentale che dovrebbe tutelare l’efficace intervento dell’indagato nella procedura de qua, configurando una nullità generale a regime intermedio, di cui all’art. 178, comma 1, lett. c) c.p.p. (25).

Nel caso invece in cui il decreto di riconoscimento venga comunque materialmente emesso, ma in ritardo rispetto alle tempistiche previste dalla normativa, vi è un rischio concreto di vanificare la tutela dei diritti dell’indagato: tutte le operazioni di convalida ed esecuzione debbono infatti rispettare tempi certi e celeri.

In questo contesto va segnalato come la Corte di Cassazione, in un caso in cui l’autorità giudiziaria tedesca aveva chiesto all’Italia di compiere alcuni atti di perquisizione e di sequestro nei confronti di una persona indiziata di evasione fiscale, abbia riscontrato una violazione dell’art. 4, comma 4, del decreto, in quanto, benché il provvedimento di riconoscimento fosse stato regolarmente emesso dal competente pubblico ministero in data 16 aprile 2018, era stato tuttavia comunicato alla difesa solo il successivo 28 giugno: l’accusa aveva, nel frattempo, compiuto le attività richieste, effettuando il 24 maggio perquisizioni e sequestri e disponendo, il 5 giugno, accertamenti tecnici non ripetibili ex art. 360 c.p.p. per le operazioni di copia del materiale informatico sequestrato, inviando, in quella stessa data, il prescritto avviso all’indagato (26). Anche il riconoscimento tardivamente emesso o comunicato altera dunque la sequenza procedimentale diretta a garantire il corretto intervento dell’indagato nel procedimento generando una nullità di cui all’art. 178, comma 1, lett. c) c.p.p.

Bisogna escludere, peraltro, nell’ipotesi di assenza o di ritardo del decreto di riconoscimento, ogni spiraglio di operatività del principio di equipollenza degli atti processuali che, com’è noto, permette – qualora non vengano fissati gli specifici requisiti dell’atto – di condizionare la validità e l’efficacia dell’atto stesso alla presenza, nel caso concreto, di quegli elementi che siano in grado di assicurare comunque il raggiungimento dello scopo (27). La Corte di Cassazione ha precisato come la specifica natura del decreto di riconoscimento esclude radicalmente un’equipollenza tra la procedura che consiste nell’adottare e nel comunicare successivamente il decreto di riconoscimento ed una sua trasposizione parziale o integrale nel “corpo” di altro atto emesso dall’autorità che provvede alla sua esecuzione: trattasi infatti di due atti “governati da presupposti, funzioni, finalità” diverse (28).

5. Il ruolo dell’opposizione al decreto di riconoscimento dell’ordine europeo di indagine penale

La giurisprudenza citata, valorizzando il ruolo del decreto di riconoscimento emesso dal pubblico ministero, mette peraltro in luce l’importanza dell’opposizione quale mezzo di impugnazione riconosciuto all’indagato o al suo

difensore e strettamente connesso al provvedimento di riconoscimento. Il rimedio di cui all'art. 13 del decreto, benché non abbia natura sospensiva degli atti istruttori, è strettamente legato al riconoscimento dell'OEI perché è solo a partire da tale provvedimento, il quale contiene un'attenta valutazione da parte dell'autorità di esecuzione anche e soprattutto con riguardo ai diritti fondamentali dell'individuo, che la difesa potrà prendere posizione, per la prima volta, su un OEI che la riguarda.

Norme specifiche governano il caso in cui l'OEI abbia ad oggetto il sequestro probatorio: in tal caso, potranno proporre opposizione anche la persona alla quale la prova o il bene sono stati sequestrati e quella che avrebbe diritto alla loro restituzione davanti al giudice, il quale deciderà in camera di consiglio. Per tali soggetti, oltre che per il pubblico ministero, sarà poi possibile, in base al comma 7 dell'art. 13 decreto – sempre nel solo ambito del sequestro probatorio a fini di prova – ricorrere per cassazione per violazione di legge entro dieci giorni dalla comunicazione o notificazione della decisione del giudice.

L'opposizione svolge dunque un ruolo essenziale in quanto, se accolta dal giudice per le indagini preliminari, è volta ad ottenere l'annullamento del decreto di riconoscimento e permette dunque di interrompere l'esecuzione dell'OEI ed evitare la trasmissione degli elementi probatori all'autorità straniera. In realtà, tale effetto potrà essere ottenuto con certezza solo qualora la prova non sia stata ancora trasmessa all'autorità di emissione dell'OEI. Più problematica è infatti l'ipotesi in cui la trasmissione sia già avvenuta e, successivamente, il giudice per le indagini preliminari accolga l'opposizione: in tal caso occorre che l'Italia, in qualità di Stato di esecuzione che abbia trasmesso il dato probatorio, si adoperi per far conoscere la nullità del decreto di riconoscimento pronunciata dal giudice italiano (29).

L'opposizione costituisce dunque il primo momento in cui l'indagato e il suo difensore possono esprimere la loro posizione sulla richiesta di atti probatori inoltrati a mezzo OEI e sembra che essa costituisca anche l'unica modalità con cui possano farla valere (salvo nell'ipotesi, espressamente prevista dall'art. 28 del decreto, che autorizza l'indagato/imputato, il suo difensore o la persona alla quale la prova o il bene sono stati sequestrati o quella che avrebbe diritto alla sua restituzione, a presentare una richiesta di riesame dell'OEI ai sensi dell'art. 324 c.p.p.). La Corte di Cassazione aveva infatti affrontato il problema della possibile configurabilità di un concorso di mezzi di impugnazione in virtù del quale l'indagato o il suo difensore avrebbero potuto presentare sia l'opposizione prevista dall'art. 13 D.L.vo n. 108 del 2017, sia il riesame di cui agli artt. 257 e 324 c.p.p. Tale impostazione è stata tuttavia esclusa e la Corte ha negato la possibilità di agire con lo strumento del riesame affermando che lo stesso finirebbe per consentire "l'avvio di due autonome e parallele procedure di impugnazione (...) con effetti del tutto sordinati tra loro", non essendo am-

missibile un doppio binario di tutela (30). Tale soluzione appare d'altronde quella maggiormente fondata in relazione al tenore dell'art. 14, comma 2, della Direttiva 2014/41, in virtù del quale le ragioni di merito che conducono l'autorità straniera ad emettere un OEI possono essere contestate solo mediante un'azione introdotta davanti a suddetta autorità: da questa previsione pare corretto dedurre che davanti all'autorità di esecuzione sarà possibile contestare il solo decreto di riconoscimento e non l'atto di indagine stesso, che rileva nello stato di emissione dell'OEI.

In conclusione, queste prime pronunce della Corte di Cassazione paiono un primo utile confronto con l'attuazione giurisprudenziale delle scelte normative operate dal legislatore italiano in materia di ordine europeo di indagine penale. Si tratta, tuttavia, di un contributo giurisprudenziale che rimane per ora abbastanza limitato, anche in considerazione del fatto che le richiamate decisioni riguardano contesti tra di loro molto simili (ossia casi accomunati dalla vicinanza geografica – trattandosi di procedimenti tutti pendenti in Germania –, riguardanti reati di natura fiscale e aventi tutti ad oggetto il compimento di atti di perquisizione e di successivo sequestro probatorio). Va peraltro aggiunto che, in caso di contestazione dell'OEI con riferimento a contesti probatori diversi e nel cui ambito non sia ammesso ricorso per cassazione, essendo il giudice per le indagini preliminari a doversi pronunciare sull'opposizione presentata ai sensi dell'art. 13, comma 1, del decreto, risulta assai complesso accedere alle pronunce giurisprudenziali in materia di OEI (31) e così ricostruire le dinamiche che riguardano tale strumento.

(*) La prima parte del contributo della medesima Autrice, dedicato alla disciplina della Direttiva europea 2014/41/UE, in materia di Ordine europeo di indagine penale, è pubblicato in *questa Rivista* 2019, 552.

NOTE

(1) Il programma JUSTICE é il programma dell'Unione europea, gestito dalla Direzione Generale Giustizia della Commissione Europea (DG JUST), che promuove la cooperazione giudiziaria in materia civile e penale, la formazione giudiziaria, un migliore accesso alla giustizia nell'UE e le iniziative politiche antidroga, inclusa la prevenzione dei reati. Il programma EIO-LAPD è accessibile al sito <https://eio-lapd.eu>.

(2) The JUSTICE programme is led by the European Union, directed by the Directorate-General for Justice of the European Commission (DG JUST), which promotes judicial cooperation in civil and criminal matters, judicial training, better access to justice in the EU and anti-drugs policy initiatives, including crime prevention. The EIO-LAPD programme is available at <https://eio-lapd.eu>.

(3) D.L.vo del 21 giugno 2017, n. 108 - entrato in vigore il 28 luglio 2017 - Norme di attuazione della direttiva 2014/41/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 3 aprile 2014, relativa all'ordine europeo di indagine penale, pubblicato in *G.U.* n. 162 del 13 luglio 2017. A commento del Decreto attuativo si veda in particolare 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.*, 11/2017, p. 4196-4210; DANIELE, *L'ordine europeo di indagine penale entra a regime. Prime riflessioni sul D.lgs. n. 108/2017*, in *Dir. Pen. cont., Riv. Trim.*, 7-8/2017. Il recepimento della Direttiva è avvenuto in ritardo rispetto al termine indicato dall'art. 36 - che prevedeva il termine

del 22 maggio 2017. Il Parlamento italiano ha inoltre autorizzato anche la ratifica ed esecuzione della Convenzione di Bruxelles del 9 maggio 2000, relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale fra gli Stati membri dell'Unione europea (c.d. Convenzione MAP), conferendo la delega al Governo per la riforma del libro XI (art. 4 della L. del 21 luglio 2016, n. 149). Le norme di attuazione della Convenzione del 2000 sono state approvate con decreto legislativo 5 aprile 2017 n. 52 e la Convenzione è entrata in vigore dal 22 febbraio 2018. La delega è stata esercitata con il Decreto legislativo 3 ottobre 2017 n. 149, il cui art. 4 ha profondamente rivisto la disciplina delle rogatorie internazionali. La relazione illustrativa al Decreto sottolinea come tale riforma trovi fondamento «nell'unanime riconoscimento dell'inadeguatezza dell'attuale sistema normativo di assistenza giudiziaria, a fronte di una criminalità, specie quella organizzata, che ha esteso il raggio di azione ben oltre i confini del territorio di un singolo Stato, e sa ben sfruttare tutte le opportunità offerte dalla globalizzazione dei mercati e dalle nuove tecnologie di comunicazione e di gestione dell'informazione». Sul punto, DI PAOLO, *La riforma della disciplina codicistica delle rogatorie internazionali (D.lg. 3 ottobre 2017, n. 149, in Cass. Pen. n. 10/2018, p. 3425; RUGGIERI, Libro XI del codice di rito. Guida minima, in Cass. pen., 5/2018, p.1766.*

(4) L'Ordine europeo di indagine penale si è infatti sostituito alle rogatorie per quanto riguarda la raccolta transnazionale delle prove nel contesto dell'Unione europea, sostituendo le previsioni della Convenzione di assistenza giudiziaria in materia penale del Consiglio d'Europa del 1959, la Convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen del 1990, la Convenzione relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale dell'Unione del 2000 e della decisione-quadro 2003/577 sul sequestro probatorio. Il regolamento 2016/95 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 20 gennaio 2016 aveva invece abrogato la decisione-quadro 2008/978 sul Mandato europeo di ricerca delle prove. Le rogatorie restano invece in vigore nei rapporti fra l'Italia e gli Stati dell'Unione che non hanno aderito alla direttiva (ossia la Danimarca e l'Irlanda) e fra l'Italia e gli Stati che non appartengono all'Unione, come l'Islanda e la Norvegia.

(5) Il principio del mutuo riconoscimento costituisce una svolta fondamentale nell'approccio al tema della cooperazione giudiziaria penale. Esso è stato sancito per la prima volta nella Conclusione n. 33 del Consiglio europeo di Tampere del 15-16 ottobre 1999 ed implica la ricezione tendenzialmente incondizionata delle decisioni pronunciate dai giudici penali nazionali sulla base dei loro sistemi interni, con il solo limite per il giudice dello Stato membro di riconoscere ed eseguire la decisione pronunciata dall'autorità giudiziaria dello Stato membro emittente seguendo determinate formalità e potendo negare tale riconoscimento solo in specifiche ipotesi. Cfr. DE AMICIS, *Il principio del reciproco riconoscimento e la sua attuazione nel diritto interno, in La nuova cooperazione giudiziaria penale* (a cura di MARCHETTI, SELVAGGI), CEDAM, 2019, p. 239-259.

(6) Peraltro l'OEI non riguarda unicamente gli atti che possono essere richiesti nella fase investigativa, visto che la distinzione tipica del sistema normativo interno tra l'atto di indagine - destinato a non avere un uso dibattimentale - e l'atto probatorio, formato nel contraddittorio tra le parti, non viene presa in considerazione dalla Direttiva europea che parla, genericamente, di qualsiasi prova si voglia ottenere da un altro ordinamento.

(7) Il D.L.vo n. 149 del 3 ottobre 2017 ha introdotto nel codice di rito, nel Libro XI, un nuovo Titolo I-Bis dedicato ai principi del mutuo riconoscimento delle decisioni e dei provvedimenti tra Stati membri dell'Unione europea che si affianca al tradizionale sistema di assistenza giudiziaria rogatoriale. La disciplina interna del principio del mutuo riconoscimento è contenuta nell'art. 696 bis c.p.p. il quale indica che l'autorità giudiziaria - sia quella italiana nei confronti delle sentenze straniere, sia quella straniera nei confronti delle sentenze italiane - riconosce ed esegue le decisioni e i provvedimenti giudiziari degli altri Stati membri senza sindacarne le ragioni di merito con i soli limiti attinenti al rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento giuridico dello Stato e alla garanzia dei diritti di difesa ed individuali dell'imputato o condannato, secondo quanto previsto dagli art. 696 ter e 696 quinquies c.p.p.

(8) BELFIORE, *Su alcuni aspetti del decreto di attuazione dell'ordine europeo di indagine penale, in Cass. Pen., 2018, p. 401-402.* La scelta

di individuare il procuratore della Repubblica presso il Tribunale del capoluogo del distretto nel quale deve compiersi l'attività richiesta è peraltro in accordo con le disposizioni codicistiche, quali, ad esempio, l'art. 724 c.p.p. (introdotto con la riforma del Libro XI operata dal D.L.vo n. 146/2017) che individua nel Pubblico ministero il soggetto competente, di regola, a dar corso alla richiesta di assistenza provenienti dall'estero. Tale scelta pare peraltro conforme anche alle indicazioni contenute nella L. n. 149 del 2016 recante linee guida per la riforma delle rogatorie (art. 4 lett. c, n. 2) e fatta propria dalla legislazione interna che attua la Convenzione di Bruxelles del 2000 (art. 8 D.L.vo n. 52/2017).

(9) In tal senso BELFIORE, *Su alcuni aspetti del decreto di attuazione dell'ordine europeo di indagine penale, cit. p. 402.*

(10) Con un taglio meno netto della Direttiva che all'art. 6 indica che l'OEI può venire disposto solo quando l'atto istruttorio avrebbe potuto essere emesso «alle stesse condizioni in un caso interno analogo».

(11) Sono d'altra parte le stesse leggi europee a contemplare il criterio della proporzionalità, ai sensi dell'art. 52§1 della Carta di Nizza secondo cui «Nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui». Il principio di proporzionalità è peraltro utilizzato dalla Corte di giustizia dell'UE, nonché dalla giurisprudenza della Corte E.d.u. che lo utilizza quale parametro di riferimento per la verifica della tutela effettiva dei diritti della Convenzione e per la determinazione delle limitazioni permesse nei confronti dei diritti fondamentali: cfr. CAIANELLO, *Il principio di proporzionalità nel procedimento penale, in Dir. Pen. cont., n. 3-4/2014, p.148 ss.*

(12) GATTO, *Il principio di proporzionalità nell'ordine europeo di indagine penale, in Dir. pen. cont. - Riv. Trim., n. 2/2019, p. 69 ss.*

(13) SPAGNOLO, *I presupposti e i limiti dell'ordine di indagine europeo nella procedura passiva, in La nuova cooperazione giudiziaria penale* (a cura di MARCHETTI, SELVAGGI), Cedam, 2019, p. 263. LOEI rimane ancorato ad alcuni meccanismi tipici della mutua assistenza che ne testimoniano in fondo la natura «ibrida», quali l'applicazione della lex fori qualora le regole probatorie dello Stato di emissione si pongano in contrasto con i principi fondamentali dell'ordinamento o la possibilità di chiedere l'esecuzione cd. «concelebrata» dell'OEI.

(14) Sottolinea FALATO, *La proporzionalità innova il tradizionale approccio al tema della prova: luci ed ombre della nuova cultura probatoria promossa dall'ordine europeo di indagine penale, in www.archivio.penale.it., n. 2/2018, p. 14* come l'art. 4, comma 2, ponendo i diritti fondamentali quale limite alla lex fori, ribadisce il principio di effettività dei valori costituzionali.

(15) DANIELE, *I chiaroscuri dell'OEI e la bussola della proporzionalità, in L'ordine europeo di indagine penale* (a cura di DANIELE - KOSTORIS), Giappichelli, 2018, p. 57. A tal riguardo di è parlato di un decreto da leggere con le «lenti della proporzionalità»: in tal senso GATTO, *Il principio di proporzionalità nell'ordine europeo di indagine penale, cit. p. 79.*

(16) MANGIARACINA, *Il procedimento di esecuzione dell'OEI e i margini nazionali di rifiuto, in M. DANIELE - R.E. KOSTORIS* (a cura di), *L'ordine europeo di indagine penale. Il nuovo volto della raccolta transnazionale delle prove nel d.lgs n. 108 del 2017*, Giappichelli, 2018, p. 121 s.

(17) MANGIARACINA, *L'esecuzione dell'OEI e i margini nazionali di rifiuto, cit. p. 116.*

(18) BELFIORE, *Su alcuni aspetti del decreto di attuazione dell'ordine europeo di indagine penale, cit. §3.2; DANIELE, L'Ordine europeo di indagine penale entra a regime, cit. p. 209* ricorda come ciò sia già avvenuto in occasione della sentenza Mills ove le Sezioni Unite hanno affermato che le prove raccolte all'estero sono inutilizzabili solo quando sono assunte tramite modalità in contrasto con «norme inderogabili di ordine pubblico e buon costume», che però «non si identificano necessariamente con il complesso delle regole dettate dal codice di rito e, in particolare, con quelle relative all'esercizio dei diritti della difesa» cfr. Cass., Sez. Un., 25 febbraio 2010, Mills, n. 15208.

(19) Rimettere dunque l'obbligo di informativa al momento in cui il Pubblico ministero ne ha conoscenza rischia di appesantire il procedimento: PARODI, *Il modello C: vecchie criticità e nuovi problemi in caso di intercettazioni all'estero*, in *Dir. pen. cont.* 1 marzo 2019, su *www.penalecontemporaneo.it*.

(20) Si tratta della traduzione interna della formula di "disponibilità" dell'atto definita dalla Direttiva europea come il caso in cui l'atto di indagine richiesto è previsto dal diritto dello Stato di esecuzione, ma è legittimo solo in determinate circostanze (come per i reati di una certa gravità o contro persone contro cui grava già un certo grado di sospetto). Secondo MANGIARANCINA, *L'esecuzione dell'OEI e i margini nazionali di rifiuto*, cit. p. 119 questa formula avrebbe richiesto maggiore specificazione per non dare luogo a interpretazioni riduttive, mentre per DANIELE, *Ordine europeo di indagine penale*, cit. p. 60, la disponibilità implica il rispetto di tutte le regole di ammissibilità previste per il singolo atto.

(21) In tal senso, anche GATTO, *Il principio di proporzionalità nell'ordine europeo di indagine penale*, op. cit. p. 81.

(22) Si veda BARGIS, *Mandato di arresto europeo e diritti fondamentali, recenti itinerari "virtuosi" della Corte di giustizia tra compromessi e nodi irrisolti*, in *Dir. pen. cont. - Riv. Trim.*, n. 2/2017, p. 198-200.

(23) CAIANIELLO, *L'OEI dalla Direttiva al decreto n. 108 del 2017*, in *L'ordine europeo di indagine penale*, (a cura di DANIELE-KOSTORIS), Giappichelli, 2018, p. 28-29.

(24) Cass. pen. sez. VI, 7 febbraio 2019, n. 14414, cfr. DANIELE, *Il riconoscimento "di fatto" dell'ordine europeo di indagine: un'altra censura della cassazione*, in *Dir. pen. cont.* 16 aprile 2019.

(25) In tal senso MARCOLINI, *L'ordine europeo di indagine alla prova dei fatti: prime pronunce in materia*, in *Cass. Pen.*, n. 9/2019, p. 3370 sottolinea come non osta alla configurazione della nullità ex art. 180 c.p.p. per il caso di mancata emissione del decreto di riconoscimento in una procedura passiva di EIO l'impostazione giurisprudenziale che qualifica quale mera irregolarità il mancato deposito degli atti di indagine a cui il difensore ha il diritto di assistere entro tre giorni dal loro compimento, e ciò perché nel caso in cui si instauri un ordinario processo penale davanti alla sola autorità giudiziaria italiana il difensore potrà al più tardi prendere visione dei verbali degli atti in questione con la

chiusura delle indagini, mentre nel caso dell'OEI – proprio per la sua natura transfrontaliera – la fase del riconoscimento e della successiva esecuzione sarà limitata ad un massimo di 90 giorni.

(26) Cass. pen., sez. VI, 31 gennaio 2019, dep. 25 febbraio 2019, n. 8320, cfr. DANIELE, *Ordine europeo di indagine e ritardata comunicazione alla difesa del decreto di riconoscimento: una censura della cassazione*, in *Dir. pen. cont.*, 11 marzo 2019, p. 60.

(27) Viene ripresa la teoria del c.d. "pregiudizio effettivo" per cui, anche se non pienamente conformi alla propria fattispecie legale, gli atti processuali potrebbero, comunque, considerarsi produttivi dei loro effetti nella misura in cui non ne discenda un reale svantaggio per i destinatari: cfr. CALIGARIS, *L'invalidità degli atti processuali penali: un tradizionale terreno di scontro tra "forma" e "sostanza"*, in *Dir. pen. cont. - Riv. Trim.*, 3/2018, p. 104.

(28) Cass. pen., sez. VI, 7 febbraio 2019, n. 14414.

(29) MARCOLINI, *L'ordine europeo di indagine alla prova dei fatti: prime pronunce in materia*, op. cit., p. 3370, spec. §4, sottolinea come l'art. 24, comma 3 del decreto conosca situazioni paragonabili nel caso del c.d. "instradamento" in cui il giudice per le indagini preliminari, qualora le operazioni di intercettazione siano disposte con riferimento ad un reato per il quale, secondo l'ordinamento interno, le intercettazioni non sono consentite deve ordinare la loro immediata cessazione e deve darne contestuale comunicazione al Procuratore della Repubblica il quale, senza ritardo e non oltre novantasei ore dalla ricezione della notifica, deve darne comunicazione all'autorità giudiziaria dello Stato membro del provvedimento di cessazione delle operazioni e della non utilizzabilità a fini di prova dei risultati delle intercettazioni eseguite.

(30) Cass. pen., sez. VI, 14 febbraio 2019, dep. 14 marzo 2019, n. 11491, *C.E.D.* Cass. n. 275291.

(31) La reperibilità delle decisioni del giudice per le indagini preliminari è alquanto complessa: a tal riguardo si veda la condivisibile proposta di MARCOLINI, *L'ordine europeo di indagine alla prova dei fatti: prime pronunce in materia*, op. cit, di creare una banca dati delle pronunce dei giudici per le indagini preliminari in materia di OEI, aggiornata ed accessibile.