

## **A caccia di... prove. L'ordine europeo di indagine penale tra complesse stratificazioni normative e recepimento nell'ordinamento italiano.**

di *Stefano Montaldo*

**Sommario.** **1.** Il reciproco riconoscimento e la circolazione delle prove nello spazio penale europeo: profili introduttivi. – **2.** L'ambito di applicazione soggettivo della direttiva 2014/41/UE e le sue ricadute operative. – **3.** Il coordinamento della direttiva 2014/41/UE con le fonti internazionali preesistenti: la sostituzione delle "disposizioni corrispondenti". – **4.** Il decreto legislativo n. 108 del 2017: (finalmente) un recepimento di qualità della normativa UE.

### **1. Il reciproco riconoscimento e la circolazione delle prove nello spazio penale europeo: profili introduttivi**

La programmazione pluriennale che tradizionalmente caratterizza lo sviluppo dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia UE ha sempre annoverato fra le priorità dell'azione normativa europea la definizione di forme e meccanismi di cooperazione in ambito probatorio. Questo settore è infatti considerato coesistente al rafforzamento della fiducia reciproca fra autorità nazionali ed alla piena applicazione del reciproco riconoscimento in materia penale, verso la costruzione di uno spazio giudiziario europeo sempre più coeso<sup>1</sup>. Ne è derivata una lunga serie di interventi normativi di multiforme natura e portata, che ha progressivamente delineato un quadro normativo sovranazionale molto articolato, nel quale numerose fonti dell'ordinamento dell'Unione si intrecciano con strumenti del Consiglio d'Europa<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Cfr., *ex multis*, R. BELFIORE, *The European Investigation Order in criminal matters: Developments in evidence gathering across the EU*, in *European Criminal Law Review*, 2015, p. 312 ss.

<sup>2</sup> Fra i principali, occorre ricordare la convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen (convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen del 14 giugno 1985 relativo all'eliminazione graduale dei controlli alle frontiere comuni), la convenzione sull'assistenza penale giudiziaria fra gli Stati membri dell'Unione europea ed il relativo protocollo (Convenzione adottata con atto del Consiglio del 29 maggio 2000, conformemente all'art. 34, par. 2, lett. d), TUE, entrata in vigore il 23 agosto 2005), la decisione quadro sui provvedimenti di blocco dei beni o di sequestro probatorio (decisione quadro n. 2003/577/GAI del Consiglio del 22 luglio 2003 relativa all'esecuzione nell'Unione europea dei provvedimenti di blocco dei beni o di sequestro probatorio) e la decisione quadro riguardante il mandato europeo di ricerca delle prove (decisione quadro n. 2008/978/GAI del Consiglio del 18 dicembre 2008, relativa al mandato di ricerca delle prove diretto

Benché la frammentazione normativa non abbia arrestato la crescente tendenza delle autorità nazionali a ricorrere a strumenti di assistenza giudiziaria in ambito probatorio<sup>3</sup>, né abbia causato "particolari vischiosità o patologiche durate delle procedure"<sup>4</sup>, il legislatore europeo ha operato un atteso tentativo di sistematizzazione della materia<sup>5</sup>, attraverso la direttiva 2014/41/UE sull'ordine europeo di indagine penale<sup>6</sup>.

In risposta ai rischi connessi ad una eccessiva stratificazione normativa, la direttiva in questione si presenta come uno strumento di portata orizzontale, che può dunque trovare applicazione in rapporto a qualsiasi atto di indagine di cui si imponga il compimento nel territorio dello Stato membro di esecuzione, con alcune limitate eccezioni<sup>7</sup>.

Come tutti gli atti UE che attuano il reciproco riconoscimento alle decisioni giudiziarie penali, la direttiva ha inaugurato nel settore delle prove un modello di cooperazione improntato a rapidità e tendenziale automaticità delle procedure. In quest'ottica, l'elemento distintivo è l'emancipazione dal preventivo vaglio politico al quale sono tradizionalmente affidate le sorti dell'assistenza giudiziaria classica, al quale si sostituiscono la minimizzazione delle formalità procedurali<sup>8</sup> e un complesso di doveri di consultazione, fiducia reciproca e leale cooperazione fra autorità giudiziarie di emissione ed esecuzione.

In questo contesto, come per altre analoghe iniziative dell'Unione in tema di cooperazione giudiziaria penale, l'effettività del sistema ordito dal legislatore sovranazionale dipende da tre principali fattori: l'ambito di applicazione soggettivo

all'acquisizione di oggetti, documenti e dati da analizzare nel procedimento penale). Merita menzionare altresì la convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale del Consiglio d'Europa del 20 aprile 1959, che, unitamente ai suoi due protocolli addizionali, costituisce la matrice primigenia delle norme UE nell'ambito in esame.

<sup>3</sup> In relazione all'Italia, ad esempio, dati riguardanti i flussi di richieste di assistenza giudiziaria rivelano infatti il costante incremento, nel tempo, dell'utilizzo di tali meccanismi di cooperazione, sicché la semplificazione delle relative procedure potrebbe consolidare ed ulteriormente rafforzare tale tendenza. Cfr. la relazione dell'ufficio legislativo del Ministero della Giustizia al progetto di decreto legislativo di attuazione della direttiva 2014/41/UE nell'ordinamento italiano, pp. 2-3.

<sup>4</sup> Cfr. la relazione dell'ufficio legislativo del Ministero della Giustizia al progetto di decreto legislativo di attuazione della direttiva 2014/41/UE nell'ordinamento italiano, p. 3.

<sup>5</sup> Questa criticità era stata rilevata dal Consiglio europeo nel programma di Stoccolma del 2009. In tale sede, i Capi di Stato o di Governo hanno auspicato una complessiva revisione della materia, capace di valorizzare il reciproco riconoscimento, senza rinunciare *in toto* alla flessibilità tipica del sistema tradizionale di assistenza giudiziaria.

<sup>6</sup> Direttiva 2014/41/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 3 aprile 2014 relativa all'ordine europeo di indagine penale, in GU L 130, del 1° maggio 2014, p. 1.

<sup>7</sup> Sono ad esempio espressamente escluse dall'ambito operativo della direttiva le attività svolte nell'ambito delle squadre investigative comuni, in relazione alle quali occorre fare riferimento alla decisione quadro 2002/465/GAI.

<sup>8</sup> Il divieto di formalità addizionali rispetto a quelle dettate dalla normativa UE è un approccio che caratterizza l'intera produzione normativa dell'Unione nel settore della cooperazione giudiziaria penale.

del'atto, il coordinamento della nuova disciplina con quella previgente e la tempestività e precisione dell'opera di recepimento in sede nazionale.

Nel prosieguo dell'analisi verrà dunque sinteticamente considerato ciascuno di questi elementi, con una attenzione particolare per la recente trasposizione della direttiva nell'ordinamento italiano.

## **2. L'ambito di applicazione soggettivo della direttiva 2014/41/UE e le sue ricadute operative**

Sotto il profilo soggettivo, è anzitutto esclusa dal novero dei destinatari della direttiva 2014/41/UE la Danimarca. Ai sensi degli artt. 1 e 3 del Protocollo n. 22 allegato ai Trattati, infatti, tale Stato membro gode di un *opt-out* generale in ordine alle misure di cooperazione in materia penale adottate dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona<sup>9</sup>. L'Irlanda ha a sua volta scelto di non partecipare all'adozione della direttiva, in forza dell'art. 4 *bis* del Protocollo n. 21, che disciplina la sua posizione rispetto allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia. Sempre alla luce del Protocollo n. 21, il Regno Unito ha invece maturato la scelta opposta, sebbene tale opzione sia in tutta evidenza minata dall'avvio della procedura *ex art. 50 TUE* per il recesso dall'Unione. L'esercizio della facoltà di *opting-out* da parte dell'Irlanda appare particolarmente problematico. Ad oggi, infatti, Grecia, Croazia e, appunto, Irlanda sono gli unici Stati membri a non aver ancora ratificato la convenzione sull'assistenza giudiziaria del 2000<sup>10</sup>. Di conseguenza, le relazioni con le autorità di tale Stato nella materia in esame trovano fondamento nella convenzione di assistenza giudiziaria del Consiglio d'Europa del 1959 e nei relativi protocolli<sup>11</sup>.

Occorre infine sottolineare come la direttiva 2014/41/UE prenda indirettamente in considerazione Islanda e Norvegia. Nei rapporti fra questi Stati terzi e gli Stati membri, l'art. 34 fa salva l'applicazione delle rilevanti disposizioni della convenzione in materia di assistenza giudiziaria del 2000<sup>12</sup>, nonostante quest'ultima

<sup>9</sup> Sul tema degli *opt-out* v. S. MONTALDO, *L'integrazione differenziata e la cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale nell'UE: il caso degli opt-out di Regno Unito, Irlanda e Danimarca*, in [www.la legislazione penale.eu](http://www.la legislazione penale.eu), febbraio 2016.

<sup>10</sup> Con riferimento alla recente ratifica italiana v. d.lgs. 5 aprile 2017, n. 52, attuazione della convenzione relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea del 29 maggio 2000, adottato dal Consiglio dei Ministri in esecuzione della delega contenuta nella legge 21 luglio 2016 n. 149.

<sup>11</sup> Al contempo, mentre Irlanda e Danimarca sono vincolate alla decisione quadro 2003/577/GAI in tema di blocco dei beni e sequestro probatorio, il Regno Unito ne è esentato. Esso, infatti, dopo aver invocato il *block opt-out* previsto dal Protocollo n. 36, non ha incluso questa decisione quadro nella lista di 35 atti per i quali ha esercitato il *back opt-in*. Cfr. S. MONTALDO, *Scadenza del regime transitorio per gli atti del terzo pilastro: il block opt-out del Regno Unito ed il successivo opt-in per 35 misure*, in [www.rivista.eurojus.it](http://www.rivista.eurojus.it), 1° dicembre 2014.

<sup>12</sup> Il coinvolgimento di Islanda e Norvegia è stato assicurato mediante un accordo siglato il 19 dicembre 2003 ed entrato in vigore il 1° gennaio 2013. Cfr. la decisione n. 2004/79/CE del Consiglio del 17 dicembre 2003, relativa alla firma, e decisione n. 2012/305/UE del Consiglio del 7 giugno 2012, relativa alla conclusione dell'accordo tra l'Unione europea e la Repubblica d'Islanda e il Regno di Norvegia sull'applicazione di talune disposizioni della

sia in ampia misura sostituita dalla disciplina sull'ordine europeo di indagine penale.

Il complesso di norme preesistente alla direttiva conserva dunque inalterata la propria rilevanza, sebbene limitatamente ora ad Islanda e Norvegia, ora agli Stati membri che hanno modellato la propria partecipazione alla luce delle facoltà di *opt-out* ed *opt-in* o che hanno mancato di attuare la normativa UE nel loro ordinamento.

### **3. Il coordinamento della direttiva 2014/41/UE con le fonti internazionali preesistenti: la sostituzione delle "disposizioni corrispondenti"**

Nella prassi, la successione di norme di pari rango nell'ordinamento UE segue percorsi alquanto variegati, a seconda della natura e degli effetti degli atti considerati, nonché della portata sostanziale dell'intervento riformatore. Si evidenzia così il ricorso a tecniche che spaziano dalla modifica mediante emendamenti incorporati nel testo originario - il quale verrà aggiornato attraverso la predisposizione di una versione consolidata - all'abrogazione *tout court*<sup>13</sup>. Al netto di questi due poli, si verificano situazioni di maggiore complessità, nelle quali uno o più atti previgenti sono oggetto di modifiche o integrazioni parziali. In questi casi, la successione non si risolve in una *reductio ad unum*, bensì determina l'esigenza di coordinare più atti che, ora sovrapponendosi, ora risultando reciprocamente complementari, disciplinano settori affini di una medesima materia. Ne consegue un ulteriore fattore di complessità e stratificazione delle norme che disciplinano i meccanismi di cooperazione giudiziaria. Ciò appare evidente allorché l'atto più recente sostituisce "le corrispondenti disposizioni" di altre fonti, senza che tale legame di corrispondenza sia più precisamente dettagliato dal legislatore europeo. Questa tecnica è di particolare interesse nel caso in esame, poiché l'art. 34, par. 1, della direttiva sull'ordine europeo vi ricorre in rapporto alla convenzione di assistenza giudiziaria del Consiglio d'Europa, alla convenzione di assistenza giudiziaria tra gli Stati membri ed alla convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen. Sorge dunque la necessità di comprendere con maggiore

---

convenzione del 29 maggio 2000 riguardante l'assistenza giudiziaria in materia penale, tra gli Stati membri dell'Unione europea e del relativo protocollo del 2001. La partecipazione di questi due Stati terzi è tuttavia espressamente limitata ad alcune disposizioni della convenzione, poiché altre previsioni – segnatamente gli artt. 3, 5, 6, 7, 12 e 23 – incidono sull'accordo di associazione all'attuazione, applicazione e sviluppo dell'accordo di Schengen.

<sup>13</sup> V. ad esempio la decisione quadro n. 2002/584/GAI del Consiglio del 13 giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri, che è stata emendata dalla decisione quadro n. 2009/299/GAI del Consiglio del 26 febbraio 2009, che modifica le decisioni quadro 2002/584/GAI, 2005/214/GAI, 2006/783/GAI, 2008/909/GAI e 2008/947/GAI, rafforzando i diritti processuali delle persone e promuovendo l'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle decisioni pronunciate in assenza dell'interessato al processo.

chiarezza cosa debba intendersi per disposizione "corrispondente"<sup>14</sup>, poiché il significato di tale formula è essenziale allo scopo di definire il contesto normativo riformato e reso operativo dalle normative nazionali di trasposizione.

La portata letterale dell'espressione in esame sembra indirizzare l'interprete verso due principali letture: la corrispondenza formale e la corrispondenza sostanziale. Nel primo caso, la successione fra norme sarebbe limitata alle sole disposizioni le cui formulazioni siano identiche o che, quanto meno, presentino significative analogie. Nella seconda eventualità, sarebbe invece sufficiente che le formulazioni interessate disciplinino in concreto lo stesso istituto, a prescindere dalla sovrapposibilità testuale. Evidenti ragioni di necessaria flessibilità dell'operato del legislatore e di inevitabile ammodernamento di una disciplina strettamente legata all'utilizzo di tecnologie in costante e rapida evoluzione inducono a propugnare la seconda e più ampia interpretazione. La preferenza per l'approccio sostanziale ha ulteriore riscontro alla luce dell'interpretazione teleologica della formula in parola. Essa risulta infatti maggiormente in linea con la *ratio* sottesa alla direttiva 2014/41/UE, che mira a semplificare, velocizzare e rafforzare la cooperazione fra autorità nazionali in ambito probatorio.

Questa visione è altresì supportata dalla lettura data, seppur in altro contesto, all'art. 52, par. 3, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Tale disposizione prevede una clausola di equivalenza secondo la quale "i diritti corrispondenti" a quelli garantiti dalla CEDU - protocolli inclusi - devono avere significato e portata uguali a quelli assicurati da tale Convenzione, fatta salva la possibilità di conferire una protezione più estesa. Al riguardo, le Spiegazioni allegate alla Carta propongono un dettagliato elenco di disposizioni considerate identiche agli articoli corrispondenti della CEDU. A tale lista segue l'enumerazione delle previsioni della Carta il cui significato è identico al disposto della Convenzione, ma che si caratterizzano per una portata più ampia. Benché talune di queste disposizioni siano testualmente *in toto* sovrapposibili ad articoli della CEDU<sup>15</sup> o ad una loro specifica disposizione<sup>16</sup>, in entrambi gli elenchi non mancano rilevanti esempi di diritti formulati in maniera sensibilmente diversa, ma che ciononostante condividono la sostanza della protezione che mirano ad assicurare<sup>17</sup>. La stessa Corte di giustizia, ha usualmente fatto proprie le indicazioni contenute nelle spiegazioni in ordine alla corrispondenza fra disposizioni dei due

---

<sup>14</sup> Il dato testuale è sostanzialmente coincidente in tutte le principali versioni linguistiche, la cui comparazione non fornisce pertanto utili elementi interpretativi. La versione inglese è "*corresponding provisions*", sostanzialmente sovrapposibile alla formula francese "*dispositions correspondantes*", a quella spagnola "*las disposiciones correspondientes*" ed a quella tedesca "*einschlägigen Bestimmungen*".

<sup>15</sup> V., ad esempio, l'art. 4 della Carta e l'art. 3 CEDU, sul divieto di tortura e trattamenti inumani o degradanti.

<sup>16</sup> V., ad esempio, l'art. 6 della Carta, che, nel consacrare il diritto alla libertà ed alla sicurezza, riprende le parole inaugurali dell'art. 5 CEDU.

<sup>17</sup> V. l'art. 48 della Carta e l'art. 6, par. 2 e 3, CEDU, in tema di giusto processo, presunzione di innocenza e diritto di difesa.

strumenti, rilevando come l'identità lessicale costituisca un criterio importante - ma non esclusivo - per verificare tale nesso<sup>18</sup>.

Si tratta dunque di individuare nella direttiva 2014/41/UE le "disposizioni [sostanzialmente] corrispondenti" alle convenzioni preesistenti menzionate all'art. 34. Questa operazione sconta una difficoltà di partenza: il legislatore europeo non ha infatti corredato la disciplina dell'ordine europeo di indagine penale di notazioni utili in tal senso<sup>19</sup>. D'altra parte, la selezione è agevolata dal fatto che la direttiva è sotto molti profili volta ad ammodernare la disciplina convenzionale, la quale soffre del mancato aggiornamento ai progressi della tecnologia. Esempi emblematici riguardano la regolamentazione dell'audizione mediante videoconferenza, teleconferenza o altra trasmissione audiovisiva dell'indagato o dell'imputato, del testimone e del perito (artt. 24 e 25 della direttiva/artt. 10 e 11 della convenzione del 2000) e la disciplina delle intercettazioni di telecomunicazioni (artt. 30 e 31 della direttiva/artt. 17-22 della convenzione del 2000). Analogo rapporto di 'necessaria corrispondenza' interessa le disposizioni della direttiva in tema di tutela della riservatezza dei dati personali (artt. 19 e 20 della direttiva/art. 23 della convenzione del 2000), di responsabilità penale e civile dei funzionari coinvolti (artt. 17 e 18 della direttiva/artt. 15 e 16 della convenzione del 2000) e di ripartizione degli oneri finanziari tra le autorità nazionali (art. 21 della direttiva, che disciplina in via generale la questione, mentre l'art. 21 della convenzione del 2000 si sofferma sui soli oneri derivanti dalle operazioni di intercettazione di telecomunicazioni). Si ritengono analogamente assorbite dalla disciplina di riforma le disposizioni della convenzione che regolano presupposti, formalità e funzionamento del meccanismo di assistenza giudiziaria (art. 4: formalità e procedure inerenti alle richieste di assistenza giudiziaria; art. 6:

<sup>18</sup> Sentenza 5 ottobre 2010, causa C-400/10, *McB*. Le spiegazioni precisano inoltre che la portata ed il significato dei diritti consacrati nella Carta e nella CEDU non possono essere desunti solo dal testo di questi strumenti, poiché occorre prendere in considerazione anche l'elaborazione giurisprudenziale della Corte europea dei diritti umani e della Corte di giustizia dell'UE. In secondo luogo, l'elencazione dei diritti che "possono essere considerati corrispondenti" è anticipata dalla precisazione che si tratta di una lista redatta alla luce dello 'stato dell'arte', sicché non possono essere esclusi futuri cambiamenti di rotta dovuti "[al]l'evoluzione del diritto, della legislazione e dei trattati".

<sup>19</sup> Parimenti, simili indicazioni non possono essere chiaramente desunte né dall'iniziativa degli Stati membri che ha dato avvio alla procedura legislativa, né dagli ulteriori atti che hanno caratterizzato le fasi intermedie dell'*iter* di adozione (v. il documento del Consiglio 18225/1/11 del 9 dicembre 2011, iniziativa del Regno del Belgio, della Repubblica di Bulgaria, della Repubblica di Estonia, del Regno di Spagna, della Repubblica d'Austria, della Repubblica di Slovenia e del Regno di Svezia per una direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa all'ordine europeo di indagine penale. Considerata la sensibilità della materia e la decisa accelerazione della cooperazione rispetto alle procedure di assistenza giudiziaria, sono state a più riprese sollecitate delucidazioni in materia. In particolare, Eurojust ha evidenziato l'esigenza di scongiurare che il chiarimento della nozione in parola avvenga esclusivamente per via di prassi, poiché ne deriverebbero inevitabili incoerenze. V. ad esempio il parere ripreso nel documento del Consiglio 6814/11 del 4 marzo 2011 o il documento del Consiglio 12393/16 del 2 settembre 2016, recante le conclusioni dell'incontro del forum consultivo dei procuratori generali degli Stati membri.

trasmissione di richieste di assistenza giudiziaria). Lo stesso vale per le norme che delineano l'ambito di applicazione dei due strumenti, che sono peraltro in parte testualmente identiche (art. 4 della direttiva/art. 3 della convenzione del 2000)<sup>20</sup>.

Per quanto riguarda le forme specifiche di assistenza giudiziaria previste dalla convenzione del 2000, il trasferimento temporaneo a fini di indagine di persone detenute di cui all'art. 9 ha preciso riscontro negli artt. 22 (trasferimento nello Stato di emissione) e 23 (trasferimento nello Stato di esecuzione) della direttiva, mentre le consegne sorvegliate *ex art.* 12 vengono ora denominate consegne controllate e seguono il regime generale dell'ordine di indagine, fatte salve le disposizioni specifiche e le ulteriori garanzie previste all'art. 28 della direttiva. Anche le operazioni di infiltrazione *ex art.* 14 della convenzione sono previste dalla direttiva, all'art. 29, che ne sostituisce dunque la disciplina. Parimenti, gli artt. 25 e 26 della direttiva, in materia di informazioni relative ad operazioni e conti bancari e finanziari, incidono sulle previsioni del protocollo addizionale.

Un caso particolare riguarda poi il combinato disposto degli artt. 8 della convenzione e 12 del protocollo addizionale, sulla restituzione ai legittimi proprietari dei beni ottenuti attraverso reati. La direttiva non dispone alcunché al riguardo, ma il diritto alla restituzione è espressamente sancito all'art. 15 della direttiva 2012/29/UE sui diritti delle vittime di reato. Tuttavia, quest'ultima previsione si limita ad enunciare tale diritto, rimandando *in toto* la definizione delle modalità necessarie a garantirne l'esercizio agli ordinamenti nazionali. Inoltre, la direttiva 2012/29/UE non prevede alcuna norma di coordinamento con atti preesistenti, se non con la decisione quadro 2001/220/GAI, che essa ha sostituito. L'art. 8 della convenzione è dunque senza dubbio escluso dalle "disposizioni corrispondenti" ai sensi della direttiva 2014/41/UE e, considerato il suo specifico ambito operativo, dovrebbe essere ritenuto ancora operativo<sup>21</sup>.

Appaiono parimenti esenti da vincolo di corrispondenza gli artt. 5 e 7 della convenzione di assistenza giudiziaria del 2000. Il primo riguarda le notificazioni degli atti del procedimento alle persone che ne sono destinatarie. Questo profilo non è considerato nella direttiva. Peraltro, esso si intreccia con la disciplina introdotta dalla direttiva 2013/13/UE sull'informazione nei procedimenti penali, che, senza prevedere norme di coordinamento con atti preesistenti, stabilisce all'art. 7 il diritto all'accesso alle informazioni relative alle indagini. Si tratta tuttavia di

---

<sup>20</sup> Entrambi gli articoli fanno riferimento ai procedimenti avviati da autorità amministrative, ove la statuizione su tali controversie possa dare luogo ad un procedimento davanti ad un organo giurisdizionale competente in materia penale. Al riguardo, la relazione illustrativa della Camera dei Deputati allo schema di decreto legislativo di attuazione della direttiva, a p. 2, prospetta la possibilità di continuare ad applicare la convenzione del 2000 nei rapporti fra autorità amministrative. Tale elemento ha riscontro nell'art. 2 della direttiva, che circoscrive alle sole autorità di natura penale il novero dei soggetti protagonisti delle procedure di cooperazione.

<sup>21</sup> Spetta invece alle autorità nazionali definire un quadro normativo interno coerente ed orientato ad assicurare l'effettività del diritto alla restituzione del bene conseguito tramite reato, secondo gli auspici della direttiva del 2012.

una disposizione circoscritta alle sole persone arrestate o detenute, che lascia agli Stati membri l'incombenza di definire le modalità operative affinché tale diritto possa essere effettivamente esercitato. Anche in questo caso, pertanto, la convenzione conserva inalterati i propri effetti. L'articolo 7 della convenzione disciplina invece lo scambio spontaneo di informazioni, che può essere azionato anche in assenza di espressa richiesta da parte delle autorità di un altro Stato membro. Questo profilo non è considerato dalla direttiva 2014/41/UE, la quale riconduce sempre tale dialogo ad un ordine di indagine formalmente trasmesso, del quale occorre assicurare la rapida esecuzione. La direttiva, infatti, prevede il ricorso a tale strumento anche in rapporto alle prove già in possesso dell'autorità di esecuzione. Questa precisazione restringe il campo di operatività dello scambio spontaneo di informazioni, nella prassi non di rado utilizzato come agevole strumento per ottenere materiale probatorio già esistente. Benché dunque l'art. 7 della convenzione non appaia assorbito dal nuovo contesto normativo, la sua incidenza pratica è dunque assai confinata, anche in forza dei numerosi e reiterati doveri di comunicazione e trasparenza ai quali sono richiamate le autorità di emissione ed esecuzione coinvolte.

#### **4. Il decreto legislativo n. 108 del 2017: (finalmente) un recepimento di qualità della normativa UE**

La corretta ed effettiva applicazione del regime introdotto con la direttiva del 2014 dipende in misura decisiva, con tutta evidenza, dalla puntualità e dalla qualità del recepimento in sede nazionale. Sotto il profilo strettamente cronologico, al 16 ottobre 2017 residua un numero non secondario di Stati inadempiente, anche in ragione del fatto che il termine di recepimento è decorso 'solo' il 22 maggio 2017<sup>22</sup>. Austria, Bulgaria, Cipro, Croazia, Repubblica ceca, Lussemburgo, Malta, Polonia, Romania, Slovenia, Spagna e Svezia si trovano a differenti stadi dell'*iter* di trasposizione, mentre l'Italia ha ottemperato al tale obbligo mediante il decreto legislativo 21 giugno 2017, n. 108, adottato sulla base della legge delega 9 luglio 2015, n. 114, ed entrato in vigore in data 28 luglio 2017.

In termini qualitativi, l'impianto della normativa italiana appare ad una visione di insieme coerente con il disposto della direttiva, sebbene non manchino alcune discrasie o ambiguità, destinate a chiarimenti futuri attraverso la prassi e l'opera interpretativa in sede giurisprudenziale.

Il meccanismo ora introdotto nell'ordinamento italiano si inserisce nell'ormai ampio *genus* di misure UE che attuano il principio del mutuo riconoscimento. Alla luce di tale principio, la cooperazione giudiziaria poggia sulla fiducia reciproca tra autorità nazionali ed impone la tendenziale automaticità dei meccanismi di collaborazione,

---

<sup>22</sup> Tradizionalmente, il grado di recepimento in sede nazionale degli atti dell'Unione in materia di cooperazione giudiziaria penale è stato particolarmente limitato. Il Trattato di Lisbona, con il riconoscimento della potestà in capo alla Commissione europea di avviare procedure di infrazione anche in questo settore, ha determinato un graduale cambiamento di rotta, che ha visto peraltro l'Italia particolarmente attiva.



in assenza di formalità e condizioni aggiuntive rispetto a quelle previste in via comune dalla normativa europea. Come confermato nell'impianto del decreto legislativo, la trasmissione di un ordine di indagine od il riconoscimento e l'esecuzione del provvedimento straniero non richiedono dunque un previo vaglio politico, passaggio che tradizionalmente caratterizza le procedure di cooperazione imperniate sul modello intergovernativo. In rapporto all'ordine di indagine penale, il Ministero della Giustizia è solamente beneficiario di doveri di informazione, ma è del tutto privo di ruolo decisionale sull'esito della richiesta di cooperazione<sup>23</sup>.

Sul versante delle procedure attive, possibili criticità derivano dalle condizioni di emissione e trasmissione di un ordine di indagine. Ai sensi dell'art. 6 della direttiva, tali operazioni possono avvenire solo nel rispetto di due principi cumulativi: l'equivalenza e la proporzionalità. Nel primo caso, è possibile ricorrere a questo istituto solo se l'atto di indagine avrebbe potuto essere emesso alle stesse condizioni in un caso nazionale. La normativa di recepimento ha mancato di accogliere tale requisito, il che potrebbe a prima vista determinare il rischio di surrettizia violazione dei crismi previsti in via ordinaria dal nostro ordinamento. Si ritiene peraltro che il silenzio del decreto legislativo non pregiudichi una lettura garantista, sia per evidenti ragioni di coerenza interna del sistema, sia per la *ratio legis* espressa nella relazione illustrativa, che rigetta espressamente ogni uso abusivo dell'istituto in esame, in spregio "dei vincoli posti dal diritto interno". Quanto al principio di proporzionalità, il legislatore italiano ha preferito operare *a contrario*, indicando all'art. 7 in quali casi la condizione in esame non è integrata, ossia nell'ipotesi in cui il sacrificio dei diritti dell'individuo non sia controbilanciato da idonee esigenze investigative e/o dalla gravità del reato. Tale opzione appare solo in parte in linea con il disposto della direttiva, che pare sollecitare un giudizio di necessità e proporzionalità *tout court*, anche laddove non si registrino particolari ricadute sulla sfera dei diritti dell'individuo. Ciò può essere desunto dal dibattito scaturito in relazione ad atti UE previgenti, in ordine ai quali il criterio di proporzionalità è stato non di rado parametrato alla luce di un diretto raffronto materiale costi/benefici dell'avvio di una richiesta di cooperazione. Ad ogni buon conto, la lettura offerta nel decreto delegato ha il merito di assicurare la tutela sollecitata dalla direttiva, senza inficiare ulteriormente il campo operativo dell'ordine di indagine<sup>24</sup>.

Un'altra deviazione classica dal testo di direttive UE in materia di cooperazione giudiziaria penale riguarda i motivi ostativi al riconoscimento ed all'esecuzione del provvedimento straniero. Mentre la direttiva 2014/41/UE qualifica tali limiti come

---

<sup>23</sup> Cfr. ad es. l'art. 4, art. 1, che prevede un generale dovere di informazione in rapporto agli ordini ricevuti dalle autorità giudiziarie italiane.

<sup>24</sup> Merita d'altra parte precisare come l'art. 9, comma 2, del decreto legislativo preveda l'esecuzione "anche quando l'ordine di indagine non appare proporzionato". Ciò avviene nelle ipotesi in cui la richiesta di cooperazione debba essere corretta in ragione l'assenza dell'atto sollecitato nell'ordinamento italiano o comunque manchino i presupposti imposti dalla legge italiana per ricorrervi.

facoltativi - e dunque meritevoli di valutazione su base casistica da parte dell'autorità giudiziaria di esecuzione - il legislatore italiano ha intrapreso la strada, già imboccata in passato, dei motivi di rifiuto obbligatori<sup>25</sup>. La *ratio* della scelta deriva dalla volontà di non concedere margini per intaccare principi generali dell'ordinamento interno, come il *ne bis in idem* ed il principio di territorialità o gli obblighi internazionali che lo Stato assume in ordine al rispetto delle immunità.

Il tema del rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento interno è peraltro un filo rosso che accompagna i vari passaggi della procedura passiva: sebbene il reciproco riconoscimento imponga una tendenziale deferenza verso le scelte e le richieste dell'autorità di emissione, la cooperazione giudiziaria trova qui un limite intrinseco, seppur di carattere eccezionale. Analoga riflessione va condotta in relazione all'obbligo di assicurare la protezione dei diritti sanciti dalla Carta, che il decreto di recepimento traduce all'art. 10, lett. e) in un motivo di rifiuto obbligatorio. Secondo la più recente giurisprudenza della Corte di giustizia, infatti, l'applicazione del diritto derivato non può mai condurre ad una violazione dei diritti fondamentali, ma l'esigenza di assicurare l'effettività della cooperazione giudiziaria richiede in ogni caso di abbandonare la richiesta solo nel caso in cui non vi sia modo di ovviare ad un rischio concreto di violazione grave della Carta<sup>26</sup>.

Merita infine sottolineare come, nella tipica ottica del reciproco riconoscimento, il decreto di trasposizione abbia opportunamente circoscritto la possibilità di esperire rimedi avverso l'ordine europeo di indagine nello Stato di esecuzione ai soli profili riguardanti le modalità della raccolta delle prove. Sebbene siano stati rilevati alcuni rischi per la tutela della riservatezza personale connessi allo svolgimento di attività di intercettazione da parte di autorità straniere senza l'assistenza di quelle italiane, si ritiene che tale circostanza non possa comunque giustificare l'estensione del vaglio in esame agli aspetti di merito sottesi all'emissione della richiesta di cooperazione. Ciò equivarrebbe a frustrare l'essenza stessa del meccanismo fondato sulla fiducia reciproca, poiché aprirebbe la strada ad una duplicazione di valutazioni giurisdizionali, per di più difficilmente arginabile alle sole ipotesi di intercettazioni *ex art. 24, comma 2, dl decreto legislativo*. Eventuali discrasie rispetto allo standard di tutela avvalorato in sede nazionale dovrebbero dunque essere composte con i rimedi già messi a disposizione dalla direttiva, ossia i motivi di rifiuto, vuoi per violazione dei diritti fondamentali, vuoi per impossibilità di dare seguito all'ordine di indagine a causa dell'assenza dei presupposti che la legge italiana richiede per il compimento di un determinato atto di indagine<sup>27</sup>.

---

<sup>25</sup> V., con riferimento alla normativa di trasposizione della decisione quadro 2002/584/GAI sul mandato d'arresto europeo, S. MONTALDO, M.F. LIPANI, *I motivi ostativi all'esecuzione del mandato d'arresto europeo nella legge italiana di recepimento e la Corte di Cassazione: uno sguardo di insieme, alla luce di principi generali dell'ordinamento UE e della giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *La Legislazione penale*, 5 luglio 2017.

<sup>26</sup> Corte di giustizia, sentenza del 5 aprile 2016, cause riunite C-404/15 e C-659/15 PPU, *Aranyosi e Căldăraru*.

<sup>27</sup> Cfr. l'art. 9, comma 3, del decreto legislativo.