UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DEL MOLISE

DIPARTIMENTO GIURIDICO

DOTTORATO DI RICERCA IN INNOVAZIONE E GESTIONE DELLE RISORSE PUBBLICHE

IN SCIENZE GIURIDICHE

CICLO XXXVI

DIRITTO PROCESSUALE PENALE IUS/16

L'EVOLUZIONE DELL'ORDINE EUROPEO DI INDAGINE PENALE NELLA LOTTA ALLA CRIMINALITÀ ORGANIZZATA

TUTOR
Chiar.mo Prof.
Agostino DE CARO

COORDINATRICE
Chiar.ma Prof.ssa
Francesca DI VIRGILIO

CANDIDATO
Dott. Guido ROSSI
(Mat. 169552)

Anno accademico 2023/2024

UNIVERSIDAD DE MOLISE
DEPARTAMENTO LEGAL

DOCTORADO

EN DERECHO

XXXVI EDICIÓN

DERECHO PROCESSAL PENAL IUS/16

LA EVOLUCIÓN DEL ORDEN EUROPEO DE INVESTIGACIÓN PENAL EN LA LUCHA CONTRA EL CRIMEN ORGANIZADO

DIRECTORE
Prof. Agostino DE CARO

COORDINATOR DEL DOCTORADO
Prof.ssa Francesca DI VIRGILIO

DOCTORADO
Dott. Guido ROSSI
(Mat. 169352)

Año académico 2023/2024

UNIVERSITY OF STUDY OF MOLISE

LEGAL DEPARTMENT

PHD

IN LAW

CYCLE

XXXVI

CRIMINAL PROCEDURE LAW IUS/16

THE EVOLUTION OF THE EUROPEAN CRIMINAL INVESTIGATION ORDER IN THE FIGHT AGAINST ORGANIZED CRIME

TUTOR
Prof. Agostino DE CARO

PHD COORDINATOR
Prof.ssa Francesca DI VIRGILIO

PHD CANDIDATE
Dott. Guido ROSSI
(Mat. 169552)

Academic year 2023/2024

Alla mia famiglia che mi ha donato
radici ed ali per volare;
A mia madre Rosanna, madre meravigliosa ed instancabile eroina;
Al mio angelo custode, mio padre, quale colonna portante della mia esistenza;
Ad una sorella acquisita, Giacomina, quale ragazza dal cuore d'oro e formidabile compagna di viaggio;
Ed infine al mio Maestro prof. Agostino De Caro, al quale devo tanto o probabilmente tutto della mia realizzazione professionale.

INDICE

***Abbreviazioni*……...…….....*7*

***Abstract*…….....*9*

Cap. I L'evoluzione dello "Spazio di libertà sicurezza e giustizia". L'adozione degli espedienti per il contrasto alla criminalità transnazionale…….....31

I.1 L'affiorare dell'esigenza di cooperazione e assistenza giudiziaria e di polizia in materia penale.....31

I.2 L'itinerario verso lo "Spazio di libertà sicurezza e giustizia"; Schengen e l'alba dello spazio senza frontiere……..…35

I.2.1 I Trattati degli anni Novanta e l'istituzionalizzazione della cooperazione 45

I.2.2 Il cammino verso il primo germe di diritto penale europeo. Il fallimento del Trattato per una nuova Costituzione e la firma del Trattato di Lisbona……56

I.2.2.1 Il superamento della divisione in pilastri. 62

I.2.2.2 Il valore giuridicamente vincolante della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea..... 64

I.2.3 La regolamentazione dello "Spazio di libertà sicurezza e giustizia" nel nuovo Titolo V TFUE..... 66

I.2.4 Il ravvicinamento delle disposizioni di diritto penale. Rapporti tra diritto dell'Unione Europea, diritto penale e diritto processuale……..72

I.2.6 Cenni introduttivi sull'istituzione del Pubblico ministero europeo. 76

I.3.1 Il magistrato di collegamento..... 83

I.3.2 La collaborazione a rete..... 86

I.3.3 Europol..... 90

I.3.4 L'Agenzia europea per la cooperazione operativa alle frontiere esterne degli Stati membri dell'Unione Europea (Frontex)……97

I.3.5 OLAF.....101

I.3.6 Eurojust.....105

I.3.7 Riflessioni sull'istituzione della Procura Europea.....115

Cap. II La raccolta delle prove e la sua evoluzione normativa.....126

Premessa……126

II.1 Lo strumento tradizionale di ricerca della prova. La rogatoria 128

II.1.1 La disciplina della rogatoria a seguito della riforma del Libro XI del codice di procedura penale italiano ……138

II.1.2 Il contenuto della rogatoria.....157

II.1.2.1 Il sequestro 161

II.1.2.2 Le intercettazioni telefoniche.....163

II.1.2.3 La prova testimoniale assunta con rogatoria.....165

II.1.2.4 La videoconferenza.....167

II.1.3 Le pratiche alternative alla rogatoria tradizionale. Le rogatorie atipiche 172

II.1.3.1 La rogatoria concelebrata.....172

II.1.3.2 L'acquisizione diretta delle prove 174

II.1.3.3 Le investigazioni difensive effettuate all'estero 175

II.2 I precedenti tentativi di innesto del principio del mutuo riconoscimento al terreno della prova penale. Uno sguardo al passato..... 179

II.2.1 La Decisione quadro 2003/577/GAI.....181

II.2.2 La Decisione quadro 2008/978/GAI.....189

II.3 La Direttiva sull'ordine europeo di indagine penale 2014/41/UE.....193

Cap. III L'ordine europeo di indagine……198

III.1 La Direttiva e le relative considerazioni sul procedimento probatorio.... 200

III.1.1 I vagli di ammissibilità previsti dalla Direttiva.....202

III.1.2 Le questioni relative all'utilizzabilità dei risultati probatori raccolti.....209

III.2 L'attuazione della Direttiva in Europa. Un primo sguardo comparativo…212

III.3 Il percorso di attuazione della Spagna. Le indicazioni della Fiscalía General del Estado ……213

III.3.1 Il progetto di riforma della Ley 23/2014 sul reciproco riconoscimento....220

III.3.1.1 Il regime di emissione e trasmissione dell'ordine europeo di indagine penale da parte dello stato Spagnolo…… ……224

III.3.1.1.1 L'emissione dell'ordine per il compimento di atti d'indagine specifici……227

III.3.1.2 L'esecuzione da parte della Spagna di un ordine europeo di indagine ……235

III.3.1.2.1 L'esecuzione con riferimento a specifici atti di indagine.....241

III.4 L'attuazione da parte dell'Italia con il decreto legislativo 21 giugno 2017 n°108……247
III.4.1 La disciplina della procedura passiva.....250
III.4.1.1 Il vaglio di ammissibilità degli atti istruttori.....259
III.4.1.2 Le disposizioni dettate per particolari atti di indagine 264
III.4.1.2.1 Le intercettazioni.....275
III.4.1.3 I provvedimenti di sequestro.....279
III.4.2 La procedura attiva 280
III.4.2.1 Il ruolo del difensore: l'annosa questione delle investigazioni difensive all'estero …… ……286
III.4.2.2 La disciplina dei particolari atti di indagine richiesti dall'Italia.....289
III.4.2.2.1 Il tema delle intercettazioni.....292
III.5 Riflessioni conclusive 294

Cap. IV Il primo *report* di Eurojust sull'applicazione dell'OEI: problemi operativi, soluzioni e buone pratiche 296
IV 1. L'OEI non è una formula magica: finalità e struttura del report di Eurojust 296
IV 2. L'ambito applicativo della direttiva 2014/41/UE 299
IV 3. Il contenuto dell'OEI: le problematiche emerse in sede di compilazione dell'allegato "A"..... 302
IV 3.1. Le sezioni "L" e "J" dell'allegato "A" 304
IV 4. Le divergenze tra i sistemi processuali dei singoli Stati: la sezione "I"..... 305
IV 4.1 Il principio di specialità 307
IV 5. I motivi di mancato riconoscimento: doppia incriminazione e ne bis in idem..... 308
IV 6. Il ruolo di Eurojust nella velocizzazione delle procedure di cooperazione..... 312
IV 7. I problemi di comunicazione tra le autorità coinvolte..... 312
IV 7.1 Le difficoltà linguistiche e l'importanza di traduzioni accurate..... 314
IV 8. L'individuazione dell'autorità di esecuzione competente e i canali di trasmissione……..316
IV 8.1. Le questioni operative sollevate dal desk irlandese: la clausola di equivalenzadi cui all'art. 6 § 1 lett. b) della direttiva europea..... 317
IV 9. La funzione di coordinamento di Eurojust nelle procedure complesse e multilaterali..... 319
IV 9.1. Le più rilevanti problematiche riscontrate nell'ambito degli specifici atti di indagine..... 322
IV 10. Il trasferimento temporaneo di detenuti e la privazione della libertà personale

nello Stato di emissione *322*
IV 10.1 Le operazioni sotto copertura tra cooperazione giudiziaria e di polizia *323*
IV 11. L'audizione tramite videoconferenza: lo status della persona da esaminare, lapartecipazione del difensore e la sede di svolgimento *324*
IV 11.1 La nota tematica elaborata dal desk italiano in tema di audizioni in videoconferenza *326*
IV 12. Le intercettazioni di telecomunicazioni con e senza l'assistenza tecnica di un altro Stato membro *327*
IV 12.1 L'interpretazione dell'art. 31 della direttiva e l'allegato "C" *329*
IV 12.2 Le questioni operative sollevate dal desk italiano in materia di intercettazioni *331*
IV 12.3 L'assenza di una definizione di "telecomunicazioni": quale sorte per le intercettazioni tra presenti? *333*
IV 13. L'OEI in tempo di pandemia *336*

Cap. V La cooperazione giudiziaria tra Stati e i suoi strumenti nella lotta al terrorismo internazionale……..……..…….…..341
V.1. La crescita della politica antiterroristica nel panorama Europeo……..……...346
V.2 Gli espedienti della cooperazione giudiziaria e di polizia nella lotta al terrorismo.....360
V.2.2 Le operazioni sotto copertura……..…378
V. 2.2.1 Le intercettazioni .....…382
V. 2.2.2 Le intercettazioni preventive……..…383
V. 2.3 I captatori informatici e il loro utilizzo.....…387
V.3 Considerazioni conclusive in riferimento all'attuazione dell'ordine europeo di indagine penale……..……..…396

Cap. VI Criptofonini e Ordine Europeo di Indagine Penale; Gli strumenti utilizzati dalla criminalità transazionale SkyECC/Encrochat. La parola alle Sezioni Unite.

VI 1. Premessa ……..406
VI 2. L'annosa questione dell'acquisizione delle comunicazioni criptate custodite nei server esteri ……..408
VI 3.L'acquisizione libera……..409
VI 4.Perplessità sulla libertà nell'acquisizione dei dati ……..410

VI 5. L'OEI quale garanzia nell'acquisizione libera; controllo giurisdizionale, proporzionalità ed equivalenza……..411
VI 6.Strumenti posti a garanzia ……412
VI 7. L'inutilizzabilità quale sanzione per l'omesso controllo giurisdizionale nazionale sull'acquisizione delle comunicazioni……414
VI 8. L'inutilizzabilità quale sanzione per violazione del diritto di difesa……..417

Conclusioni .....…420
Bibliografia. .....…427
Giurisprudenza ..... …455

ABBREVIAZIONI

BCE: Banca Centrale Europea
BEI: Banca Europea per gli Investimenti
C. Cost.: Corte Costituzionale
C. Edu: Corte Europea dei Diritti dell'uomo
C. Giust.: Corte di Giustizia
CAAS: Convenzione di Applicazione dell'Accordo
SchengenCass. Pen.: Cassazione Penale
CDPC: Commissione Europea per i Problemi
CriminaliCE: Comunità Europea
CECA: Comunità Economica Del Carbone e
dell'AcciaioCEDU: Convenzione Europea dei
Diritti dell'uomo
CEE: Comunità Economica Europea
CELAD: Comitato Europeo per la Lotta contro la
DrogaCIG: Conferenza Intergovernativa
CIREFI: Centro di Informazione, Riflessione e
ScambiCSM: Consiglio Superiore della
Magistratura
D. Q.: Decisione Quadro
DIA: Direzione Investigativa Antimafia e
AntiterrorismoDNA: Direzione Nazionale
Antimafia e Antiterrorismo
ECRIS: Sistema Europeo di Informazione dei Precedenti
PenaliEPPO: European Public Prosecutor Office
EURATOM: Comunità Europea dell'Energia Atomica
EUROSUR: Sistema Europeo di Sorveglianza delle
Frontiere
FRONTEX: Agenzia Europea per la Cooperazione Operativa alle
FrontiereEsterne
GAI: Giustizia e Affari Interni

GAI-ECOFIN: Consiglio Giustizia, Affari Interni e
FinanzeGAM: Gruppo di Mutua Assistenza
GMD: Gruppo Multidisciplinare sulla Criminalità
OrganizzataITC: Tecnologie dell'Informazione e della
Comunicazione LECRIM: Ley de Enjuiciamiento
LO: Ley Orgánica
MAE: Mandato d'arresto Europeo
MER: Mandato Europeo di Ricerca delle
ProveOEI: Ordine Europeo di Indagine
OLAF: Ufficio Europeo per la Lotta
AntifrodeONU: Organizzazione delle
Nazioni Unite PESC: Politica Estera e
Sicurezza Comune PIF: Protezione degli
Interessi Finanziari
PLRLRM: Proyecto de Ley de Reforma de la Ley de Reconocimiento mutuo
PME: Pubblico Ministero
EuropeoPNR: Passenger Name
Records
RABIT: Squadre di Intervento Rapido alle Frontiere
SIRENE: Supplementary Information Request at the National
EntriesSIS II: Sistema di informazione Schengen II
SIS: Sistema di informazione Schengen
TFUE: Trattato sul Funzionamento dell'Unione
EuropeaTS: Tribunal Supremo
TUE: Trattato sull'Unione Europea
UCLAF: Unità di Coordinamento della Lotta
AntifrodeUDE: Unità Droghe Europol
UE: Unione Europea
UNE: Unità Nazionale Europol

ABSTRACT

Il tema della cooperazione giudiziaria europea in materia penale[1] rappresenta un'occasione preziosa di riflessione e di studio sia su profili strettamente pertinenti alle forme di collaborazione, che sulle ripercussioni che essa ha negli ordinamenti processuali nazionali.

Ciò, soprattutto, se contestualizzati in riferimento allo sviluppo dell'Unione Europea nella sua dimensione di "*Rechtsgemeineschaft"*[2], ossia di comunità di diritto nel cui spazio territoriale si manifestano, sempre più numerose, esperienze di criminalità organizzata transnazionale.

Tale "comunità di diritto", come la definisce Hallstein, sorge proprio per realizzare un'unione sempre più stretta tra i popoli europei, tramite una sfera d'azione paragonabile a quella degli Stati nazionali, estesa a vari settori della sfera sociale e culturale tra cui i rapporti internazionali, gli affari interni e la giustizia.

L'impostazione metodologica del presente lavoro, fonda la propria ragion d'essere sull'analisi della nascita e dell'evoluzione delle forme di cooperazione giudiziaria nell'ambito della dimensione europea per orientarsi,

---

[1] Si ritiene opportuno precisare sin d'ora che con il generico termine "cooperazione" si intende qui qualsiasi forma di collaborazione giudiziaria interstatale e non il suo significato più tecnico che rimanderebbe, come si avrà modo di approfondire, ai soli strumenti di mutuo riconoscimento. Si veda sul tema M. R. MARCHETTI - E. SELVAGGI (a cura di), *La nuova cooperazione giudiziaria penale. Dalle modifiche al codice di procedura penale all'ordine europeo d'indagine,* Milano, Wolters Kluwer Cedam, 2019; A. MARANDOLA (a cura di), *Cooperazione giudiziaria penale*, Milano, Giuffrè, 2018; G. BARROCU, *La cooperazione investigativa in ambito europeo. Da Eurojust all'ordine di indagine*, Milano, Wolters Kluwer Cedam, 2017; C. AMALFITANO - M. CONDINANZI,*Unione europea: fonti, adattamento e rapporti fra ordinamenti*, Torino, Giappichelli, 2015; L. KALB (a cura di), *Studi in materia di cooperazione giudiziaria penale,* Torino, Giappichelli, 2013; T. RAFARACI (a cura di), *La cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale nell'unione europea dopo il Trattato diLisbona*, Milano, Giuffrè, 2011; A. SCALFATI - P. MOSCARINI - L. FILIPPI - P. GUALTIERI (a cura di), *La circolazione investigativa nello spazio giuridico europeo*, Padova, Cedam, 2010; E. APRILE - F. SPIEZIA, *Cooperazione giudiziaria nell'Unione europea prima e dopo il Tratto di Lisbona*, Milano, Ipsoa, 2009; T. RAFARACI (a cura di), *L'area di libertà, sicurezza e giustizia, alla ricerca di un equilibrio fra priorità repressive ed esigenze di garanzia*, Milano, Giuffrè, 2007; M. CHIAVARIO, *Cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale a livello europeo,* in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2005, n. 3, p. 974 ss.; M. DANIELE, *Ricerca e formazione della prova,* in R. E. KOSTORIS, *Manuale di procedura penale europea*, Milano, Giuffré, 2019, 408 ss., ripreso anche da C. PONTI, *Riforma dell'assistenza giudiziaria penale e tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento italiano. dalla legge n. 149 del 2016 al recepimento della direttiva 2014/41/UE*, in *Legisl. Pen*., 2 ottobre 2017.

[2] Così HALLSTEIN richiamato da G. DELLA CANANEA, *L'amministrazione Europea*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo,* II, Milano, Giuffré, 2000, 1511-1628.

poi, verso l'anamnesi puntuale di alcuni strumenti di assistenza e cooperazione giudiziaria e di polizia.

Nello specifico, verrà posto l'accento sull'analisi degli strumenti di prevenzione e contrasto della criminalità transnazionale fisiologicamente collocati nella fase di ricerca ed acquisizione probatoria o connessi ad attività di intelligence a fini preventivi.

La scelta non è riconducibile, certamente, alla volontà di stilare una graduatoria di importanza degli istituti, quanto, invece, ad un particolare interesse in punto di indagini investigative e metodi di acquisizione delle prove.

Verranno analizzate le tappe che hanno reso possibile lo sviluppo dell'Unione quale effettivo spazio globale di giustizia[3], grazie alla sensibilizzazione verso tali profili svolta dal Consiglio d'Europa e, in particolare, dalla Commissione Europea per i problemi criminali (CDPC) deputata a svolgere compiti di approfondimento e di ricerca nell'ambito delle questioni concernenti la criminalità.

In tal senso, l'evoluzione dell'Unione procede dall'attribuzione in capo ad essa delle funzioni in rapporto al controllo sui movimenti di persone, merci e capitali, consolidatasi con l'Accordo di Schengen del 1985 concluso, appunto, al fine di instaurare raccordi tra le amministrazioni nazionali.

Tale Accordo che, pur se in misura meramente strumentale rispetto al cuore del presente lavoro, sarà oggetto di approfondimento introducendo un sistema informatizzato, utile sia per quanto riguarda la circolazione delle notizie tra le forze di polizia e, sia, a sorvegliare, direttamente o congiuntamente alle autorità corrispondenti, persone sospette all'interno del territorio di un altro Stato membro restringendo, se necessario, la libertà personale del sospettato anche se presente all'interno dell'altro Stato.

Il percorso evolutivo della cooperazione è giustificato dal notevole aumento delle forme di criminalità organizzata e, conseguentemente, fondato

[3] Si consigliano, per un approfondimento: R.C. VAN CAENEGEN, M. ASCHERI*, I sistemi giuridici europei*, Bologna, Il Mulino, 2003; M.P. CHITI, *The EU legal order,* in AA.VV., *Institutional reforms in the European Unión: memorandum for the convention,* Roma, Europeos, 2002.

sulla volontà degli Stati di combatterla in collaborazione, poiché coscienti che tale modalità di contrasto sia l'unica forma capace di ottenere risultati concreti.

Gran parte delle novità introdotte in tal senso riguardano la fase investigativa e di acquisizione probatoria.

Ci si soffermerà sui risultati ottenuti circa l'introduzione di nuovi strumenti di cooperazione investigativa negli ordinamenti processuali dei singoli Stati membri, in particolare analizzando quello Italiano e quello Spagnolo.

Il percorso evolutivo avutosi negli ordinamenti citati, verrà esaminato soprattutto in relazione alla sua significativa incidenza sulle fasi più rilevanti del procedimento penale; quella delle indagini preliminari e quella del giudizio.

Ciò in quanto, sin dall'origine dei metodi collaborativi, le problematiche emerse in materia di acquisizione probatoria transnazionale sono sempre state connesse alle potenziali divergenze tra la *lex loci* e la *lex fori*, che è la ragione di ostacolo principale per una cooperazione effettiva.

Per quanto riguarda le indagini preliminari, i nuovi strumenti della cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale offrono un significativo apporto, nella misura in cui consentono una più rapida e puntuale circolazione delle informazioni e dei documenti, nonché una vera e propria collaborazione investigativa sul campo.

Proprio sotto questo profilo, può dirsi che una significativa progressione degli strumenti di cooperazione giudiziaria si sia realizzata grazie alla nascita della Rete Giudiziaria Europea, tesa ad offrire punti di contatto tra gli organi giudiziari, anche attraverso l'istituzione di organismi come l'*Europol* (*Ufficio europeo di polizia preposto al miglioramento dei servizi di polizia degli Stati membri ed alla loro cooperazione in diversi settori legati alla criminalità grazie alla gestione di un sistema elettronico di informazione*) e l'*Eurojust* (*organismo sovranazionale*[4] *indipendente da altre istituzioni comunitarie di livello politico*

[4] Si precisa sin d'ora che il termine sovranazionale, per quanto non uniformemente apprezzato, sarà utilizzato all'interno del presente lavoro per indicare quel concetto di "al di sopra dello Stato" che rimanda alle conseguenze sulla sovranità degli Stati i quali, aderendo ad un'organizzazione o confederazione internazionale, ammettono una limitata ingerenza di altre strutture su specifiche questioni che sarebbero altrimenti nazionali.

o amministrativo e competente in materia di forme gravi di criminalità per cui è competente l'Europol o di forme gravi di criminalità anche individuale e di partecipazione ad organizzazioni criminali).

In particolare, la Rete Giudiziaria assume una rilevanza pregnante ai fini della collaborazione, sia perché incide sulla precisa ricostruzione dell'effettiva estensione geografica del fenomeno criminoso, sia perché offre ai vari organi giudiziari la possibilità di scambiarsi informazioni con riscontri particolarmente tempestivi.

Inoltre, l'istituzione di *Europol* ed *Eurojust* assume un ruolo di rilievo nel contesto evolutivo della cooperazione giudiziaria in quanto, offrendo la possibilità di richiedere direttamente l'intervento di autorità competenti che si trovano sul luogo, garantisce la tempestività necessaria ad una proficua attività di raccolta delle prove (in particolar modo quando si renda necessario seguire flussi di denaro o traffici di sostanze destinati a non lasciare traccia).

La stessa dimensione organizzativa di questi organismi evidenzia come essi siano stati pensati e disegnati in ragione dell'efficienza e dell'economicità dell'azione collaborativa.

Si pensi, ad esempio, all'importanza rivestita dalla presenza di un responsabile per ciascuno Stato membro e alle significative conseguenze per quanto concerne il profilo dell'utilizzo dei risultati conseguiti tramite queste forme di collaborazione.

Il rappresentante nazionale, infatti, essendo un esperto delle regole processuali ed investigative 'domestiche', conosce le attività e le forme che gli atti richiesti devono assumere per poter essere utilizzati all'interno del processo penale in corso preoccupandosi di comunicare tempestivamente ai colleghi le suddette esigenze dello Stato richiedente.

Logica conseguenza il risparmio in termini di tempo e risorse.

Centrale importanza assume indubbiamente anche la Procura Europea. Tale nuovo organo di collaborazione giudiziaria dell'Unione Europea, infatti, operativo dal 1° giugno 2021, è stato configurato, nella sua recente istituzione, quale Ufficio deputato ad indagare e perseguire gli autori di reati con portata

transnazionale che ledono gli interessi finanziari dell'Unione (e ulteriori gravi reati, come si vedrà nel prosieguo del lavoro) dinanzi alle giurisdizioni nazionali degli Stati partecipanti, alla stregua delle loro regole processuali.

Pertanto, risultano evidenti le potenzialità della Procura Europea che, si è ritenuto possa dare, negli anni, un importante contributo nella lotta alla criminalità transnazionale, anche nelle sue forme più gravi, come il terrorismo, a fronte del possibile allargamento di competenza ai sensi dell'art. 85 TFUE.

La fase del giudizio, invece, per quanto non destinataria di un approfondimento mirato all'interno del lavoro, assume rilevanza poiché influenzata dalle forme di cooperazione in ragione delle questioni connesse all'assunzione di vere e proprie prove, destinate ad entrare a far parte del fascicolo per e del dibattimento e, pertanto, a fondare la decisione del giudice in ordine alla responsabilità penale.

Tra gli strumenti di acquisizione probatoria, nell'impostazione metodologica di cui si è dato atto in precedenza, verranno privilegiati lo strumento di assistenza giudiziaria della rogatoria internazionale e quello di cooperazione, basato, quindi, sul principio del mutuo riconoscimento dell'ordine europeo di indagine.

Per quanto concerne la rogatoria, si son volute analizzare le perplessità derivanti dalla circostanza che la disciplina prevista per questo istituto – nonostante i passi avanti che si sono avuti con le recenti riforme introdotte in Italia in materia di rapporti con Autorità straniere ai fini di collaborazione giudiziaria e di polizia – consti ancora, in parte, di regolamentazione convenzionale, vigendo in termini solo residuali quella dettata dal codice di procedura penale.

Anche in questo ambito, l'aspirazione ad uno spazio di giustizia globale ha richiesto che gli strumenti di cooperazione venissero innovati.

É parsa, ad esempio, rilevante la disciplina espressamente prevista nel testo della Convenzione di Bruxelles del 2000, riguardante lo strumento della

videoconferenza internazionale, che ha permesso il collegamento diretto e reciproco tra l'aula di udienza ed il luogo in cui si trova il soggetto di cui è impossibile la comparizione personale in dibattimento la quale, a seguito dell'ultima riforma[5], trova oggi specifica disciplina anche all'interno del codice di procedura penale[6].

Si è voluto dare spazio anche a strumenti rogatoriali atipici che differiscono, concretamente, dalla rogatoria "classica" ma che assumono un ruolo preponderante nel contrasto alla criminalità transnazionale.

In particolare, si fa riferimento alla concelebrazione della rogatoria e all'acquisizione diretta delle prove da parte dell'autorità giudiziaria italiana. Tema, quest'ultimo, che stimola non poche riflessioni in tema di investigazioni difensive all'estero, strumento ormai frequentemente utilizzato all'interno dell'ordinamento italiano, alla luce della necessità di dare un equilibrio ai poteri delle parti del processo, ma che non ha mai trovato spazio nell'ambito delle indagini transnazionali.

Dal 5 agosto 2016, dopo un percorso tortuoso e irto di ostacoli, è in vigore, in Italia, la legge 21 luglio 2016, n. 149, che persegue l'obiettivo di rafforzare e semplificare la cooperazione giudiziaria internazionale, al fine di rendere più efficace il contrasto alla criminalità organizzata. In forza della legge delega è stato, poi, adottato, il d.lgs. 5 aprile 2017, n. 52, finalizzato al raggiungimento di una progressiva omogeneizzazione dei sistemi penali

[5] Come si avrà modo di approfondire nel prosieguo del lavoro, dal 5 agosto 2016 è in vigore, in Italia, la legge 21 luglio 2016, n. 149. La suddetta riforma ha investito la disciplina concernente i rapporti giurisdizionali tra Autorità straniere e degli strumenti di assistenza giudiziaria, contenuta all'interno del Libro XI del codice di procedura penale. Sulle modifiche apportate al codice di procedura penale si veda, tra i tanti: S. ATERNO, *Acquisizione e analisi della prova informatica*, in Dir. pen. proc. , 2008; ID., *Le investigazioni informatiche e l'acquisizione della prova digitale*, in Giur. merito, 2013, p. 955 ss; D. CURTOTTI, *Le ragioni di un confronto di idee*, in *Arch. Pen*., 2013, p. 765; M.L. DI BITONTO, *La ratifica della Convenzione del Consiglio d'Europa sul cybercrime: profili processuali*, in Dir. internet, 2008, p. 503 ss.; 147; L. MARAFIOTI, *Digital evidence e processo penale*, in Cass. pen., 2011, p. 4509; G. PIERRO, *Introduzione allo studio dei mezzi di ricerca della prova informatica*, in Dir. pen. proc., 2011, p. 1516; C. SANTORIELLO, *La legge di ratifica della Convenzione di Budapest ed il nuovo diritto penale dell'informatica*, in G. AMATO, V.S.DESTITO, C.SANTORIELLO, *I Reati informatici. Nuova disciplina e tecniche processuali d'accertamento*, Padova 2010; S. RENZETTI, *La prova scientifica nel processo penale: problemi e prospettive*, in Riv. dir. proc., 2015, p. 399 ss.; G. ZICCARDI, *Informatica giuridica. Privacy, sicurezza informatica, computer forensics e investigazioni digitali*, Vol. II, Milano 2012, p. 296.

[6] Orbene l'introduzione di una disciplina esplicita della videoconferenza all'interno del codice di procedura penale italiano risulta di assoluta novità poiché, fino all'ultima riforma che lo ha interessato, tale attività probatoria non trovava una puntuale normazione. Adesso, peraltro, con l'attuazione della Direttiva 41/2014 in materia di ordine europeo di indagine lo strumento della videoconferenza viene espressamente disciplinato anchecon riferimento al nuovo strumento europeo fondato sul reciproco riconoscimento.

nazionali in tema di acquisizione della prova, con cui l'Italia ha, finalmente, dopo quasi diciotto anni, dato attuazione alla Convenzione appena menzionata[7].

In riferimento a tale aspetto, non si può prescindere dall'evidenziare quelle perplessità che sorgono circa l'opportunità che tale provvedimento adottato dal legislatore nazionale può concretamente fornire.

Infatti, la normativa a cui soltanto di recente è stata data attuazione, è destinata ad essere quasi completamente sostituita dal recepimento interno della Direttiva 2014/41/UE concernente l'ordine europeo di indagine penale, residuando, pertanto, per la disciplina in esame, uno spazio di operatività "geograficamente" circoscritto.

Sul tema, anche la legislazione spagnola merita una puntuale riflessione in ragione dell'emanazione della *Ley* 23/2014 sul reciproco riconoscimento delle decisioni penali nell'Unione Europea, la quale ha rappresentato l'unificazione normativa nel diritto spagnolo, in un unico testo, di tutte le decisioni e direttive quadro riguardanti gli strumenti e provvedimenti che erano in attesa di trovare puntuale trasposizione. La legge – *entrata subito in vigore il 1° dicembre 2014 e che ha innovato alla tecnica di recepimento passando da un modello "atto per atto" a un recepimento plurimo ("transposición en conjunto"), secondo un modello non dissimile dalla nostra legge comunitaria* – recepisce dunque un'ampia serie di norme comunitarie, inclusa la direttiva europea: la disciplina di dettaglio è contenuta, in particolare, nel Titolo VI della legge che reca appunto in rubrica "orden europea de protección" e che consta degli articoli da 130 a 142.

Arrivando, quindi, all'ordine europeo di indagine, questo strumento si caratterizza oggi come unico mezzo di acquisizione e circolazione delle prove in ambito europeo e consiste in una decisione giudiziaria emessa o convalidata da un'autorità competente di uno Stato membro, affinché siano compiuti uno o più atti di indagine specifici in un altro Stato dell'Unione, nonché al fine di ottenere prove già in possesso delle autorità competenti dello Stato di esecuzione e

[7] La Spagna, invece, ha recepito la Convenzione di Bruxelles del 2000 attraverso un provvedimento del *Ministerio de Asuntos Exteriores* con *"DECLARACIÓN de aplicación provisional del Convenio de asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea, hecho en Bruselas el 29 de mayo de 2000"*, pubblicato nel Boletín Oficial del Estado (B.O.E) n. 247 del 15 ottobre 2003.

poter acquisire i relativi risultati in un processo pendente nello Stato di emissione.

L'Unione, in ordine a quanto ritenuto, ha dato prova di voler migliorare e rendere più efficienti le procedure di cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale, alla luce dell'attuale allarme causato dalla criminalità che incombe sul territorio europeo[8].

Obiettivo perseguito con l'introduzione dell'ordine europeo di indagine è, infatti, quello di sostituire gli attuali strumenti di cooperazione ed assistenza giudiziaria in materia di ricerca e di acquisizione della prova, con un nuovo e più agile modello a carattere orizzontale, applicabile a qualsiasi atto di indagine penale.

Nonostante l'evidente centralità che l'ordine europeo d'indagine è destinato a ricoprire nell'ambito della cooperazione giudiziaria, non si possono non prendere in considerazione le perplessità legate, in particolare, al bilanciamento dei diritti e degli interessi fondamentali in gioco, nonché dell'effettività della cooperazione alla luce delle ancora numerose divergenze tra gli ordinamenti processuali e sostanziali degli Stati membri dell'Unione Europea.

Non marginale, nel presente scritto, è anche l'analisi di una specifica manifestazione della criminalità transnazionale che, da sempre, riveste assoluta centralità nelle politiche dell'Unione Europea: il terrorismo.

[8] La volontà dell'Unione in tal senso e, allo stesso tempo, dei singoli Stati membri, ormai realmente impegnati nella costante ricerca di nuovi ed efficaci strumenti che possano realizzare una concreta cooperazione giudiziaria è dimostrata anche dallo studio scientifico che, negli ultimi anni, gli ordinamenti nazionali riservano a questo settore. Un esempio è certamente dato da EUROCOORD, gruppo di ricerca della Commissione europea diretto dalla Prof.ssa Mar Jimeno Bulnes (Catedrática de Derecho Procesal presso l'Universidad de Burgos) il cui principale obiettivo è proprio quello di promuovere la cooperazione giudiziaria sviluppando ricerche sistematiche e alimentando conoscenze e strumenti specifici e strumenti per contribuire ad un'efficiente applicazione della Direttiva 2014/41 sull'ordine europeo di indagine nonché degli altri strumenti ad essa collegati. Per un approfondimento sulle ricerche, gli obiettivi e i lavori del gruppo si rimanda all'indirizzo www.eurocoord.eu.

Certo è che il terrorismo non costituisce una realtà nuova all'interno dello scenario internazionale ed europeo ma, come ogni fenomeno storico e antropologico, nel tempo si adatta, si evolve e muta.

Proprio per tale ragione, data la diversità di forme di criminalità internazionale registrate nella storia, e delle motivazioni che hanno portato alla commissione degli atti terroristici, nonostante il fenomeno sia conosciuto sin dai tempi più antichi, oggi il crimine "del terrore" assume connotati nuovi, che richiedono di essere contrastati con strumenti altrettanto attuali.

Di pari passo con l'evoluzione del fenomeno terroristico e delle sue manifestazioni, pertanto, si è assistito, nei decenni, ad un cambiamento anche delle strategie antiterroristiche.

Tra gli strumenti programmatici, che assumono un'evidente rilevanza nel contesto evolutivo della politica dell'Unione, occorre ricordare, *in primis*, il "Piano d'azione" contro il terrorismo varato dai capi di Stato e di Governo durante il Consiglio europeo straordinario del 20 settembre 2001 riunitosi all'indomani degli attentati di New York e Washington, in cui vennero previste una serie di misure in materia di relazioni esterne dell'Unione e di sicurezza dei trasporti, nonché concernenti la lotta alle fonti del finanziamento del terrorismo e, soprattutto, l'armonizzazione legislativa finalizzata alla cooperazione giudiziaria e di polizia in materia.

L'anno successivo, le Decisioni quadro n. 475 del 2002 e n. 584 del 2002 concernenti, rispettivamente, la lotta contro il terrorismo e il mandato d'arresto europeo, costituirono le prime concrete risposte offerte dall'Unione Europea (all'epoca Comunità Europea) nell'ambito della politica antiterrorista.

Sempre nel quadro del rafforzamento della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale nella prevenzione e nella lotta contro gli atti terroristici, risulta imprescindibile collocare anche la Decisione 2003/48/GAI relativa all'applicazione di misure specifiche di cooperazione di polizia e giudiziaria la cui rilevanza risiede, in particolare, nell'importanza conferita agli scambi informativi con finalità preventiva, investigativa e probatoria, sulla base della quale venne emanata la Decisione 2005/671/GAI, specificamente rivolta al fenomeno terroristico, che introdusse un coordinamento investigativo tramite un

flusso informativo sui reati di terrorismo sia tra Paesi membri sia tra questi ed *Eurojust* o *Europol*, il quale godeva di precedenza assoluta sulle altre richieste.
La questione sugli scambi informativi è, in assoluto, quella maggiormente colpita dalle riforme susseguitesi negli anni, in virtù dell'importanza centrale che tale strumento ha ricoperto, sin dai tempi più lontani, nella lotta al terrorismo (oltre che, in generale, alla criminalità transnazionale).
Sempre in tema di scambio di informazioni, preme dare contezza anche alla Decisione quadro 2006/960/GAI "relativa alla semplificazione dello scambio di informazioni e intelligence tra le autorità degli Stati membri dell'Unione Europea incaricate dell'applicazione della legge", il Trattato di Prüm che istituisce, per la prima volta, lo scambio di dati biometrici.
Parimenti importante la Decisione quadro 2009/315/GAI, la quale si prefigge di definire le modalità attraverso le quali uno Stato membro in cui sia stata pronunciata una sentenza di condanna nei confronti di un cittadino di altro Stato dell'Unione, trasmette le informazioni su tale condanna allo Stato di cittadinanza della persona condannata.
Nonché, da ultimo, le Direttive n. 680 e n. 681 nel 2016, riguardanti la raccolta e la circolazione dei PNR (*Passenger Name Records*) e la riservatezza dei dati relativi a procedimenti penali.
Infine, tra gli altri strumenti e provvedimenti di matrice europea, assume certamente rilevanza la Direttiva n. 541 del 2017, che mira a colmare le lacune presenti nella Decisione quadro 2002/475/GAI sulla lotta contro il terrorismo alla luce di quanto emerso nella Risoluzione 2178 (2014) del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite e del Protocollo addizionale alla decisione quadro 2006/960/GAI Convenzione del Consiglio d'Europa per la prevenzione del terrorismo, siglato a Riga il 22 maggio 2015, attraverso l'introduzione di quattro nuovi obblighi di incriminazione e prescrizioni procedurali in merito.
Tutti gli strumenti e gli istituti citati, contribuiscono all'evoluzione della politica collaborativa dell'Unione Europea che sta percorrendo, sempre più velocemente, la strada per arrivare ad un reale spazio comune di giustizia in cui gli Stati, a fronte della più rilevante esigenza di combattere la lotta contro la criminalità rinunciano, a piccoli passi, ad una porzione della loro sovranità, per

dare spazio ad una solidarietà che si esprime con la creazione di un unico modello di giustizia e di un più vasto “territorio” in cui questa giustizia viene perseguita insieme.

Resumen

El estudio de la cooperación judicial y policial[9] en la Unión Europea en materia penal constituye una oportunidad para la reflexión y el estudio de las diversas formas de cooperación y de sus repercusiones en el ordenamiento procesal italiano. Ello es especialmente relevante si las diversas formas de cooperación se contextualizan en relación con el desarrollo de la Unión Europea en su dimensión de "Rechtsgemeineschaft"[10], es decir, de comunidad de Derecho, en cuyo territorio se están incrementando de forma significativa losdelitos atribuibles a la criminalidad organizada de carácter transnacional.

Esta "comunidad de Derecho", tal y como fue definida por Hallstein, nació de hecho precisamente con la finalidad de lograr una unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa, a través de un ámbito de acción comparable al de los Estados nacionales y extendiéndose a diversos sectores

[9] Ver sobre el tema M. R. MARCHETTI - E. SELVAGGI (a cura di), *La nuova cooperazione giudiziaria penale. Dalle modifiche al codice di procedura penale all'ordine europeod'indagine,* Milano, Wolters Kluwer Cedam, 2019; A. MARANDOLA (a cura di), *Cooperazione giudiziaria penale*, Milano, Giuffrè, 2018; G. BARROCU, *La cooperazione investigativa in ambito europeo. Da Eurojust all'ordine di indagine*, Milano, Wolters Kluwer Cedam, 2017; C. AMALFITANO - M. CONDINANZI, *Unione europea: fonti, adattamento e rapporti fra ordinamenti*, Torino, Giappichelli, 2015; L. KALB (a cura di), *Studi in materia di cooperazione giudiziaria penale,* Torino, Giappichelli, 2013; T. RAFARACI (a cura di), *La cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale nell'unione europea dopo il Trattato diLisbona*, Milano, Giuffrè, 2011; A. SCALFATI - P. MOSCARINI - L. FILIPPI - P. GUALTIERI (a cura di), *La circolazione investigativa nello spazio giuridico europeo*, Padova, Cedam, 2010; E. APRILE - F. SPIEZIA, *Cooperazione giudiziaria nell'Unione europea prima e dopo il Tratto di Lisbona*, Milano, Ipsoa, 2009; T. RAFARACI (a cura di), *L'area di libertà, sicurezza e giustizia, alla ricerca di un equilibrio fra priorità repressive ed esigenze di garanzia*, Milano, Giuffrè, 2007; M. CHIAVARIO, *Gooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale a livello europeo,* in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2005, n. 3, p. 974 ss.; M. DANIELE, *Ricerca e formazione della prova,* in R. E. KOSTORIS, *Manuale di procedura penale europea*, Milano, Giuffré, 2019, 408 ss., ripreso anche da C. PONTI, *Riforma dell'assistenza giudiziaria penale e tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento italiano. dalla legge n. 149 del 2016 al recepimento della direttiva 2014/41/UE*, in *Legisl. Pen*., 2 ottobre 2017. M. DANIELE, *Ricerca e formazione della prova,* in R. E. KOSTORIS, *Manuale di procedura penale europea*, Milano, Giuffré, 2017, 408 ss, citado por C. PONTI, *Riforma dell'assistenza giudiziaria penale e tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento italiano. dalla legge n. 149 del 2016 al recepimento della direttiva 2014/41/UE*, in Legisl. Pen., 2 de octubre de 2017.

[10] En este sentido, HALLSTEIN, citado por G. DELLA CANANEA, *L'amministrazione Europea*, en S. CASSESE (ed.), *Trattato di diritto amministrativo,* II, Milano, Giuffré, 2000.

de la sociedad y la cultura, incluyendo las relaciones internacionales, los asuntos internos y la justicia.

En cuanto a la metodología y el contenido del trabajo, en primer lugar, vamos a analizar el nacimiento y la evolución de las diversas formas de cooperación judicial y policial en la Unión Europea y a continuación estudiaremos con detalle algunos instrumentos de asistencia y cooperación judicial y policial.

En concreto, nos vamos a centrar en el análisis de las herramientas existentes para la prevención y lucha contra la delincuencia transnacional, las cuales se localizan en la fase de investigación y adquisición probatoria o bien están relacionadas con actividades de inteligencia con fines preventivos.

Las instituciones que vamos a estudiar no han sido seleccionadas de acuerdo con un *ranking* de importancia entre de las mismas, sino por su relevancia en lo concerniente a las investigaciones y métodos de adquisición probatoria.

Trataremos las etapas e instituciones que han posibilitado el desarrollo de la Unión Europea como auténtico espacio judicial europeo[11], teniendo en cuenta la atención dedicada a los modelos de justicia penal por parte del Consejo de Europa y más específicamente por el "Comité Europeo para los Problemas Criminales" (CDPC), creado para profundizar e investigar en el ámbito de todo lo relacionado con la delincuencia.

La evolución de la Unión Europea en este sentido parte de la atribución a la misma de las funciones sobre el control de los movimientos de personas, bienes y capitales que se consolidó con el Acuerdo de Schengen de 1985, nacido precisamente para establecer conexiones entre las administraciones nacionales.

[11] R.C. VAN CAENEGEN, M. ASCHERI, *I sistemi giuridici europei*, Bologna, Il Mulino, 2003; M. P. CHITI, *The EU legal order,* en VV. AA., *Institutional reforms in the European Union: memorandum for the convention,* Roma, Europeos, 2002.

Este Acuerdo, el cual trataremos más adelante aunque de manera instrumental respecto a la materia que vamos a estudiar, introdujo un sistema informatizado para el intercambio de información policial, respecto a la vigilancia, directamente o en colaboración con otras autoridades competentes, de los sospechosos que estuvieran en el territorio de otroEstado miembro, lo cual permitía incluso su detención.

El progreso y la evolución de la cooperación judicial y policial en materia penal responde al incontenible aumento de la criminalidadorganizada de carácter transnacional y se fundamenta en la voluntad de los Estados de luchar juntos y colaborar, conscientes de que esta vía es la única forma de lograr buenos resultados.

Gran parte de las innovaciones introducidas están referidas a la fase de investigación y al régimen de obtención de la prueba. Las consecuencias de la introducción de nuevos instrumentos de cooperación en la investigación penal en los sistemas procesales de los distintos Estados miembros y, en particular en Italia y España, serán analizadas, sobre todo teniendo en cuenta su impacto en las fases más importantes del proceso penal y, por tanto, en las fases de instrucción y de enjuiciamiento.

Desde los albores de las diversas formas de cooperación judicial y policial en materia penal, las cuestiones planteadas en materia de adquisición probatoria transnacional siempre han estado ligadas a las posibles diferencias entre la *lex loci* y la *lex fori*, siendo ello un importante obstáculo para una cooperación efectiva.

En cuanto a la fase de instrucción, los nuevos instrumentos de cooperación judicial y policial en materia penal han supuesto un avance significativo en la medida en que permiten un intercambio más rápido y preciso de la información y de las fuentes de prueba, además de suponer una auténtica cooperación en la investigación penal.

Precisamente en este sentido, se puede afirmar que en los instrumentos de cooperación judicial y policial se ha llevado a cabo una mejora significativa con la creación de la Red Judicial Europea (REJUE),

destinada a proporcionar puntos de contacto entre las autoridades judiciales de los Estados miembros. También con la creación de organismos como *Europol* (Oficina Europea de Policía, cuya finalidad es la mejora de los servicios policiales de los Estados miembros y su cooperación en diversos campos relacionados con la criminalidad y que gestiona un sistema electrónico de información) y *Eurojust* (Organismo "supranacional"[12] independiente tanto a nivel político como administrativo y competente para las formas graves de criminalidad).

En concreto, la Red Judicial Europea posee una importancia significativa en materia de cooperación, porque afecta a la precisión con la que se reconstruye el ámbito geográfico real del fenómeno criminal, además de ofrecer a los distintos órganos judiciales la oportunidad de intercambiar información de forma especialmente rápida.

Al mismo tiempo, la creación de *Europol* y *Eurojust* adquiere un papel importante en el contexto de la evolución de la cooperación judicial y policial, ya que al ofrecer la posibilidad de solicitar la intervención de las autoridades competentes garantiza la rapidez necesaria para una eficaz obtención de la prueba (especialmente cuando sea necesario seguir flujos de dinero o tráfico de sustancias que no suelen dejar rastro).

La específica organización y diseño de estos órganos muestran cómo han sido concebidos para conseguir la eficiencia organizativa y económica en el ámbito de la cooperación.

Ello se refleja por ejemplo en la importancia de haber previsto la presencia de un responsable para cada Estado miembroy las consecuencias significativas con respecto al perfil de uso de los resultados logrados a través de estas formas de cooperación judicial y policial.

[12] Aclaramos desde ahora que la expresión "supranacional", la cual no es pacífica en ladoctrina y que no es universalmente aceptada, será utilizada en este trabajo para hacer referencia al concepto de aquello que está "por encima del Estado", de tal forma que prevalece sobre la soberanía de los mismos cuando éstos forman parte de una organización internacional. Ello conlleva que dichos Estados permitan la injerencia sobre determinadas materias o ámbitos que previamente eran fundamentalmente de naturaleza nacional o interna.

El representante nacional, experto en las normas procesales locales, conoce cómo deben practicarse los actos de investigación para que puedan ser utilizados en el proceso penal en curso y se encarga de comunicar rápidamente a las autoridades competentes las necesidades del Estado solicitante, por lo cual el ahorro de tiempo y recursos es evidente.

La Fiscalía Europea también tendrá una gran relevancia. Este nuevo órgano de cooperación judicial de la Unión Europea ha sido concebido como un organismo encargado de investigar los delitos transnacionales que afecten a los intereses financieros de la Unión (y de otros delitos graves, como se verá más adelante) ante los tribunales nacionales de los Estados miembros, siguiendo las normas procesales de cada Estado.

El potencial de la Fiscalía es evidente y se cree que en un futuro no muy lejano podrá desempeñar un papel de liderazgo en la lucha contra el crimen transnacional, incluso en sus formas más graves como el terrorismo, frente a la posible ampliación de competencias que podría deducirse conforme a las disposiciones del art. 85 del Tratado de Funcionamiento dela Unión Europea (TFUE).

Por otro lado la fase de enjuiciamiento, aunque no sea objeto deestudio específico en este trabajo, también posee relevancia en todo loreferente a la cooperación, sobre respecto a la adquisición de pruebas que permitan fundamentar la decisión del Juez o Tribunal para la determinación de la responsabilidad penal.

En consonancia con el enfoque metodológico ya mencionado, basado en el estudio de la evolución de la materia, se analizarán los instrumentos de adquisición probatoria fundamentados en la asistencia judicial y en la cooperación, respondiendo estos últimos al principio de reconocimiento mutuo, como sucede con la Orden Europea de Investigación (OEI).

Respecto a las comisiones rogatorias, parece apropiado analizar los problemas derivados de que su regulación está fundamentada en normas convencionales, utilizándose solamente en términos residuales la regulación del Código Procesal Penal; y ello a pesar de las recientes reformas

introducidas en los últimos años en Italia relativas a las relaciones con autoridades extranjeras para la asistencia judicial y policial.

En este contexto la aspiración a un área de justicia global ha requerido una innovación de los instrumentos de asistencia mutua y de cooperación.

Por ejemplo, se ha puesto de manifiesto la importancia de la disciplina prevista en el Convenio de Bruselas del año 2000 sobre la declaración a través de videoconferencia internacional: ésta ha permitido la conexión directa y recíproca entre la sala de audiencias y el lugar donde se encuentra el sujeto cuya comparecencia personal es imposible. En la actualidad, tras laúltima reforma[13], este instrumento encuentra una disciplina específica también en el Código Procesal Penal italiano[14].

Igualmente se han previsto de esquemas que divergen de la rogatoria "clásica" y, por esta razón se definen como herramientas "rogatorias atípicas". En concreto, se hace referencia a la utilización de las rogatorias y a la adquisición directa de pruebas por parte de la autoridad judicial italiana. Ello ha provocado numerosas reflexiones sobre las investigaciones de la defensa en el extranjero, un instrumento que se utiliza con frecuencia dentro del sistema italiano para equilibrar a las partes en el procedimiento, pero que nunca ha encontrado espacio en el contexto de las investigaciones transnacionales.

[13] El 5 de agosto de 2016 entró en vigor en Italia la Ley de 21 de julio de 2016, n. 149, sobre "Ratificación y ejecución del Convenio sobre asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea, firmado en Bruselas el 29 de mayo de 2000. Además se reformó el libro XI del Código de Procedimiento Penal. Se modificaron las disposiciones sobre extradición al extranjero: plazo de entrega y duración máxima de las medidas coercitivas". Como consecuencia de la promulgación de esta Ley se ha promulgado el Decreto Legislativo de 5 de abril de 2017, n. 52, con el que Italia implementa el Convenio anteriormente mencionado.

[14] Es importante aclarar que la introducción de una regulación explícita de lavideoconferencia en el Código Procesal Penal italiano es absolutamente nueva ya que, hastala última reforma que la recoge, esta actividad probatoria no contaba con regulación propia.Ahora, sin embargo, con la transposición de la Directiva 2014/41/UE sobre la orden europea de investigación, la herramienta de la videoconferencia está expresamente regulada también en el nuevo instrumento europeo basado en el principio de reconocimiento mutuo.

El 5 de agosto de 2016 entró en vigor en Italia la Ley de 21 de julio de 2016, n. 149, que tiene el objetivo de fortalecer y simplificar la asistencia judicial y policial internacional e incrementar la eficacia de la lucha contra el crimen organizado. Como consecuencia de la entrada en vigor de esta Ley, se ha promulgado el Decreto Legislativo de 5 de abril de 2017, n. 52, que tiene como finalidad lograr una homogeneización progresiva respecto a ~~de~~ los sistemas nacionales de justicia penal con respecto a la adquisición de pruebas, por lo cual con lo que Italia, casi diecisiete años después, haimplementado el Convenio anteriormente mencionado[15].

Nos planteamos diversas cuestiones sobre la idoneidad de la legislación adoptada por el legislador nacional puesto que, como se verá más adelante, en Italia dicha norma se ha promulgado recientemente yademás está destinada a ser reemplazada casi por completo por la transposición interna de la Directiva 2014/41/UE relativa a la orden europea de investigación en materia penal, por lo que para la disciplina en cuestión se deja un margen de operatividad "geográficamente" limitado.

La legislación española también merece en este sentido una reflexión, en concreto respecto a la *Ley 23/2014* sobre el reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, que se encuentra en este momento en fase de reforma para la transposición de la Directiva 2014/41/UE, y que supone la co~~-~~dificación, en un texto único, de todas las Decisiones Marco y Directivas relativas referentes a los instrumentos de reconocimiento mutuo. Podemos objetar que aunque la *Ley 23/2014* fue aprobada tras la promulgación de la Directiva 2014/41/UE, no hatranspuesto esta Directiva.

En relación a la orden europea de investigación, este instrumento constituye actualmente el único medio de adquisición y obtención de

[15] España había aplicado el Convenio de Bruselas del año 2000 por el Ministerio de Asuntos Exteriores con "Declaración de aplicación provisional del Convenio de asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea, hecho en Bruselas el 29 de mayo de 2000", publicado en Boletín Oficial del Estado (B.O.E) n. 247 de 15 de octubre de 2003.

pruebas en la Unión Europea. Consiste en una decisión judicial emitida o validada por una autoridad competente de un Estado miembro, para que se lleven a cabo una o más medidas de investigación específicas en otro Estado de la Unión y, también para obtener pruebas que ya estén en poder de las autoridades competentes del Estado de ejecución, utilizándose su resultado en un procedimiento pendiente en el Estado de emisión.

Una vez más la Unión Europea ha puesto de manifiesto que quiere mejorar y hacer más eficientes los procedimientos de cooperación policial y judicial en materia penal, debido a la alarma provocada por la criminalidad que actualmente se cierne sobre el territorio europeo[16].

La orden europea de investigación tiene como objetivo reemplazar los instrumentos actuales de cooperación y asistencia judicial en el ámbito de la investigación y obtención de la prueba por un nuevo modelo horizontal más ágil, aplicable a cualquier investigación criminal.

A pesar de la evidente centralidad que la orden europea deinvestigación tendrá en el ámbito de la cooperación judicial, no son pocas las cuestiones que suscita, sobre todo en relación con el equilibrio entre derechos e intereses fundamentales en juego, así como con respecto a la eficacia de la cooperación a la luz de las numerosas divergencias entre los ordenamientos sustantivos y procesales de los Estados miembros.

En la última parte de este trabajo se analiza una manifestación específica de la delincuencia transnacional que en la actualidad posee una centralidad absoluta en las políticas de la Unión Europea: el terrorismo.

[16] La voluntad de la Unión a este respecto y al mismo tiempo de los Estados miembros, que ahora están comprometidos con la búsqueda constante de instrumentos nuevos y eficaces que puedan lograr una cooperación judicial concreta, se pone de manifiesto en el estudio que en los últimos años al respecto se están efectuando. Un ejemplo es EUROCOORD, Proyecto de Investigación de la Comisión Europea, dirigido por la Profra. Mar Jimeno Bulnes (Catedrática de Derecho Procesal en la Universidad de Burgos) cuyo principal objetivo es precisamente promover la cooperación judicial mediante el desarrollo, la investigación sistemática y la creación de herramientas para la aplicación de la Directiva 2014/41/UE sobre la orden europea de investigación y otros instrumentos conexos. Para ampliar la información sobre EUROCOORD véase la dirección www.eurocoord.eu.

Lo cierto es que el terrorismo internacional no constituye una nueva realidad dentro del escenario internacional y europeo, pero como cualquier fenómeno histórico y antropológico, se adapta, evoluciona y cambia con el tiempo.

Precisamente por esta razón, aunque el fenómeno se conoce desde la antigüedad, dada la variedad de formas de terrorismo registradas en lahistoria y las razones que han llevado a la realización de actos terroristas, el crimen de "terror" adquiere hoy nuevas manifestaciones y modalidades, que requieren nuevas herramientas para luchar contra dicho fenómeno. Por ello, de forma paralela a la evolución del fenómeno terrorista y sus manifestaciones, se ha asistido en las últimas décadas a un cambio en las estrategias antiterroristas.

Entre las herramientas programáticas que son claramente relevantes en el contexto evolutivo de la política de la Unión, hay que mencionar ante todo el “Plan de acción” contra el terrorismo aprobado por los Jefes de Estado y de Gobierno durante el Consejo Europeo Extraordinario de 20 de septiembre de 2001, posterior a los atentados en Nueva York y Washington. Incluyó una serie de medidas sobre las relaciones exteriores de la Unión y la seguridad en el transporte, del mismo modo que sobre la lucha contra las fuentes de financiación del terrorismo y, sobre todo, la armonización legislativa dirigida a la colaboración judicial y policial en esta materia.

Al año siguiente, las Decisiones Marco n. 475 de 2002 y n. 584 de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo y la orden europea de detención y entrega respectivamente, constituyeron las primeras respuestas concretas de la Unión Europea (entonces Comunidad Europea) en el ámbito de la política antiterrorista.

Con la misma finalidad de prevenir y combatir los actos terroristas, hay que destacar la Decisión 2003/48/JAI relativa a la aplicación de medidas específicas de cooperación policial y judicial en la lucha contra el terrorismo, conforme a lo previsto en el artículo 4 de la Posición común 2001/931/PESC. A partir de la misma se promulgó la Decisión 2005/671/JAI del Consejo,

relativa al intercambio de información y a la cooperación sobre delitos de terrorismo. La misma supuso la coordinaciónen las investigaciones a través del flujo de información sobre los delitos de terrorismo, tanto entre los Estados miembros entre sí como con *Eurojust* o *Europol*, lo cual tiene prioridad frente a las otras solicitudes.

El intercambio de información constituye sin duda una de las cuestiones más afectadas por las reformas realizadas en los últimos años. Ello siempre ha tenido una enorme importancia para la lucha contra el terrorismo, del mismo modo que contra la criminalidad transfronteriza.

Continuando con el intercambio de información, hay que hacer referencia a la Decisión Marco 2006/960/JAI, sobre la simplificación del intercambio de información e inteligencia entre los servicios de seguridad de los Estados miembros de la Unión Europea y al Tratado de Prüm, el cual establece por primera vez, entre otros, el intercambio de datos biométricos.

Además, destacamos la Decisión Marco 2009/315/JAI, relativa a la organización y al contenido del intercambio de información de los registros de antecedentes penales entre los Estados miembros. Por último, hay que mencionar las Directivas 680 y 681 de 2016, relativas al registro y circulación de los PNR (*Passenger Name Records*) y a la protección de datos personales en los procedimientos penales.

Finalmente, entre los otros instrumentos y medidas europeas que serán analizados en este trabajo, destacamos la reciente Directiva (UE) 2017/541, relativa a la lucha contra el terrorismo, por la que se sustituye la Decisión marco 2002/475/JAI sobre la lucha contra el terrorismo, en consonancia con la Resolución 2178 (2014) del Consejo de Seguridad de la ONU y el Protocolo Adicional a la Convención del Consejo de Europa para la prevención del terrorismo, firmado en Riga el 22 de mayo de 2015.

Los instrumentos mencionados, así como otros que serán estudiados en este trabajo, tienen como finalidad contribuir a la evolución de la política de cooperación en la Unión Europea, la cual está encaminada a la creación de un auténtico espacio común de justicia. En este espacio, los Estados

frente a la inapelable exigencia de luchar contra la delincuencia, renunciarían poco a poco a parte de su soberanía en pro de una solidaridad que se exprese a través de la creación de un modelo único de justicia y un "territorio" más amplio en el que unidos se consiga una justicia efectiva.

CAP. I IL CAMMINO VERSO LO "SPAZIO DI LIBERTÀ SICUREZZA E GIUSTIZIA". TAPPE E STRUMENTI VERSO IL CONTRASTO DELLA CRIMINALITÀ TRANSNAZIONALE.

I.1. L'affiorare dell'esigenza di cooperazione e assistenza giudiziaria e di polizia in materia penale. I.2. L'itinerario verso lo "*Spazio di libertà sicurezza e giustizia*"; *Schengen* e l'alba dello spazio senza frontiere. I.2.1. I Trattati degli anni Novanta e l'istituzionalizzazione della cooperazione. I.2.2. Il cammino verso il primo germe di diritto penale europeo. Il fallimento del Trattato per una nuova Costituzione e la firma Trattato di Lisbona. I.2.2.1. Il superamento della divisione in pilastri. I.2.2.2. Il valoregiuridicamente vincolante della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea. I.2.3. La regolamentazione dello "Spazio di libertà, sicurezza e giustizia" nel nuovo Titolo IV TFUE. I.2.4. Il ravvicinamento delle disposizioni di diritto penale. Rapporti tra diritto dell'Unione Europea, diritto penale e diritto processuale.I.2.5. Cenni introduttivi sull'istituzione e ruolo del Pubblico ministero europeo. I.3.1. Il magistrato di collegamento. I.3.2. La collaborazione a rete. I.3.3. *Europol*. I.3.4. L'Agenzia europea per la cooperazione operativa alle frontiere esterne degli Stati membri dell'Unione Europea (*Frontex*). I.3.5. OLAF. I.3.6. *Eurojust*. I.3.7. Riflessioni sull'istituzione della Procura Europea.

I.1 L'affiorare dell'esigenza di cooperazione e assistenza giudiziaria e di polizia in materia penale.

Nel settore penale all'interno dell'Unione Europea, la necessità di una collaborazione tra Stati, sia di tipo giudiziario che di polizia, si è manifestata fin dal conseguimento dei primi successi nell'ambito della costruzione comunitaria e, più che mai, continua, indiscriminatamente, a manifestarsi oggi, atteso l'espandersi del crimine transnazionale. Agli albori della Comunità Europea, era radicata la convinzione che il diritto penale non potesse in alcun modo rientrare tra le sue competenze essendo, la materia, di esclusivo compito di ciascuno Stato Membro[17].

[17] Si veda *Commissione europea*, *Ottava relazione generale sull'attività delle Comunità europee nel 1974*, 11 febbraio 1975, par. 145, 90, nella quale la Commissione afferma che il diritto penale non rientra nelle competenze della Comunità, bensì "in quelle di ciascun Stato Membro" e rileva che, poiché le risorse proprie e le spese del bilancio comunitario non erano sottoposte alla legislazione nazionale, sarebbe stato opportuno redigere "*un progetto di convenzione relativo ai principi di applicazione del diritto nazionale, allo scopo di colmare tale lacuna*".

Nonostante l'assenza nei Trattati istitutivi di un qualunque riferimento al diritto penale, nell'erronea convinzione che lo *ius puniendi*, quale massima espressione della sovranità nazionale, potesse rimanere immune al processo di integrazione originariamente orientato ad obiettivi di carattere essenzialmente economico-commerciale, la materia penale ha, però, ben presto svelato la sua fisiologica permeabilità al processo di unificazione[18].

Infatti, accanto agli effetti cosiddetti "riflessi" prodotti dal diritto comunitario sui sistemi penali degli Stati Membri[19], l'istituzione della

---

Ancora, il Parlamento europeo aveva evidenziato: *"The Community legislation, just like any other, should undoubtedly be enforced; this can only be achieved by a system of sanctions, whatever this system may be. It can be purely administrative, it can be based on civillaw, but the best system would be one based on criminal law such as we have in all our national legal systems [...] For this we must also make use (although not exclusively) of provisions pertaining to criminal law"* (cfr. Parlamento europeo, *Report (doc. 531/76) on behalf of the Legal Affairs Committee on the relationship between Community law and criminal law*, in *Official Journal of the European Communities*, n. 212, 13 febbraio 1977, 212. Il ricorso al diritto penale, infatti, era visto come strumento "*to have the Community functioning effectively and [...] to command respect for the institutions and the way they operate, and at the same time guarantee the protection of the Communities' interests, and indirectly those of the states and in particular, those of the citizens, not only in order to uphold the important principle of the need to enforce the law, but also from the point of view of the principle of distributive justice"*.

[18] Tale considerazione trova fondamento all'interno degli artt. 82 e 83 del TFUE, che regolano, rispettivamente, la cooperazione giudiziaria in materia penale nell'Unione, fondata sul principio di riconoscimento reciproco delle sentenze e delle decisioni giudiziarie, e la possibilità, per il Parlamento europeo e il Consiglio, di emanare direttive secondo la procedura legislativa ordinaria, al fine di stabilire norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni in sfere di criminalità particolarmente gravi e che presentino una dimensione transnazionale, derivante dal carattere o dalle implicazioni di tali reati, o da una particolare necessità di combatterli su basi comuni. Cfr. sul tema R. SICURELLA, *"Eppur si muove": alla ricerca di un nuovo equilibrio nella dialettica tra legislatore comunitario e legislatore nazionale per la tutela degli interessi dell'Unione europea*, in G. GRASSO – R. SICURELLA (a cura di), *Per un rilancio del progetto europeo. Esigenze di tutela degli interessi comunitari enuove strategie di integrazione penale*, Milano, Giuffrè, 2008,192.

[19] Il fenomeno può essere ricollegato a diversi fattori. Un esempio lampante che induca a una perfetta comprensione di una (delle tante) ragioni sottostanti è, a mero titolo esemplificativo, la circostanza che, in numerosi settori della vita economica, la norma penale interviene in funzione sanzionatoria di discipline extra-penali, con la conseguenza che la diretta caducazione della regolamentazione nazionale da parte della normativa comunitaria renderà inapplicabili le connesse disposizioni incriminatrici. Sul tema si veda G. GRASSO, *Diritto penale dell'economia, normativa comunitaria e coordinamento delle disposizioni sanzionatorie nazionali*, in Riv. Dir. Int. Priv. Proc., 1987, 227 ss..

Comunità Europea, ed in particolare della Comunità economica[20], aveva fatto emergere una serie di beni "istituzionali", correlati all'esercizio delle competenze e dei poteri alle stesse demandate dai Trattati, nonché di beni "comunitari" derivanti dall'attività normativa delle Comunità, entrambi necessitanti della predisposizione di un'adeguata tutela contro le varie forme di aggressione cui venivano sottoposti[21].

Infatti, non può non emergere con evidenza, come la realizzazione delle quattro libertà fondamentali - libera circolazione delle merci, dei capitali, dei servizi e delle persone – abbia comportato una crescita esponenziale della cosiddetta criminalità transnazionale.

Il venir meno delle frontiere interne e dei controlli ad esse inerenti, unitamente alla piena libertà di circolazione garantita dal Trattato se, da un lato, ha garantito un'indiscussa opportunità di incremento economico e di progresso sociale, dall'altro lato ha costituito un'occasione per le organizzazioni criminali di sfruttare a proprio profitto la liberalizzazione dei mercati e dei movimenti di persone, capitali, merci e servizi.

Proprio in tale contesto è maturata l'indubbia necessità di adottare rimedi e presidi tali da arginare le nuove opportunità criminali.

Esigenza, questa, che è stata affrontata attraverso la prolifera e caotica emanazione di provvedimenti adottati in una prospettiva unicamente repressiva. Ed è proprio all'emergere di tali problematiche, che il diritto penale e il diritto

---

[20] Il Trattato che istituisce la Comunità economica europea, firmato il 25 marzo del 1957, ha posto le basi per una cooperazione sovranazionale (inizialmente esclusivamente dedicata al settore economico) la quale ha dimostrato di essere ancor più radicata nelle menti degli Stati Membri all'affiancarsi dei successivi Trattati CECA ed Euratom.

[21] Si pensi, ad esempio, alla disciplina della concorrenza, alla tutela dell'ambiente, alla lotta all'immigrazione clandestina o alla tutela del mercato europeo dei capitali. Sul tema, e*x multis*, G. GRASSO, *Comunità europee e diritto penale. I rapporti tra l'ordinamento comunitario e i sistemi penali degli Stati Membri*, Milano, Giuffrè, 1989,9 ss.; L. PICOTTI, *Diritto penale comunitario e Costituzione europea*, in S. CANESTRARI – L. FOFFANI (a cura di), *Il diritto penale nella prospettiva europea. Quali politiche criminali per quale Europa*, Milano, Giuffrè, 2005, 332 ss.; R. SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell'Unione europea; linee guida per un sistema integrato di tutela dei beni giuridici soprannazionali e dei beni giuridici di interesse comune*, Milano, Giuffrè, 2005, 324 ss.

processuale sono stati 'europeizzati'.

In questo scenario di progressivo aumento degli strumenti volti ad assicurare le esigenze di collaborazione transfrontaliera e di una conseguente, progressiva, europeizzazione delle indagini, degli atti e dei dati, spesso le garanzie e i diritti dell'individuo sono rimaste, tuttavia, circoscritte entro i confini del territorio nazionale[22].

L'obiettivo che l'Unione Europea si è prefissata e che merita, indubbiamente, di essere perseguito e raggiunto, è quello di conservare e sviluppare in tutto il suo ambito territoriale uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia.

Le perplessità e i dubbi nascono, però, allorquando si analizzano gli attuali modi e mezzi di attuazione dello spazio citato.

O meglio, nascono ancor prima dal momento in cui ci si scontra con la constatazione della difficoltà del raggiungimento di una disciplina che possa essere definita realmente "comune" a tutti gli Stati parte del territorio dell'Unione.

Il processo di "penalizzazione" del diritto dell'Unione Europea sembra percorrere, infatti, una strada ancora in salita, irta di ostacoli, incertezze ed opposizioni, *in primis* da parte delle stesse autorità nazionali.

É vero, infatti, che se l'evoluzione della cooperazione giudiziaria in materia penale[23] ha certamente dato prova, in più occasioni, del fatto che esiste una concreta e reale volontà degli Stati di raggiungere uno spazio comune in cui possano vigere regole e strumenti comuni allo scopo di una maggiore sicurezza all'interno del territorio europeo è, però, altrettanto vero che è mancato un ruolo attivo, forte in questo senso da parte degli Stati.

---

[22] Laddove non siano stati, addirittura, compromessi quale effetto, ad esempio, dell'introduzione anche nel settore penale del principio del mutuo riconoscimento.

[23] Come si è già avuto modo di precisare nella parte introduttiva del lavoro, nonostante all'interno delle discipline europee spesso si ritrovi l'utilizzo improprio del termine "cooperazione giudiziaria", si ribadisce che, da un punto di vista prettamente tecnico, è possibile riferirsi al lemma "cooperazione" solo con riferimento all'utilizzo di strumenti di mutuo riconoscimento. Le altre attività, pertanto, devono essere più correttamente ricondotte al concetto di "assistenza" giudiziaria. Effettuata tale doverosa precisazione, si premette che all'interno del presente lavoro il termine "cooperazione" verrà utilizzato anche nel suo significato atecnico.

Ciò ha fatto sì che, nonostante gli evidenti passi avanti riscontrabili alla luce delle novità legislative (e in un certo senso politiche) emerse nel corso dell'evoluzione di questo settore, ancora non si possa affermare, con assoluta certezza, di essere arrivati ad un livello di collaborazione "sufficiente" a contrastare i fenomeni – sempre più frequenti – di criminalità transnazionale.

Ciò premesso, pare imprescindibile procedere ad uno sguardo di insieme che ne ripercorra, seppur brevemente, le singole tappe di evoluzione, anche al fine di comprendere e contestualizzare le concrete risposte che nel corso degli anni sono state poste in essere per fronteggiare il dilagare dei fenomeni di criminalità transazionale.

I.2 L'itinerario verso lo "Spazio di libertà sicurezza e giustizia"; Schengen e l'alba dello spazio senza frontiere.

L'idea di una cooperazione all'interno dell'Unione Europea trova le sue origini in un momento storico ormai risalente nel tempo.

Facendo un passo indietro, che ci consenta di comprendere appieno le fondamenta dello spazio giudiziario comune, tutto iniziò con l'istituzione della Comunità Europea del Carbone e dell'Acciaio nel 1951 da parte di Italia, Francia, Germania, Belgio, Paesi Bassi e Lussemburgo quando, per la prima volta, sei stati europei decisero di rinunciare alla propria sovranità nazionale allo scopo del perseguimento di interessi comuni.

Di lì a qualche anno, con la firma dei Trattati di Roma[24] del 1957 e le successive adesioni da parte di Gran Bretagna, Irlanda e Danimarca nel 1973 e della Grecia nel 1981, la Piccola Europa iniziò ad estendersi e, al passo con tale estensione, emerse un sempre più evidente radicamento della volontà degli Stati di agire in cooperazione.

Gli Stati firmatari, infatti, dichiararono già nel preambolo del Trattato del 1957 di essere determinati a porre le fondamenta di un'Unione sempre più

[24] Ci si riferisce al Trattato istitutivo della Comunità Economica Europea (CEE), che riunisce Francia, Germania, Italia e Paesi del Benelux in una Comunità volta all'integrazione tramite gli scambi in vista dell'espansione economica, e al Trattato istitutivo della Comunità europea dell'energia Atomica (EURATOM), firmati entrambi a Roma il 25 marzo 1957. L'Italia ha ratificato entrambi i predetti Trattati con la Legge 14 ottobre 1957, n. 1203.

stretta fra i popoli europei e di essere decisi ad assicurare, mediante un'azione comune, il progresso economico e sociale dei loro Paesi, eliminando le barriere che dividono l'Europa.

Ci si trova di fronte alla prima, vera, esplicitazione da parte degli Stati della volontà di portare avanti un'azione comune.

Ebbene, mentre alcune aree europee, rappresentate principalmente dal Consiglio d'Europa[25], o sub-europee, come il Benelux, avevano attivato forme di cooperazione penale fin dagli anni Cinquanta[26], gli Stati Membri della CEE cominciarono ad avviare le prime iniziative in materia solo negli anni Settanta, prendendo coscienza della portata transazionale di certe forme di criminalità e, soprattutto, della minaccia terroristica diretta all'Europa occidentale da parte di movimenti politici estremisti e provenienti dal Medio Oriente[27].

Pertanto, già dai primi tempi, l'intenzione degli Stati di agire in collaborazione, nacque per fronteggiare l'esistenza di minacce ai loro interessi essenziali.

Proprio in virtù delle continue e numerose spinte verso una più concreta ed efficace cooperazione, necessità sorta proprio dall'emergenza creata per reprimere le più gravi forme di criminalità transnazionale che ancora oggi risulta di grande attualità.

---

[25] Fondato il 5 maggio 1949 con il Trattato di Londra, *«the Council of Europe is the continent's leading human rights organisation. It includes 47 member states, 28 of which are members of the European Unión. All Council of Europe member states have signed up to the European Convention on Human Rights, a treaty designed to protect human rights, democracy and the rule of law»*.

[26] Si pensi alla Convenzione di estradizione del 1957 e alla Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale del 1959 o, ancora, al Trattato Benelux di estradizione e di assistenza giudiziaria in materia penale del 1962. Sul tema A. WEYEMBERGH, *Storia della cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale*, in R. E. KOSTORIS (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, Milano, Giuffrè, 2014, 143.

[27] Si tratta del cd. *Euroterrorism* presente nel territorio europeo negli anni '70 e '80. In tale periodo, infatti, l'Europa era flagellata periodicamente da attentati terroristici di matrice mediorientale, manifestatisi essenzialmente per il tramite di dirottamenti aerei, attacchi agli aeroporti e alle sinagoghe, oltre che detonazioni di bombe. A mero titolo esemplificativo, si pensi alla strage di Fiumicino del 1973, durante la quale cinque terroristi palestinesi attaccarono dapprima l'aereo Pan Am servendosi di bombe al fosforo, così uccidendo trenta persone, e successivamente, in pista, sequestrarono e dirottarono un aereo Lufthansa, ulteriormente uccidendo un agente della Guardia di Finanza e un addetto alla pista.

Ecco, quindi, la nascita delle prime strutture di cooperazione[28] di natura essenzialmente intergovernativa, sviluppate fuori del quadro istituzionale comunitario.

Tra queste, la più nota era il "gruppo Trevi" costituito dai ministri dell'Interno durante il Consiglio europeo tenutosi a Roma l'1 e 2 dicembre 1975 con lo scopo di sviluppare una cooperazione tra le forze di polizia per combattere i fenomeni di terrorismo. Le competenze attribuite vennero ampliate anche ad altre forme di criminalità (come, ad esempio, il traffico di stupefacenti, l'immigrazione clandestina, la criminalità internazionale, il mantenimento dell'ordine pubblico in generale)[29].

Inoltre, come ritenuto poc'anzi, tra gli obiettivi delle Comunità emerse ci fu quello d'istituire un mercato comune europeo, in ragione del quale partì, verso la metà degli anni Ottanta, il progetto di eliminazione dei controlli alle frontiere interne e il conseguente rilancio del percorso d'integrazione comunitaria con l'evidente pericolo di un deficit di sicurezza a vantaggio delle organizzazioni criminali e dell'immigrazione clandestina.

In particolare, il Trattato di Roma fissava come obiettivo primario all'art. 3 lett. c), quello di eliminare gli ostacoli alla libera circolazione delle persone, dei servizi, delle merci e dei capitali.

---

[28] Come poc'anzi precisato il termine cooperazione, in ipotesi come quella cui si fa qui riferimento, viene inteso in senso generico quale "collaborazione" tra Stati, non intendendosi, pertanto, alla distinzione tecnico-giuridica sussistente tra gli strumenti di "cooperazione", basati sul principio di mutuo riconoscimento (come il Mandato d'arresto europeo o l'ordine europeo di indagine) e quelli di "assistenza", che si riferiscono a tutte quelle ipotesi in cui uno Stato richiede la collaborazione ad altro Stato membro senza che esista alcun provvedimento direttamente spendibile (tipico esempio è costituito dalla rogatoria internazionale).

[29] È opportuno dar conto del fatto che nel 1989 esistevano quattro gruppi di lavoro: uno dedicato al tema del terrorismo, un secondo concentrato sui rapporti di cooperazione di polizia, un altro specializzato in criminalità organizzata e, infine, un quarto dedicato al tema della libera circolazione delle persone. I quattro gruppi sottostavano alle indicazioni di un ulteriore gruppo di esperti composto da alti funzionari, con lo specifico compito di preparare le decisioniche dovevano essere adottate dal Consiglio dei ministri dell'Unione europea. Vedi. G. DE AMICIS, *Le forme e gli strumenti della cooperazione,* in R.E.KOSTORIS (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, cit., 209.

In questo senso, alcuni anni dopo, nel 1986, a seguito dell'adesione di Spagna e Portogallo, venne sottoscritto il c.d. Atto unico europeo[30], il quale modificò i Trattati originari della Comunità Europea stabilendo, tra l'altro, la piena attuazione del mercato interno, cioè uno "spazio senza frontiere interne nel quale fosse assicurata la libera circolazione delle merci, dei servizi e dei capitali"[31].

Fu proprio in questo contesto che si inseriscono i cc.dd. Accordi Schengen[32], comprensivi dell'Accordo del 14 giugno 1985, relativo alla eliminazione graduale dei controlli alle frontiere e della Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen (CAAS) del 19 giugno1990, conclusi al di fuori del quadro istituzionale comunitario ed attuati, anche in questo caso, attraverso una cooperazione di natura strettamente intergovernativa.

---

[30] Firmato in Lussemburgo il 17 febbraio1986 da Francia, Germania, Belgio, Paesi Bassi, Lussemburgo, Gran Bretagna, Irlanda, Spagna e Portogallo, successivamente sottoscritto il 28 febbraio 1986 dalla Danimarca, dall'Italia e dalla Grecia, entrò in vigore il giorno 1° luglio 1987 (GU n. L 169 del 29.6.1987). L'Atto unico europeo, che rappresenta la prima modifica sostanziale del Trattato che istituisce la Comunità Economica Europea (CEE), si prefigge quale principale obiettivo il rilancio del processo di costruzione europea al fine di portare a termine la realizzazione del mercato interno. Ciò appariva, tuttavia, difficilmente realizzabile sulla base dei trattati in vigore, in particolare per via del processo decisionale in seno al Consiglio, basato sul ricorso all'unanimità per l'armonizzazione delle legislazioni. La conferenza intergovernativa che ha portato alla sottoscrizione dell'Atto aveva, quindi, un duplice mandato:per un verso, concludere un trattato in materia di politica estera e di sicurezza comune e, per altro verso, introdurre un atto di modifica del trattato CEE, con particolare riguardo alla procedura decisionale in seno al Consiglio, ai poteri della Commissione, ai poteri del Parlamento europeo e all'estensione delle competenze delle Comunità. L'Atto unico europeo segnò una svolta nella cooperazione intergovernativa, praticata, fino ad allora, in modo poco trasparente, tanto nei riguardi dei cittadini che delle istituzioni comunitarie. Nel nuovo articolo 8 a) del trattato CE, infatti, la libera circolazione delle persone fu definita uno dei quattro elementi costitutivi del mercato unico, trasferendo espressamente questo settore fra le competenze comunitarie. I nuovi gruppi di lavoro, istituiti dopo la firma dell'Atto unico, tennero conto di questa evoluzione; in particolare, il gruppo "Immigrazione", che riuniva dal 1986 i Ministri responsabili dell'immigrazione, nonché il CELAD (Comitato europeo per la lotta contro la droga), insediarono il loro segretariato presso quello del Consiglio dell'Unione europea. Furono, inoltre, creati altri gruppi, tra cui il GAM (Gruppo di mutua assistenza), incaricato delle questioni doganali e, infine, fu prevista una riunione del Consiglio dei ministri della Giustizia degli Stati membri, tenuta a occuparsi della cooperazione giudiziaria, penale e civile, e di talune questioni di cooperazione politica europea.

[31] Art. 8 a) Atto unico europeo.

[32] L'Accordo *Schengen* è entrato in vigore il 2 marzo 1986; la Convenzione di applicazione, invece, è entrata in vigore il 26 marzo 1995. Cfr. GU n. L 239 del 22 settembre 2000.

L'accordo di Schengen e la definizione del cosiddetto "Spazio Schengen", infatti, sono frutto del processo teso a definire una frontiera esterna unica, con procedure di controllo in ingresso identiche per tutti i Paesi firmatari, che riconoscono le medesime norme in materia di visto, diritto d'asilo e controlli alle frontiere.

Obiettivo comune è, dunque, l'eliminazione delle frontiere interne tra alcuni Paesi della Comunità Europea e l'avvio di una cooperazione rafforzata[33].

Non riuscendo ad arrivare ad un accordo in sede di Comunità Europea, nel 1985 i Governi dei cinque Stati continentali confinanti, che facevano parte degli Stati fondatori (Stati dell'Unione Economica del Benelux, della Repubblica Federale di Germania e della Repubblica francese) decisero, quindi, di creare al loro interno uno spazio senza frontiere chiamato, appunto, "Spazio Schengen" anticipando ciò che fu deciso in ambito comunitario dai Dodici con l'Atto Unico europeo del 1986[34].

[33] Cooperazione rafforzata, pare opportuno specificare, differente da quella introdotta con il Trattato di Lisbona. Come si può leggere dal preambolo del TUE, l'allargamento a nuovi Stati membri ha contribuito in maniera non indifferente all'urgenza di un'integrazione non per forza contestuale da parte di tutti gli Stati. Infatti, l'ingresso di nuovi membri nell'Unione, i quali rivendicavano il rispetto delle loro differenze e, allo stesso tempo, il beneficio apportato dalla loro diversità, ha acuito l'esigenza di flessibilità. A ciò si è aggiunta la constatazione che, in certi casi, l'unanimità rischiava di bloccare la capacità decisionale delle istituzioni europee, determinando una *impasse* che aveva come conseguenza quella di immobilizzare anche igruppi di Stati più volenterosi e disposti a cedere sempre maggiori porzioni della propria sovranità. Il rischio era anche quello di mettere in crisi due dei principali obiettivi dei Trattati, vale a dire la «creazione di un'Unione sempre più stretta fra i popoli dell'Europa» e «lo sviluppo dell'integrazione europea». In questo contesto, l'integrazione differenziata è diventata una modalità sempre meno straordinaria nel processo di unificazione europea. La cooperazione rafforzata occupa, indubbiamente, un posto di primaria importanza tra gli strumenti di integrazione differenziata introdotti dal Trattato di Lisbona. Il merito del Trattato di Lisbona al riguardo è stato sicuramente quello di uniformare la disciplina (per la quale in precedenza era prevista una differente regolamentazione delle cooperazioni rafforzate per il pilastro comunitario) per la politica estera e di sicurezza comune e per la cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale, contenuta, ora, negli articoli 20 TUE e da 326 a 334 TFUE. Tale strumento è stato, peraltro, utilizzato anche ai fini dell'istituzione della Procura Europea di cui si parlerà nel prosieguo del lavoro.

[34] S. BELLUCCI, *Schengen. L'avvio di un'Europa senza frontiere*, Roma, Laurus Robuffo, 1995, 21.

Inizialmente questo sistema non rappresentava altro che una dichiarazione di intenti dei Paesi firmatari[35] ma, essendo necessaria la previsione di regole che ne consentissero l'attuazione nella pratica, il 19 giugno 1990 fu stipulata una convenzione[36] (entrata in vigore solo cinque anni dopo) che permise in concreto l'abolizione delle frontiere interne tra gli Stati firmatari creando così un'unica frontiera esterna con procedure di controllo in ingresso identiche[37].

[35] L'Accordo, infatti, era composto da un insieme di norme programmatiche che impegnavano gli Stati Membri alla conclusione di ulteriori accordi volti all'esecuzione delle misure necessarie per compensare il *deficit* di sicurezza che sarebbe derivato dall'abolizione deicontrolli alle frontiere comuni. Peraltro, i propositi alla base dell'Accordo, sin da principio, erano stati non solo quelli di una progressiva eliminazione dei controlli alle frontiere comuni, ma anche dell'introduzione di un regime di libera circolazione sia per i cittadini sia degli Stati firmatari, sia per quelli degli altri Stati Membri della Comunità o di Paesi terzi. I principali obiettivi dell'Accordo erano costituiti dall'abolizione dei controlli sistematici delle persone allefrontiere interne allo Spazio *Schengen* e dal rafforzamento dei controlli alle frontiere esterne, dalla collaborazione delle forze di polizia e dalla conseguente possibilità di intervento (inalcuni casi, anche oltre i propri confini, *e.g.* durante gli inseguimenti criminali), dal coordinamento degli Stati nella lotta alla criminalità organizzata di rilevanza internazionale e dall'integrazione delle banche dati delle forze di polizia (il "Sistema d'informazione Schengen", detto anche "SIS").

[36] La Convenzione di attuazione venne firmata a Schengen il 19 giugno del 1990 e ratificata e resa esecutiva in Italia con la Legge 30 settembre 1993, n. 388.

[37] In seguito al 1990 anche altri Stati comunitari hanno aderito a questo Accordo. I Paesi membri che hanno aderito hanno goduto di un periodo transitorio prima di avviare la libera circolazione delle persone ed i nuovi Paesi dell'unione europea entrati nel periodo tra il 2004 ed il 2007 sono stati obbligati ad essere parte dello Spazio Schengen e, conseguentemente, a dotarsi di tutte le infrastrutture adeguate a implementare il sistema di informazione Schengen. Gli Stati membri che avevano deciso di non far parte dell'area Schengen erano stati il Regno Unito e Irlanda - in base a una clausola di *opt-out* - sia in virtù dell'esistenza di leggi in materiadi immigrazione differenti sia in ragione del fatto che in tali territori gli organismi di controllo passaporti non sono forze di polizia bensì personale civile con poteri limitati mentre le frontiereesterne Schengen devono necessariamente essere gestite da polizia o polizia militare. A ciò si aggiunga che i due Paesi applicavano già il *Common Travel Area*, Trattato volto ad eliminare le frontiere al loro interno. Infine, ulteriore ragione può essere ricondotta alla sovranità sulle isole normanne e sull'isola di Man, non facenti parte del Regno Unito ma dipendenti dalla Corona britannica, che avrebbero imposto un "libero" mercato solo con il Regno Unito. Per quanto riguarda, invece, gli Stati terzi, partecipano a Schengen l'Islanda e la Norvegia dal 1996, la Svizzera dal dicembre 2008 ha aderito per le frontiere di terra ed infine il Liechtenstein ha aderito nel dicembre 2011. Complessivamente, 29 stati europei aderisconoallo Spazio Schengen (o Zona Schengen). Fra questi, tre (Cipro, Romania e Bulgaria) non hanno ancora attuato nella pratica tutti gli accorgimenti tecnici necessari per aderire all'area Schengen, e pertanto, in via provvisoria, mantengono tuttora i controlli alla frontiera in quanto non si possono considerare membri di pieno diritto.

La convenzione di Schengen ha avuto, quindi, il ruolo di completare l'Accordo e definirne le condizioni di applicazione e le garanzie inerenti all'attuazione della libera circolazione.

La più rilevante delle novità introdotte dalla Convenzione Schengen riguarda il Sistema di Informazione Schengen, ossia una banca dati che, tramite un meccanismo di segnalazioni, garantisce che determinati soggetti non circolino del tutto liberamente nel territorio europeo[38].

L'istituzione di un mercato comune e la connessa abolizione degli accertamenti alle frontiere richiedevano la disposizione di "misure compensative" volte a preservare la sicurezza negli Stati e contrastare in maniera efficace fenomeni di criminalità transfrontaliera che avrebbero potuto trovare terreno fertile a seguito della suddetta abolizione.

É proprio questo quadro che ha determinato la nascita del Sistema d'informazione Schengen (S.I.S., poi sostituito dalla sua seconda versione, il S.I.S. II[39]) e lo sviluppo di alcune delle disposizioni più innovative in materia di cooperazione di polizia, quali espressione della volontà di costruire un vero e

---

Inoltre, uno, Monaco, fa parte dell'Area Schengen tramite la Francia. Altri 2 (San Marino e Vaticano) fanno parte di Schengen di fatto in concomitanza con l'entrata in vigore degli Accordi di Schengen in Italia: con essi il numero degli Stati in cui c'è Schengen sale a 29. Il Vaticano ha espresso il desiderio di firmare il trattato ed entrare così nell'accordo ufficialmente.

[38] Si tenga presente che tale sistema oggi è stato in gran misura sostituito dalle previsioni introdotte con la Direttiva 41/2014 sull'ordine europeo di indagine. Si rinvia sul punto a quanto espresso *infra*, Capitolo III.

[39] Il Sistema d'informazione Schengen (SIS), previsto agli artt. da 91 a 199 C.A.A.S. e operativo dal 1995, è stato sostituito a partire dal 9 aprile 2013 dal Sistema d'informazione Schengen di seconda generazione (SIS II), con Decisione 2007/533/GAI del Consiglio. Si trattadi un sistema informativo con funzioni avanzate a carattere centralizzato, costituito da una sezione nazionale presso ciascuno Stato partecipante (le cc.dd. unità SIRENE, acronimo di *Supplementary Information Request at the National Entries*), e da un'unità centrale di supporto tecnico in Francia. Le interrogazioni da parte delle autorità nazionali al SIS generano i cc.dd. "hit", delle segnalazioni positive, qualora le indicazioni relative ad una persona o ad un bene corrispondano a quelle di una segnalazione esistente. Conseguito un "*hit*", le autorità richiedenti potranno ottenere informazioni supplementari sulla persona o l'oggetto cui si riferisce la segnalazione tramite la rete di uffici SIRENE. V. G. DE AMICIS, *Le forme e gli strumenti della cooperazione*, cit., 217-219.

proprio spazio penale europeo[40].

La finalità precipua di questo sistema di informazione è stata, certamente, quella di facilitare i contatti tra forze di polizia in occasione dell'arresto di una persona.

Il SIS, infatti, consentiva alle autorità competenti di disporre di segnalazioni di persone e/o oggetti inseriti in occasione di controlli alle frontiere, verifiche, e altri controlli di polizia e doganali attraverso una procedura d'interrogazione automatizzata[41].

In termini generali si tratta di un archivio di dati comune a tutti gli Stati membri dello Spazio Schengen comprendente due grandi categorie di informazioni concernenti, in primo luogo, le persone ricercate o scomparse e le persone poste sotto sorveglianza e, in secondo luogo, i veicoli e gli oggetti rubati o smarriti quali, in particolare, documenti di identità, certificati d'immatricolazione dei veicoli e numeri di targhe dei veicoli[42].

---

[40] *In primis* la Decisione del Consiglio, n. 48 del 19 dicembre 2002, relativa all'applicazione di misure specifiche di cooperazione di polizia e giudiziaria in materia di lotta contro il terrorismo, pubblicata in G.U. n. L 16 del 22 gennaio 2003, fino ad arrivare alla Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, n. 680 del 27 aprile 2016, relativa alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali da parte delle autorità competenti a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali, nonché alla libera circolazione di tali dati, e che abroga la Decisione quadro 2008/977/GAI del Consiglio, pubblicata in G.U. n. L 119/89 del 4 maggio 2016. Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, n. 681 del 27 aprile 2016, sull'uso dei dati del codice di prenotazione (PNR) a fini di prevenzione, accertamento, indagine e azione penale nei confrontidei reati di terrorismo e dei reati gravi, pubblicata in G.U. n. L 119/32 del 4 maggio 2016. Gli ulteriori sistemi di scambio di informazioni verranno puntualmente trattati all'interno delcapitolo 4.

[41] Si rinvia in proposito al par I. 1.3.3. sulla costituzione e il ruolo di *Europol.*

[42] Trattandosi di un archivio di dati, la Convenzione previse espressamente i casi in cui sia legittima la segnalazione e l'inserimento degli stessi all'interno del sistema. Nel caso in cui la segnalazione si riferisca a una persona, questa può essere inserita per le finalità espressamente indicate nella Convenzione, ossia nel caso in cui si tratti di persone ricercate per l'arresto ai fini di estradizione (art. 95 C.A.A.S.), di cittadini di Stati terzi che non possano essere ammessi nel territorio europeo (art. 96 C.A.A.S), di persone scomparse o che debbano essere poste sotto protezione per garantire la loro sicurezza o prevenire minacce (art. 97 C.A.A.S.), nel caso in cui sia necessaria la comunicazione del luogo di soggiorno o di domicilio (art. 98 C.A.A.S. Nel caso di testimoni e persone citate a comparire davanti all'autorità giudiziaria per rispondere di fatti che sono stati loro ascritti o di persone a cui debba essere notificata una sentenza penale o una richiesta di presentarsi per l'esecuzione di una pena privativa della libertà) oppure per

Una volta effettuata la richiesta, la legge da applicarsi nella fase di esecuzione venne individuata nel diritto nazionale dello Stato Schengen in cui l'istanza deve essere eseguita con la precisazione che, nel caso in cui l'azione non potesse essere eseguita conformemente al diritto nazionale, lo Stato Schengen richiesto dovesse informare al riguardo, immediatamente, quello che ha effettuato la segnalazione[43].

Successivamente, nel 2001, il Regolamento del Consiglio n. 2424 istituì il SIS II[44] che, tuttavia, troverà una disciplina compiuta solo nel 2007 con la Decisione del Consiglio 533/2007/GAI.

Si giunse, così, all'istituzionalizzazione del sistema di informazione Schengen di seconda generazione, strumento all'avanguardia dotato di un sistema centrale, uno nazionale in ciascuno Stato Schengen e un'infrastruttura di comunicazione frail sistema centrale e quelli nazionali[45].

Trattasi di uno strumento innovativo sotto diversi aspetti.

In primo luogo, riguardo all'introduzione di una nuova categoria di dati, quelli biometrici (impronte digitali e fotografie)[46], volta all'utilizzo di una tecnica d'identificazione più efficiente.

Inoltre, si riscontrano delle novità anche per ciò che concerne il tipo di

---

l'applicazione della c.d. "sorveglianza discreta" (art. 99 C.A.A.S. Nel caso in cui esistanoindizi concreti che facciano supporre che la persona in questione intende commettere o commette numerosi fatti punibili di estrema gravità oppure qualora la valutazione globale dell'interessato, sulla base dei reati commessi, faccia supporre la reiterazione dalla parte del soggetto). Peraltro, in applicazione dei principi della protezione dei dati, la Convenzione ha riconosciuto particolari diritti quali il diritto di accesso ai dati e alle ulteriori informazioni attinenti, memorizzati nel SIS, il diritto di rettifica, allorquando i dati contengano errori difatto, il diritto di cancellazione, quando siano di diritto; il diritto di chiedere alle autorità nazionali per la protezione dei dati di verificare i dati a esse attinenti inseriti nel SIS e l'uso cuisono destinati o, ancora, di proporre un'azione dinanzi alle giurisdizioni o autorità competenti, al fine di ottenere la rettifica o la cancellazione dei dati errati, nonché finanche un indennizzo.

[43] Già trent'anni fa, dunque, veniva data attenzione alle discipline giuridiche di entrambi gli Stati che attuassero in concreto la cooperazione.

[44] Pubblicata in GU del 28 dicembre 2006 n. L 381.

[45] La Decisione 533/2007/GAI, inoltre, estese il diritto di accesso e di consultazione dati anche alle autorità giudiziarie (che precedentemente potevano accedervi solo indirettamenteattraverso la polizia giudiziaria), a *Europol* e ad *Eurojust*.

[46] Servono a identificare un individuo sulla base delle sue peculiari caratteristiche fisionomiche o comportamentali tramite l'esame di impronte digitali, geometria di mano e volto, conformazione della retina e dell'iride, timbro e tonalità di voce. Sul punto si veda, *infra*, Capitolo IV in merito alle novità introdotte dal Trattato di Prüm.

segnalazioni autorizzate, nonché il diritto di accesso ai dati[47].

In merito alle segnalazioni effettuabili, il SIS II consentì la possibilità di inserire nuovi tipi di dati (quali per esempio informazioni concernenti aeromobili, natanti, container, mezzi di pagamento rubati etc.) e di collegare segnalazioni concernenti informazioni differenti come, ad esempio, una segnalazione su una persona e su un veicolo.

Il SIS II, inoltre, era stato predisposto anche per contenere copie dei mandati d'arresto europei che permettessero una procedura di estradizione o consegna più semplice e, conseguentemente, più rapida.

Tale sistema di seconda generazione, come si è poc'anzi anticipato, attraverso un corretto bilanciamento tra i diritti del singolo e le esigenze di sicurezza della collettività, assicura, inoltre, una rigorosa protezione dei dati. L'accesso al sistema venne, infatti, limitato, oltre che al singolo cittadino cui i dati si riferiscono, anche alle autorità nazionali giudiziarie, doganali e di polizia e a quelle competenti per il controllo delle frontiere, dei visti e dei certificati di immatricolazione per veicoli[48].

Per quanto riguarda, poi, i diritti riconosciuti al titolare dei dati inseriti nel sistema, questi ha il diritto di accedervi e di chiedere all'autorità nazionale competente di rettificare o cancellare i propri dati personali nonché, qualora necessario, di agire in giudizio per accedere alle informazioni, rettificarle, cancellarle o ottenerle, o per ottenere un indennizzo relativamente ad una segnalazione che lo riguarda.

---

[47] G. DELLA CANANEA, *L'amministrazione europea*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, tomo I, 1815, dove afferma che "Il trattamento e il trasferimento dei dati, specialmente tramite *Europol* ", evidenzia che "la collaborazione tra le amministrazioni di ordine ha ripercussioni tutt'altro che lievi sulle situazioni soggettive private". Questa considerazione offre lo spuntoper una riflessione sulle garanzie attribuite ai soggetti privati all'interno dell'Unione-Stato di diritto. In merito, diffusamente, E. STEIN, *Un nuovo diritto per l'Europa*, Milano, Giuffrè, 1991, 176. Come anticipato, ulteriori sviluppi con riferimento agli strumenti di scambio di informazioni, introdotti nelle politiche di contrasto alla criminalità transnazionale, verranno approfonditi all'interno del Capitolo IV.

[48] S. BELLUCCI, *Schengen. L'avvio di un'Europa senza frontiere*, cit., 115 ss.

Le autorità nazionali di controllo e il garante europeo della protezione dei dati cooperano attivamente e assicurano il controllo coordinato del SIS II.

Facendo un passo indietro per ritornare all'istituzione del sistema Schengen, pare doveroso sottolineare che, nonostante l'evidente importanza conseguente dall'introduzione di un tale sistema di collaborazione (senza eguali per quell'epoca), il completamento del processo di costruzione del sistema avviato con l'Accordo Schengen non si ebbe prima del 1999 con il Trattato di Amsterdam che introdusse ufficialmente lo Spazio Schengen e le misure che concretano il c.d. *acquis comunitario* nel quadro giuridico istituzionale dell'Unione.

Sia l'Accordo, che la Convenzione di Schengen, con tutte le regole adottate sulla base dei due testi, nonché gli ulteriori accordi ad essi collegati, andranno quindi a formare il c.d. *acquis* di Schengen.

Fu così che iniziò a prendere forma in concreto ciò che, in principio, pareva essere semplicemente un ambizioso progetto di eliminazione dei controlli alle frontiere interne connesso al rilancio del percorso d'integrazione comunitaria.

I.2.1 I Trattati degli anni Novanta e l'istituzionalizzazione della cooperazione.

In questa nuova e complessa realtà sociale, derivante dalla creazione di uno spazio senza frontiere interne nel quale assicurare la libera circolazione di merci, persone, servizi e capitali, gli strumenti tradizionalmente adottati nel campo della cooperazione si dimostrarono del tutto inadeguati, evidenziando la necessità di individuarne di nuovi che fossero in grado di garantire una maggiore celerità nelle relazioni tra autorità giudiziarie, nonché di realizzare il reciproco riconoscimento dei provvedimenti attraverso un processo di integrazione dei sistemi giudiziari penali propri dei diversi Stati[49].

[49] C. RODRÍGUEZ MEDEL NIETO, *Obtención y admisibilidad en España de la prueba transfronteriza: de las comisiones rogatorias a la orden europea de investigación*, Pamplona, Aranzadi, Thomson Reuteres, 2016, 262 ss..

Determinante, al fine dello sviluppo di tale percorso, è stata certamente l'esigenza di affrontare in modo unitario a livello europeo i fenomeni di criminalità transnazionale - tra i quali troviamo in prima linea il terrorismo – agevolati, in gran parte, dal processo di abbattimento delle frontiere, compiuto con l'Accordo di Schengen di cui si è appena dato atto.

Invero, prima dell'istituzione dell'Unione Europea avvenuta con il Trattato di Maastricht del 1992, la disciplina della cooperazione giudiziaria in materia penale era sostanzialmente estranea alle competenze comunitarie.

Come si è avuto modo di evidenziare nel paragrafo precedente, dal 1975 si era instaurata progressivamente una collaborazione intergovernativa nei settori dell'immigrazione, del diritto d'asilo e della cooperazione giudiziaria e di polizia[50].

Processo impostato sulle regole di una cooperazione che escludeva completamente le istituzioni europee.

Gli strumenti utilizzati erano, insomma, quelli del metodo intergovernativo tradizionale: convenzioni, risoluzioni, conclusioni e raccomandazioni[51].

Fu proprio a seguito di Schengen che emerse la necessità di trovare, quantomeno, una struttura unificante per imprimere maggiore efficacia alle iniziative degli Stati membri nei campi della giustizia e degli affari interni e per coordinare l'attività di tutti gli organismi già esistenti evitandone duplicazioni.

La firma del Trattato di Maastricht, da questo punto di vista, ha costituito un atto per molti versi rivoluzionario nel panorama internazionale.

Con esso si inaugura la fase (quantomeno) più ambiziosa del processo di integrazione, volta a creare una comunità politica ed economica unica nel suo

[50] Il primo esempio è stato certamente il Gruppo Trevi, che riuniva i Ministri dell'interno per combattere il terrorismo e coordinare, nella Comunità, la cooperazione di polizia. Vedi, *supra,* par. I. 1.2.1.

[51] O. MAZZA, *Il principio del mutuo riconoscimento, la mancata armonizzazione e il mito taumaturgico della giurisprudenza europea*, in Id., *Il garantismo al tempo del giusto processo*, Milano, 2011, 55 e segg.; A. MARANDOLA, *Reciproco riconoscimento*, in AA.VV., *Cooperazione giudiziaria penale* (a cura di A. Marandola), Milano, 2018, 861 e segg..

genere, caratterizzata dall'introduzione di nuovi strumenti sovranazionali[52], destinati ad affiancare i tradizionali elementi di assistenza intergovernativa.

Di fatti, il Trattato sull'Unione Europea adottato a Maastricht, non si è limitato a modificare il Trattato CE, ma ha disciplinato esso stesso la cooperazione tra gli Stati membri in alcune materie, istituendo, inoltre, un'Unione Europea destinata a ricomprendere, in un unico insieme, le diverse forme di collaborazione giudiziaria e di polizia in materia penale utilizzate dagli Stati membri.

La caratteristica più innovativa è costituita dalla nuova configurazione dell'Unione Europea come istituzione fondata su una struttura tripolare consistente in un primo pilastro che ricomprende il settore comunitario (*ossia quello che include la Comunità Europea e la oggi esaurita Comunità del carbone e dell'acciaio e la Comunità dell'energia atomica*), in un secondo riguardante, invece, la cooperazione in politica estera e di sicurezza comune (PESC) e, infine, in un terzo, concernente la giustizia e gli affari interni (GAI).

Si crea in tal modo un sistema tendenzialmente completo, con un ambito di applicazione ben preciso, che disciplina il ruolo degli Stati membri e delle istituzioni comunitarie e che prevede, *ex novo,* una serie di atti giuridici tipici attraverso i quali realizzare la cooperazione (azioni comuni, posizioni comuni, e convenzioni)[53].

La scelta di non includere all'interno del riformato Trattato CE i settori della cooperazione giudiziaria in materia penale e di polizia, e la conseguente creazione di un terzo pilastro è, con ogni evidenza, dettata dall'esigenza di mantenere ad un livello sostanzialmente intergovernativo materie che da sempre interferivano con la sovranità nazionale.

---

[52] Il termine "sovranazionale", in questa sede, si vuole utilizzare nel suo senso lato e generico, così da includere ogni organizzazione, strumento, attività «che trascende considerazioni e fini puramente nazionali, che supera le divisioni di carattere nazionale», nonché le normative varate allo stesso fine. Cfr. voce "*Sovrannazionale*" (o sovranazionale; anche soprannazionale o sopranazionale), in Treccani.it. V. anche A. BERNARDI, *Il difficile rapporto tra fonti interne e fonti sovranazionali,* in *La crisi della legalità. Il "sistema vivente" delle fonti penali,* Napoli, ESI, 2016, 10.

[53] Tutti atti, peraltro, privi di effetti direttamente vincolanti per gli Stati membri. Cfr. E. APRILE, *Diritto processuale penale europeo ed internazionale*, Padova, Cedam, 2007, 87.

Con il Trattato di Maastricht, pertanto, venne formalmente introdotta la cooperazione giudiziaria in materia penale all'interno del diritto dell'Unione Europea, prevedendo una cooperazione tra gli Stati nei settori di giustizia e degli affari interni propri del c.d. "terzo pilastro".

Non si può, tuttavia, ancora parlare di "*comunitarizzazione*" della cooperazione, bensì di mera istituzionalizzazione della stessa.

La differenza sostanziale introdotta dal Trattato del 92, infatti, fu quella di affidare la gestione del "settore cooperazione" alle istituzioni comunitarie.

Difatti, la struttura del terzo pilastro, ispirata a quella della politica estera e di sicurezza comune, assegnava alle istituzioni comunitarie soltanto un ruolo limitato, privandole dell'effettiva possibilità di controllare le decisioni degli Stati membri[54].

Le prime significative azioni comuni dell'Unione Europea, concernenti l'appartenenza ad una organizzazione criminale, la corruzione nel settore privato, la lotta al riciclaggio e la confisca dei proventi del reato nonché, ancora

[54] La Corte di Giustizia era competente per l'interpretazione delle convenzioni unicamente se ciò fosse espressamente previsto da una clausola della convenzione (o dell'atto in questione), il Parlamento europeo poteva essere consultato dal Consiglio (ma per lo più è stato soltanto informato) la Commissione europea aveva un diritto di iniziativa limitato a determinate materie e pur sempre in condivisione con gli Stati membri e, infine, il Consiglio peccava del frequente effetto paralisi determinato dall'obbligo di decidere all'unanimità. Per altro verso, inoltre, non può farsi a meno di sottolineare che, anche successivamente al Trattato di Maastricht, furono a lungo utilizzati i tradizionali "metodi convenzionali" già adottati nel quadro del Consiglio d'Europa, diretti ad integrare le Convenzioni europee di estradizione e di assistenza giudiziaria, una serie di altri strumenti non vincolanti quali risoluzioni, dichiarazioni, etc. (si pensi, a mero titolo esemplificativo, alla Convenzione relativa alla procedura semplificata di estradizione tra gli Stati membri dell'Unione europea adottata il 10 marzo 1995 (pubblicata in GU n. C 78 del 30 marzo 1995), alla Convenzione relativa all'estradizione tra gli Stati Membri dell'Unione europea adottata il 27 settembre 1996 (pubblicata in GU. n. C 313 del 23 ottobre 1996), nonché, ancora, alla Risoluzione sulla protezione dei testimoni nel quadro della lotta contro la criminalità organizzata internazionale del 23 novembre 1995 (pubblicata in GU. n. C. 329 del 4 novembre 1996), alla Risoluzione sui collaboratori di giustizia del 20 dicembre 1996 (pubblicata in GU n. C 10 dell'11 gennaio 1997) e alla Risoluzione del 21 dicembre 1998 sulla prevenzione della criminalità organizzata, (pubblicata in GU n. C. 408 del 29 dicembre 1998) nonché documenti programmatici contenenti, da un lato, obiettivi dettagliati da raggiungere entro un determinato periodo, e, dall'altro, le priorità della cooperazione nel settore giustizia affari interni per il periodo dal 1 luglio 1996 al 30 giugno 1998. Tra questi, assume una rilevante importanza, ad esempio, il "Piano di azione contro la criminalità organizzata" adottato dal Consiglio il 28 aprile 1997.

quella istitutiva della Rete Giudiziaria Europea per la cooperazione penale,[55] vennero deliberate, peraltro, solo a partire dal 1998.

Quanto dedotto ci può far ragionevolmente affermare, quindi, che il Trattato di Maastricht si è dimostrato un esperimento si ambizioso ma al contempo incompiuto.

Nonostante il lodevole sforzo di dotare la cooperazione in materia penale tra Stati membri di una struttura istituzionale, senza volersi soffermare adesso sull'assunto che quanto attuato con il Trattato del 1992 sia andato a discapito dell'incisività, della democraticità e della trasparenza dell'azione dell'Unione, non può non rilevarsi che l'assenza di un controllo parlamentare e giurisdizionale (da parte della Corte di Giustizia) e l'incerta efficacia degli strumenti normativi adottati, abbiano indiscutibilmente reso il terzo pilastro di ambito sostanzialmente intergovernativo.

Ciò ha fatto sì che, al fine di attribuire un ruolo più centrale all'Unione Europea in materia di giustizia e sicurezza comune, emergesse l'ormai indifferibile esigenza di prevenire e contrastare la criminalità transnazionale con uno sforzo che potesse realmente considerarsi "congiunto", nonché quella ulteriore di elaborare degli interventi di vera e propria armonizzazione normativa (a livello europeo) dei diritti penali nazionali.

Si arrivò, così, a quella che realmente può essere definita la svolta decisiva nella cooperazione giudiziaria in materia penale, avvenuta nel 1997 con la firma del Trattato di Amsterdam[56], orientato a modificare la cooperazione in materia di giustizia e di affari interni attraverso la creazione uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia dalle ambizioni più ampie e meglio definite ma, soprattutto, dai metodi più efficaci e nel quale il ruolo delle istituzioni fosse inquadrato in maniera più equilibrata.

Le ambizioni del Trattato del 1997 emergono già dai primi articoli del testo, nei quali si può leggere l'obiettivo di uno "spazio di libertà, sicurezza e

[55] Cfr. i testi pubblicati rispettivamente in GU n. L 351 del 29 dicembre 1998; GU n. L 358 del 31 dicembre 1998; GU n. L 333 del 9 dicembre 1998; GU n. L 191 del 7 luglio 1998.

[56] Sottoscritto ad Amsterdam il 2 ottobre 1997, pubblicato in GU n. C 340 del 10 novembre 1997 ed entrato in vigore il 1° maggio 1999.

giustizia in cui sia assicurata [...] la prevenzione della criminalità e la lotta contro quest'ultima" grazie a "[...] un livello elevato di sicurezza, sviluppando tra gli Stati membri un'azione comune nel settore della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale, prevedendo e reprimendo il razzismo e la xenofobia"[57].

In particolare, negli artt. 29 ss. del TUE vennero indicate le nuove disposizioni sulla cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale ponendo l'accento su una concreta collaborazione tra gli Stati membri che si realizzasse tramite la prevenzione e la repressione "[...] della criminalità organizzata o di altro tipo, in particolare il terrorismo, la tratta degli esseri umani ed i reati contro i minori, il traffico illecito di droga e di armi, la corruzione e la frode" mediante "[...] una più stretta cooperazione tra le autorità giudiziarie e le altre autorità competenti degli Stati membri a norma dell'art. 31, lett. da a) a d) e 32 e il riavvicinamento, ove necessario, delle normative degli Stati membri in materia penale, a norma degli art. 31 lett. c)".

Tutto ciò, peraltro, a fronte dell'utilizzo di strumenti comuni la cui applicazione sarebbe avvenuta in ogni caso nella più rispettosa "garanzia della compatibilità delle normative applicabili negli Stati membri, nella misura necessaria per migliorare la suddetta cooperazione" e "la progressiva adozione di misure per la fissazione di norme minime relative agli elementi costitutivi dei reati e alle sanzioni, per quanto riguarda la criminalità organizzata, il terrorismo e il traffico illecito di stupefacenti"[58].

Per la prima volta, quindi, si parlò esplicitamente di armonizzazione legislativa, sebbene limitatamente ai soli settori della criminalità organizzata, del terrorismo e del traffico illecito di stupefacenti.

Secondo il disposto dell'art. 31 TUE l'azione dell'Unione Europea in campo penale si sarebbe articolata: "a) nella facilitazione e accelerazione della cooperazione tra i ministeri competenti e le autorità giudiziarie o autorità omologhe degli Stati membri in relazione ai procedimenti e all'esecuzione

[57] Rispettivamente artt. 3 e 29 TUE.
[58] Cfr. art. 31 TUE, lett. c) e lett. e).

delle decisioni; b) nella facilitazione dell'estradizione fra Stati membri; c) nella garanzia della compatibilità delle normative applicabili negli Stati membri, nella misura necessaria per migliorare la suddetta cooperazione; d) nella prevenzione dei conflitti di giurisdizione tra Stati membri; e) nella progressiva adozione di misure per la fissazione di norme minime relative agli elementi costituivi dei reati e alle sanzioni, per quanto riguarda la criminalità organizzata, il terrorismo e il traffico illecito di stupefacenti".

Il Trattato, come ritenuto poc'anzi, circoscrisse l'ambito del ravvicinamento delle legislazioni a tre soli settori: la criminalità organizzata, il terrorismo ed il traffico illecito di stupefacenti (art. 31 TUE).

Un'interpretazione estensiva di tali nozioni, prevista da alcuni documenti programmatici quali il Piano di Azione di Vienna e le Conclusioni di Tampere, consentì, tuttavia, all'Unione Europea di intervenire in settori più vasti[59].

Peraltro, il successivo art. 32 TUE apriva la possibilità anche per le autorità giudiziarie competenti nel settore della cooperazione in materia penale (oltre a quella di polizia) di "[...] operare nel territorio di un altro Stato membro

[59] Si veda, *ex multis*, la Decisione quadro contro la falsificazione di monete in relazione all'introduzione dell'euro (Decisione quadro relativa al rafforzamento della tutela per mezzo di sanzioni penali e altre sanzioni contro la falsificazione di monete in relazione all'introduzione dell'euro, del 29 maggio 2000, in GU n. L 140 del 14 giugno 2000) che, dopo aver individuato negli artt. da 3 a 5 una serie di condotte che devono essere vietate dagli Stati Membri (contraffazione di monete, immissione in circolazione di denaro contraffatto, etc.), dispone che la pena massima per tali reati non possa essere inferiore a otto anni di reclusione (art. 6) e prevede, altresì, la responsabilità penale delle persone giuridiche (artt. 7 e 8); ancora, nella Decisione quadro contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pornografia infantile (Decisione quadro relativa alla lotta contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pornografia infantile, del 22 dicembre 2003, in GU n. L 13 del 20 gennaio 2004) i primi articolicontengono puntuali definizioni relative agli elementi costitutivi del reato di pornografia infantile e dei reati ad esso connessi; ulteriori esempi sono la Decisione quadro contro la il traffico illecito di stupefacenti (Decisione quadro riguardante la fissazione di norme minime relative agli elementi costitutivi dei reati e alle sanzioni applicabili in materia di traffico illecitodi stupefacenti, del 25 ottobre 2004, in GU n. L 335 dell'11 novembre 2004) e la Decisione quadro contro la tratta degli esseri umani (Decisione quadro sulla lotta alla tratta degli esseri umani, del 19 luglio 2002, in GU n. L 203 del giorno 1agosto 2002) la quale prevede la definizione dei reati relativi alla tratta degli esseri umani a fini di sfruttamento di manodopera osessuale, definisce pene e circostanze aggravanti, prevede la responsabilità delle persone giuridiche con le sanzioni a esse applicabili e richiede che ciascuno Stato Membro adotti le misure necessarie per sanzionare tali reati nel proprio ordinamento.

in collegamento e d'intesa con le autorità di quest'ultimo" conferendo al Consiglio il potere di stabilire le relative condizioni e limiti.

É evidente, pertanto, che proprio con il Trattato di Amsterdam furono gettate le basi per un embrione di attività di cooperazione extraterritoriale tra i magistrati nazionali.

L'obiettivo di un reale ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri venne raggiunto sostituendo l'utilizzo delle azioni comuni con le c.d. "decisioni quadro" vincolanti quanto al risultato da ottenere, salva restando la libertà per gli Stati membri di scelta della forma e dei mezzi con cui attuare le prescrizioni dettate[60].

Tale ravvicinamento poteva comportare "se necessario" e, quindi, come *extrema ratio*, "la progressiva adozione di misure per la fissazione di norme minime relative agli elementi costituivi dei reati e alle sanzioni" (art. 31 TUE); disposizione, all'epoca, fortemente lungimirante.

È evidente che il Consiglio abbia usufruito di un'interpretazione estensiva dell'art. 31 lett. e) TUE in più di un'occasione.

Si pensi, quale esempio certamente significativo, alla Decisione quadro sul terrorismo del 13 giugno 2002[61] che non solo fornisce una precisa definizione di organizzazione terroristica quale "associazione strutturata di due o più persone, stabilita nel tempo, che agisce in modo concertato allo scopo di commettere dei reati terroristici"[62], ma prevede che gli Stati membri adottino le

[60] Pare d'obbligo precisare che non sempre il ravvicinamento delle legislazioni ha assunto lo stesso significato. Difatti, fino al Trattato di Lisbona si parlava di un'operazione di uniformazione delle legislazioni degli Stati Membri. Concetto che richiama un'attività di ravvicinamento legislativo piuttosto intensa. Oggi, a seguito del Trattato di Lisbona, invece, si parla più genericamente di un'operazione di "armonizzazione". Non si pretende più, pertanto, un riavvicinamento che pervenga ad una perfetta uniformità delle legislazioni dei Paesi appartenenti all'Unione. Ciò che è necessario, infatti, è che lo *standard* di uniformità sia tale daconsentire la realizzazione degli obiettivi dell'Unione e, in particolare, di quelli connessi alla materia della cooperazione giudiziaria e di polizia.

[61] Decisione quadro sulla lotta contro il terrorismo 2002/475/GAI del 13 giugno 2002, pubblicata in GU n. L. 164 del 22 giugno 2002.

[62] L'art. 2 della Decisione quadro del 13 giugno 2002 si spinge al punto di precisare gli elementi costitutivi dell'associazione terroristica: "Il termine associazione strutturata designa una associazione che non si è costituita fortuitamente per la commissione estemporanea di un

"misure necessarie" ad assicurare che il reato di terrorismo sia punito e, a tal fine, individua, in maniera puntuale, condotte delle quali vengono definiti sia gli elementi materiali (che spaziano dal sequestro di persona al dirottamento, alla fabbricazione e detenzione di armi da fuoco etc.), che quelli psicologici (il dolo specifico di intimidire la popolazione, di operare una indebita coercizione ai danni dei pubblici poteri, etc.).

Con riferimento all'esempio appena citato, il Consiglio non si è, dunque, limitato ad indicare "misure per la fissazione di norme minime" relative agli elementi costituivi dei reati ma si è, addirittura, spinto a definirli puntualmente. Come se questo non bastasse, la medesima Decisione quadro prevedeva, inoltre, che i reati di stampo terroristico fossero puniti in modo più severo rispetto ai normali reati e che coloro i quali dirigono ovvero partecipano ad una organizzazione terroristica, dovessero essere puniti con una pena non inferiore nel massimo rispettivamente a quindici e otto anni di reclusione.

Tale disposizione non solo incide inevitabilmente in modo diretto sulla politica criminale dei singoli Stati membri, ma potrebbe non rispondere ai criteri di proporzionalità insiti nelle scelte penalistiche dei legislatori nazionali.

La finalità di ravvicinamento delle legislazioni, peraltro, non venne limitata al diritto sostanziale. Difatti l'art. 31, comma 1, lett. c) del TUE prevedeva, in termini tanto generali da ricondurre anche disposizioni di carattere processuale, l'adozione di norme dirette a garantire "la compatibilità delle normative applicabili negli Stati membri, nella misura necessaria per migliorare la cooperazione". In tale novero sembrano potersi ricondurre decisioni quadro come, ad esempio, quella sul riciclaggio di denaro e la ricerca, sequestro e confisca dei proventi di reato[63] o quella relativa alla posizione della vittima nel procedimento penale[64] o, ancora, la proposta di Decisione quadro[65] della

reato e che non deve necessariamente prevedere ruoli formalmente definiti per i suoi membri, continuità nella composizione o una struttura articolata".

[63] Decisione quadro 2001/500/GAI del 26 giugno 2001, in GU n. L 182 del 5 luglio 2001.

[64] Decisione quadro 2001/220/GAI del 15 marzo 2001, in GU n. L 82 del 22 marzo 2004.

[65] La proposta iniziale di Decisione quadro del Consiglio sulle garanzie procedurali nei procedimenti penali, presentata dalla Commissione nel 2004, è stata bloccata a causa delle opinioni divergenti delle delegazioni nazionali. In particolare, l'assenza del raggiungimento di

Commissione Europea relativa all'introduzione di *standards* minimi di garanzie procedurali all'interno degli ordinamenti degli Stati membri avente l'obiettivo di rafforzare la protezione dei diritti dei cittadini, mediante l'approvazione di alcune norme minime comuni capaci di offrire un livello equivalente di protezione a sospettati ed accusati in tutto il territorio dell'Unione Europea (nonché assicurare, attraverso il rafforzamento della reciproca fiducia, anche l'effettivo funzionamento del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie).

Le cc.dd. azioni comuni, protagoniste delle esperienze legislative pre-Amsterdam, vennero sostituite anche da un altro strumento legislativo: le c.d. decisioni.

Tali provvedimenti erano destinati ad un utilizzo residuale volti a perseguire "qualsiasi altro scopo coerente con gli obiettivi" (art. 34 lett. b) TUE) del Titolo VI, con l'esclusione del ravvicinamento delle legislazioni.

---

un accordo politico sulla proposta era causato, come spesso ancora oggi accade, dalle diverse concezioni nazionali di alcuni di questi diritti e della resistenza di alcuni Stati membri a cedere all'Unione un così sensibile frammento di sovranità nazionale. Nel novembre 2009, tuttavia, il Consiglio ha adottato una tabella di marcia per il rafforzamento dei diritti procedurali di indagati e imputati nei procedimenti penali, invitando altresì la Commissione ad avanzare proposte puntuali sul tema. La tabella di marcia individuava sei ambiti principali nei quali auspicarsi iniziative legislative o di altro tipo: traduzione e interpretazione; informazioni relative ai diritti e all'accusa; consulenza e assistenza a livello legale; comunicazione con familiari, datori di lavoro e autorità consolari; garanzie speciali per indagati o imputati vulnerabili; detenzione preventiva. La storia dell'introduzione di standard minimi di garanzie processuali per tutti gli Stati membri, di fatti, non si concluse con una semplice proposta di Decisione quadro non andata a buon fine. Per fare alcuni esempi, successivamente, nell'ottobre2010 il Parlamento e il Consiglio hanno adottato una Direttiva sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali (Direttiva 2010/64/UE) e nel maggio 2012 il Parlamento e il Consiglio hanno adottato la successiva Direttiva 2012/13/UE sul diritto all'informazione nei procedimenti penali (la cosiddetta «comunicazione dei diritti»). Ancora, le garanzie processuali, vennero implementate grazie ad ulteriori direttive quali quella dell'ottobre 2013, la 2013/48/UE, relativa al diritto di avvalersi di un difensore nel procedimento penale e al diritto di comunicare al momento dell'arresto. Peraltro il 27 novembre 2013 la Commissione presentò un pacchetto di proposte legislative a completamentodella tabella di marcia sulle garanzie procedurali e dopo alcuni anni, nel marzo 2016 il Parlamento e il Consiglio hanno adottato la Direttiva (UE) 2016/343 sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali e, successivamente, nel maggio 2016 la Direttiva (UE) 2016/800 sulle garanzie procedurali per i minori indagati o imputati nei procedimenti penali. In tema di diritti e garanzie processuali si veda M. JIMENO BULNES, *Brexit and the Future of European Criminal Law – A Spanish Perspective*, cit. 340-344.

É di assoluta evidenza l'importanza di strumenti come questi, derivante, non solo, dalla loro intrinseca finalità di armonizzazione e ravvicinamento delle legislazioni proprie dei singoli Stati membri, bensì, soprattutto, dall'esplicita previsione della loro obbligatorietà[66] (ancorché privi di efficacia diretta).

Ancora, nel tentativo di avvicinare i meccanismi del terzo pilastro al diritto comunitario e di limitarne, in tal modo, il carattere della intergovernatività, il Trattato di Amsterdam procedette anche ad una profonda riforma del ruolo e dei poteri conferiti alle istituzioni dal Titolo VI[67].

I risultati conseguiti dall'Unione Europea in campo penale con gli strumenti messi a disposizione dal Trattato di Amsterdam si sono dimostrati di assoluto rilievo, soprattutto se paragonati a quelli indubbiamente più modesti degli anni precedenti.

Ciò in ragione di una sempre più forte volontà degli Stati di cooperare tra loro e, quindi, dell'introduzione di strumenti ancor più efficienti ed efficaci.

Prima di porre una dettagliata analisi del Trattato di Lisbona, preme soffermarsi su un'altra fondamentale tappa della cooperazione giudiziaria (termine, in questa sede, da riferirsi nel suo significato più tecnico): il Consiglio europeo di Tampere del 15 e 16 ottobre 1999.

La centralità del Consiglio di Tampere risiede, infatti, proprio nell'aver posto le basi per le prassi di mutuo riconoscimento dei provvedimenti penali, attività di cooperazione giudiziaria che oggi mantiene il primato nella lotta alla criminalità transnazionale.

In particolare, in quella sede, il Consiglio Europeo invitò gli Stati membri a ratificare il più rapidamente possibile le Convenzioni del 1995 e del 1996 emanate in materia di estradizione, sull'assunto che la procedura formale di estradizione dovesse essere abolita, tra gli Stati Membri, per quanto riguarda le

[66] Vedi art. 34 lett. b) e c) TUE.

[67] In particolare, le novità più significative sembrano registrarsi in relazione al ruolo ed alle competenze della Corte di Giustizia delle Comunità europee la quale, ai sensi dell'art. 35 TUE, si vide riconosciuta quella a pronunciarsi in via pregiudiziale sulla validità o l'interpretazione delle decisioni e delle decisioni quadro, sull'interpretazione delle Convenzioni e sulla validità e sull'interpretazione delle misure di applicazione.

persone che si sottraggono alla giustizia dopo essere state condannate definitivamente, ed essere sostituita dal semplice trasferimento di tali persone, in conformità dell'articolo 6 del TUE. In quell'occasione venne, inoltre, sancito che il principio del reciproco riconoscimento dovesse altresì applicarsi alle ordinanze preliminari e, in particolare, a quelle che permettono alle autorità competenti di procedere rapidamente ai provvedimenti di sequestro probatorio e di confisca di beni facilmente trasferibili. Inoltre, per quel che in questa sede assume maggior interesse, ebbe modo di pronunciarsi anche in merito alla materia della trasmissione delle prove, prevedendo che le prove legalmente raccolte dalle autorità di uno Stato membro dovessero essere ammissibili dinanzi ai tribunali degli altri Stati membri, tenuto conto delle norme ivi applicabili.

Infine, alla luce di tali premesse, il Consiglio europeo invitò il Consiglio e la Commissione ad adottare, entro il dicembre 2000, un programma di misure volte, da un lato, all'attuazione del principio del reciproco riconoscimento, che prevedesse l'avvio di lavori per pervenire ad una sorta di Titolo esecutivo europeo e, dall'altro, allo studio degli aspetti del diritto prettamente processuale, finalizzato alla previsione di norme minime comuni che facilitassero l'applicazione di detto meccanismo nel rispetto dei principi giuridici fondamentali degli Stati membri[68].

I.2.2 Il cammino verso il primo germe di diritto penale europeo. Il fallimento del Trattato per una nuova Costituzione e la firma del Trattato di Lisbona.

Le questioni lasciate in sospeso dal Trattato di Amsterdam avrebbero dovuto essere risolte nell'ambito del Trattato di Nizza[69] firmato nel 2001 ed entrato in vigore nel febbraio di due anni dopo.

[68] Per una definizione del mutuo riconoscimento, M. DANIELE, *Ricerca e formazione della prova*, cit., 459; O. MAZZA, *Il principio del mutuo riconoscimento, la mancata armonizzazione e il mito taumaturgico della giurisprudenza europea*, in Id., *Il garantismo al tempo del giusto processo*, Milano, 2011, 55 e segg.; A. MARANDOLA, *Reciproco riconoscimento*, in AA.VV., Cooperazione giudiziaria penale (a cura di A. Marandola), Milano, 2018, 861 e segg.; G. MELILLO, *Il mutuo riconoscimento e la circolazione della prova*, in AA.VV., *L'area di libertà sicurezza e giustizia: alla ricerca di un equilibrio fra priorità repressive ed esigenze di garanzia*, Milano, 2007, 466 e segg.; A. GAUDIERI, *Opposizione al decreto di riconoscimento dell'ordine europeo di sequestro: scenari*, in Giurisprudenza Italiana Vol. Agosto-Settembre 2020 p. 2024 e ss.; C. RODRÍGUEZ MEDEL NIETO, *Obtención y admisibilidad en España de la prueba transfronteriza: de las comisiones rogatorias a la orden europea de investigación*, cit., 223 ss.

[69] Pubblicato in GU n. C/80 del 10 marzo 2001.

La finalità del Trattato citato era, infatti, quella di rendere più efficienti e legittime le istituzioni dell'Unione e porre le basi per il suo prossimo grande allargamento conformemente alle conclusioni del Consiglio europeo di Helsinki del 1999[70], dal quale era emerso che l'Unione Europea doveva essere in grado di accogliere come nuovi Stati membri i Paesi candidati pronti per l'adesione a partire dalla fine del 2002.

Non essendo portatore di rilevanti cambiamenti - per quanto in questa possa interessare - il Trattato di Nizza merita di essere tenuto in considerazione nell'analisi dell'evoluzione della cooperazione giudiziaria penale essenzialmente per un motivo: aver posto le basi per il progetto di Trattato per una Costituzione Europea.

Sulla base della dichiarazione n. 23 allegata al Trattato di Nizza, infatti, il Consiglio europeo di Laeken del 14 e 15 dicembre 2001 aveva deciso di concludere una Convenzione[71] che riunisse i principali attori interessati al dibattito sul futuro dell'Unione Europea. Tale atto avrebbe avuto l'obiettivo di preparare la successiva conferenza intergovernativa nel modo più trasparente possibile, affrontando le quattro grandi questioni legate allo sviluppo dell'Unione ovverosia: una migliore ripartizione delle competenze, la semplificazione degli strumenti operativi all'interno dell'Unione, una maggiore democrazia, trasparenza ed efficacia nell'operato dell'Unione e, infine, l'elaborazione di una Costituzione per i cittadini europei[72].

Il lungo e travagliato processo di adozione della Costituzione europea, abbandonato definitivamente dal Consiglio di Bruxelles del 21 e 22 giugno

[70] Il cui testo è reperibile nella sua versione integrale comprensiva degli allegati presso la banca dati dell'*Europea Parliament* (vedi. www.europarl.europa.eu). Per un commento sul Trattato si rimanda a M. JIMENO BULNES, *La reforma jurisdiccional del Tratado de Niza*, in Boletín del Ministerio de Justicia n. 1917, 2002, 1681-1700.

[71] Meglio conosciuta come Convenzione europea (o Convenzione sul futuro dell'Europa). Tale organo predispose il Progetto di Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa, meglio conosciuto come Progetto di Costituzione europea, consegnandolo il 18 luglio 2003 alla presidenza italiana della UE perché fosse discusso e negoziato in sede di Conferenza Intergovernativa (CIG).

[72] Con riferimento alla proposta di una Costituzione europea interessante il contributo di M. BARGIS, *Costituzione per l'Europa e cooperazione giudiziaria in materia penale*, in Riv. it. dir. e proc. pen., 2005, 1, 144 ss.

2007[73], riveste profonda importanza alla luce del suo intento di riformare profondamente i rapporti tra ordinamento europeo e diritto penale.

In primo luogo, fra i punti chiave del Progetto, si incontra l'eliminazione della divisione per pilastri. La creazione di uno "Spazio dilibertà di sicurezza e di giustizia"[74] sarebbe dovuta diventare, difatti, il punto di riferimento di tutte le disposizioni che nei precedenti Trattati erano state suddivise tra il primo ed il terzo pilastro.

Ulteriore punto di forza era costituito dalla previsione dell'abolizione dei controlli alle frontiere, da una maggiore attenzione alle materie di asilo e di immigrazione, dall'attenzione all'implementazione della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia civile e penale, dalla prevenzione alla criminalità transnazionale e, ancora una volta, dal riavvicinamento delle legislazioni in materia penale.

L'eliminazione della divisione in pilastri, come meglio si vedrà di seguito, lungi dall'essere meramente una risistemazione delle materie sopra elencate all'interno della Costituzione, avrebbe prodotto una serie di conseguenze di non poco rilievo.

In primo luogo, tutta la materia relativa allo "spazio di libertà sicurezza e giustizia" sarebbe stata sottoposta al principio di preminenza del diritto dell'Unione Europea sul diritto nazionale (art. I-6)[75], in secondo luogo ne sarebbe stato condizionato anche l'"esercizio delle competenze da parte degli Stati membri in quanto, trattandosi di materia a competenza concorrente, questi ultimi avrebbero potuto validamente operare solo in assenza di intervento della Unione stessa[76].

Ancora, il controllo della Corte di Giustizia sulla materia sarebbe

[73] Cfr. 11177/1/07 REV 1, reperibile in www.consilium.europa.eu.

[74] Cfr. art. I-42 della parte I ed il capo IV della parte II.

[75] L'art. I-6 affermava, infatti, che "La Costituzione e il diritto adottato dalle istituzioni dell'Unione nell'esercizio delle competenze a questa attribuite prevalgono sul diritto degli Stati membri". È interessante notare che la prevalenza del diritto dell'Unione europea è stataintrodotta per la prima volta in Italia con la recente riforma del Libro XI del codice diprocedura penale, attraverso una modifica dell'art. 696 c.p.p.

[76] L'art. I-12 prevedeva, in particolare, che nei casi in cui la Costituzione attribuisce all'Unione una competenza concorrente con quella degli Stati membri, entrambi possono legiferare e adottare atti giuridicamente vincolanti in tale settore. Con la precisazione che gli Stati membri

diventato ordinario e non più ristretto in base alle limitazioni contenute nelle norme del terzo pilastro e tutta la materia sarebbe stata sottoposta al processo legislativo ordinario secondo la regola del voto a maggioranza qualificata nel Consiglio.

Altra circostanza di non poco rilievo è data dalla previsione dell'inserimento della Carta europea dei diritti fondamentali dell'uomo all'interno della Costituzione, quale simbolo della volontà dell'Unione di riconoscere efficacia giuridica vincolante a siffatti principi.

Circostanza, questa, che non deve destare stupore anche alla luce del frequente richiamo dei medesimi diritti da parte della Corte di Giustizia[77].

Tale inserimento avrebbe reso possibile l'elaborazione di un sistema penale europeo sostenuto, una volta per tutte, da una base giuridica.

Il processo di formazione della Costituzione europea subì prima decisivi rallentamenti a seguito degli esiti negativi dei referendum in Francia ed in Olanda, per poi essere definitivamente abbandonato nel 2007.

Difatti, forti rilievi critici sia in merito alla struttura che alle pretese aspirazioni costituzionali di tale Trattato, che avrebbero potuto provocare tensioni con gli ordinamenti nazionali, hanno acceso il dibattito politico e sospeso il processo di ratifica della Costituzione riapertosi solo nel giugno del 2007 a seguito del quale si assunse la decisione di convocare una Conferenza intergovernativa la quale elaborò un nuovo Trattato di riforma approvato durante il Consiglio di Lisbona del 18 e 19 ottobre 2007, successivamente firmato dagli Stati membri.

"esercitano la loro competenza nella misura in cui l'Unione non ha esercitato la propria o ha deciso di cessare di esercitarla".

[77] Ciò ci consente di aderire alla tesi per cui i principi generali del diritto comunitario avevano la capacità di incidere sia sulle incriminazioni, sia sulle sanzioni, sia anche in misura più ridotta, sui sistemi processuali nazionali. Dello stesso parere G. GRASSO, *La protezione dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario e i suoi riflessi sui sistemi penali nazionali negli stati membri*, in Riv. Int. Dir. dell'uomo, 1991, 619 ss. A titolo esemplificativo si pensi al principio di legalità richiamato nel caso Kirk o, ancora, al principio di retroattività della legge più favorevole al reo nel caso Berlusconi (rispettivamente Corte Giust., 10 luglio 1984, causa C 63/83 in Raccolta 1984, 2718; Corte di Giustizia, 3 maggio 2005, cause riunite, C-74/95 e C-129/95, in Raccolta 1996, I-6609); Da ultimo C. DE LUCA, *La Corte di giustizia si pronuncia nuovamente sull'ordine europeo di indagine penale: la tutela dei diritti fondamentali prevale sull'efficienza investigativa*, in Sistema Penale (web), 9 marzo 2022.

Il Trattato di Lisbona[78], successivo al fallimento del Trattato per una nuova Costituzione, con le sue dirompenti novità, aprì una nuova fase dei rapporti tra il diritto dell'Unione Europea e il diritto penale[79]. Deve sottolinearsi che, tra le previsioni presenti al suo interno, se ne riscontrano svariate il cui contenuto era stato, peraltro, anticipato da alcune sentenze della Corte di Giustizia[80] le quali avevano ridisegnato il ruolo delterzo pilastro (e i rapporti tra questo ed il primo).

In primo luogo, ci si riferisce all'affermazione che il principio dell'interpretazione conforme dovesse valere anche in relazione agli atti del terzo pilastro e, in particolare, alla luce del loro carattere vincolante, delle decisioni quadro. Inoltre, venne previsto che le istituzioni comunitarie avessero una c.d. competenza penale (quantomeno) indiretta grazie all'imposizione agli Stati di introdurre sanzioni penali nella legislazione interna in tutti quei settori normativi rientranti nelle politiche europee[81].

Ebbene, congiuntamente a quanto sancito dalle suddette pronunce della Corte di Giustizia, al Trattato di Lisbona, si è attribuito il significato di aver segnato "il passaggio da un diritto penale europeo inteso quale forma sintetica delle diverse forme di incidenza del diritto comunitario sul diritto penale nazionale […] ad un primo germe di vero e proprio diritto penale dell'Unione Europea"[82].

---

[78] Trattato di riforma firmato a Lisbona il 13 dicembre 2007, composto dal Trattato dell'Unione europea (TUE) e dal Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE). Pubblicato in GU dell'Unione Europea n. 2007/C, C/306.

[79] L. PICOTTI, *Superamento della tecnica del c.d. doppio testo e tutela degli interessi europei*, in G. GRASSO, R. SICURELLA (a cura di), *Per un rilancio del progetto europeo. Esigenze di tutela degli interessi comunitari e nuove strategie di integrazione penale*, Milano, Giuffré, 2008, 331 ss.

[80] Quali, in particolare, Corte Giust., 16 giugno 2005, causa C-105/03 (Pupino)

[81] Cfr. G. GRASSO, *Il Trattato di Lisbona e le nuove competenze penali*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, Jovene, 2011, IV, 2315-2316.

[82] R. SICURELLA, *"Eppur si muove" alla ricerca di un nuovo equilibrio nella dialettica tra legislatore comunitario e legislatore nazionale per la tutela degli interessi dell'Unione europea*, in G. GRASSO, R. SICURELLA (a cura di), *Per un rilancio del progetto europeo. Esigenze di tutela degli interessi comunitari e nuove strategie di integrazione penale*, cit., 283. G. TIBERI, *Le nuove fonti del diritto nella cooperazione giudiziaria in materia penale dopo il Trattato di Lisbona e il loro impatto sull'ordinamento interno*, in AA.VV., *La cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale nell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona* (a cura di T. RAFARACI), Milano, 2011, 13 e segg.; A. WEYEMBERGH, *Storia della cooperazione*, in AA.VV., Manuale di procedura penale europea, Torino, 2019, 207 e segg.

Per quanto riguarda la storia del Trattato di riforma, esso ha sostanzialmente due termini di riferimento: il Trattato costituzionale, da cui eredita la gran parte delle sue disposizioni, e i Trattati da riformare, nei quali inserisce, con qualche aggiunta e variazione, le disposizioni attinte dal primo.

In concreto, la riforma si risolve in una vasta pluralità di innesti del progetto di Trattato costituzionale nei trattati vigenti, con alcune esclusioni, alcuni spostamenti dal testo base ai protocolli o alle dichiarazioni e alcuni nuovi inserimenti, in particolare nell'ambito dello "spazio di libertà, sicurezza e giustizia".

L'architettura complessiva delle istituzioni, per le modifiche apportate ai procedimenti normativi e ai profili istituzionali, viene ridisegnata, con rilevanti conseguenze anche sui temi fondamentali del diritto penale sovranazionale e della cooperazione giudiziaria[83], sempre allo scopo di rafforzare l'efficienza e la legittimità democratica dell'Unione e la coerenza della sua azione esterna[84].

Pare, quindi, opportuno soffermarsi sulle modifiche di carattere generale innescate dal Trattato di Lisbona, indispensabili ai fini di un completo e corretto

---

Non solo. Il Trattato di Lisbona, oltre che segnare il passaggio dal diritto comunitario al diritto dell'Unione europea, ha anche avuto il ruolo fondamentale di dare personalità giuridica all'Unione. Il riconoscimento di personalità giuridica in capo all'Unione sia dall'art. 47 TUE, attraverso il quale sono gli Stati membri a individuare in quest'ultima un centro d'imputazione autonomo rispetto a loro stessi, sia dal principio di effettività che, a norma del diritto internazionale, presiede l'individuazione dei soggetti dell'ordinamento internazionale. Tale dato non pare di poca importanza alla luce del fatto che, quando un soggetto acquisisce personalità internazionale, esso può assumere obblighi e diritti disciplinati dal diritto internazionale.

[83] Per un approfondimento si vedano E. APRILE, F. SPIEZIA, *Cooperazione giudiziaria penale nell'Unione europea prima e dopo il Trattato di Lisbona*, Assago, Ipsoa, 2009; V. MUSACCHIO, *Il Trattato di Lisbona e le basi per un nuovo diritto penale europeo*, in Rivista penale, 2008, 5; S. ALLEGREZZA, *L'armonizzazione della prova penale alla luce del Trattato di Lisbona*, in Cass. Pen., 2008, 3882.

[84] Da un'analisi delle disposizioni del Trattato emerge che esso intende perseguire sostanzialmente quattro finalità: I) fissare i principi essenziali intorno ai quali ruoterà il funzionamento dell'unione, dando un ruolo centrale al tema della protezione dei diritti fondamentali; II) rafforzare la legittimità democratica del sistema; III) completare i percorsi istituzionali già avviati con i Trattati di Amsterdam e di Nizza; IV) migliorare l'azione esterna ed interna dell'Unione.

inquadramento dei profili attinenti alle nuove competenze penali dell'Unione Europea[85].

I.2.2.1 Il superamento della divisione in pilastri.

Il divario tra i pilastri era già stato ridimensionato dalle citate sentenze della Corte di Giustizia del 2005 come se, a seguito della disapprovazione olandese e francese del progetto costituzionale, la Corte volesse prendere in mano l'avanzamento dell'integrazione europea in un momento di stasi politica[86].

L'abbandono della suddivisione in pilastri consentì, in primo luogo, di superare il problema della mancanza di efficacia diretta degli atti emanati nelle materie del terzo pilastro, con la conseguenza che, misure adottate in questo settore, potessero essere invocate dai singoli cittadini dinanzi alle Corti nazionali[87].

Parimenti all'abolizione della divisione in pilastri, un'altra importante novità fu l'istituzionalizzazione del ruolo del Consiglio europeo il cui *iter* decisionale fu destinatario di radicali modifiche.

In primis quella sancita dall'art. 16 TUE che prevede, quale regola generale, il voto a maggioranza qualificata (riducendo così i casi in cui per l'approvazione di una proposta fosse necessaria l'unanimità).

Il Trattato intervenne anche sulla composizione e sulle competenze del Parlamento europeo, in particolar modo rafforzandone le prerogative grazie alla previsione della procedura di codecisione[88] quale procedura legislativa

[85] Pare opportuno precisare che, anche alla luce degli artt. 82 e 83 TFUE, non si può parlare in generale di competenze "penali". La materia penale, infatti, rimane di competenza degli Stati membri ma con le precisazioni in precedenza effettuate con riferimento al riavvicinamento delle legislazioni e alla differenza tra la materia penale sostanziale e quella processuale.

[86] Cfr. C. SOTIS, *Il Trattato di Lisbona e le competenze penali dell'Unione europea*, in Cass. Pen., 2010, 1150.

[87] Cfr. M. JIMENO BULNES, *La conclusión del Tratado de Lisboa: avances y concesiones en materia de cooperación judicial penal*, in Diario La Ley, Wolters Kluwer, 2008, 7023.

[88] Nella quale Parlamento e Consiglio sono posti su un piano di sostanziale parità.

ordinaria[89]. Venne così meno l'effetto che si collegava all'estensione delle competenze di terzo pilastro, che non consentiva un intervento adeguato al Parlamento europeo il quale deteneva una funzione meramente consultiva con la conseguenza che tale estensione ed i connessi vincoli che ne derivavano per i Parlamenti nazionali, non erano compensati da un corrispondente intervento del Parlamento europeo[90] a discapito di una concreta ed effettiva democraticità. Ulteriore cambiamento, derivante dall'abolizione della divisione in pilastri, fu l'accrescimento dei poteri della Corte di Giustizia, la quale ottenne giurisdizione su tutti gli atti adottati in materia di cooperazione giudiziaria[91] nonché (dal termine del periodo transitorio di cinque anni) sulle procedure di infrazione eventualmente promosse contro gli Stati membri nei casi di ritardata, ovvero non corretta, applicazione della materia.

Ebbene, come ritenuto da parte della dottrina[92], l'esistenza della divisione in pilastri - e, soprattutto, il presupposto delle competenze di terzo pilastro e, quindi, la difesa delle prerogative di sovranità degli Stati - avrebbe avuto senso solo se posta in essere al fine di mantenere un solido legame con la difesa delle prerogative di democraticità.

Ciò che si è potuto riscontrare è stato che, al contrario, a causa della marginalizzazione del ruolo del Parlamento europeo e della Corte di Giustizia, non bilanciata da una parallela responsabilità politica statale per le decisioni prese nell'ambito del terzo pilastro, si era determinato un affievolimento delle garanzie democratiche.

Pertanto, la futura attività normativa in materia di spazio di libertà, sicurezza e giustizia dispiegata mediante il procedimento legislativo ordinario (e, quindi, con il coinvolgimento del Parlamento europeo) avrebbe comportato certamente un maggior coinvolgimento democratico nel processo decisionale.

---

[89] Fatta eccezione per il settore della cooperazione di polizia e per i casi di adozione di misure di cooperazione operativa tra le autorità di polizia o ad essa assimiliate nei per i quali la procedura legislativa prevista è quella c.d. di consultazione.

[90] Cfr. G. GRASSO, *Il Trattato di Lisbona e le nuove competenze penali*, cit., 2318.

[91] Con esclusione di quanto concernente i meccanismi di *opt outs* per il Regno Unito, la Danimarca e l'Irlanda.

[92] Cfr. C. SOTIS, *Il Trattato di Lisbona e le competenze penali dell'Unione europea*, cit.

Peraltro, proprio alla luce dell'accresciuta vincolatività delle norme in materia penale, si condivide la posizione di quanti[93] hanno ritenuto che l'abolizione fosse stata pensata anche in vista delle possibili ripercussioni positive sulla sostanza delle norme espresse, nel senso che avrebbe comportato l'emanazione di norme più attente agli effetti derivanti dalla loro promulgazione.

I.2.2.2 Il valore giuridicamente vincolante della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

Accanto alle modifiche di cui si è parlato nei paragrafi precedenti, meritano di essere esaminate altre, non meno importanti.

Il Trattato intese anche fissare i principi essenziali intorno ai quali sarebbe ruotato il funzionamento dell'Unione, conferendo un ruolo centrale alla protezione dei diritti fondamentali grazie all'integrazione della Carta di Nizza nel diritto primario europeo e alla previsione di nuovi meccanismi di solidarietà che garantissero una migliore protezione dei cittadini dell'Unione.

Elemento di rilievo contenuto nel Trattato di Lisbona, infatti, è costituito dal riconoscimento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea di un valore giuridicamente vincolante, "pari a quello dei Trattati".

L'Unione Europea si dota, così, di un catalogo dei diritti fondamentali che diventa giuridicamente vincolante per l'Unione, le sue istituzioni, agenzie, organi, nonché per gli Stati membri[94].

Tale riconoscimento chiude la lunga evoluzione della tutela dei diritti fondamentali nel diritto dell'Unione Europea che li aveva visti assurgere, a livello giurisprudenziale, al rango di principi generali, per poi maturare il formale riconoscimento nel Trattato sull'Unione Europea e la loro ricezione all'interno della Carta proclamata a Nizza[95] e, infine, il conferimento esplicito

[93] C. SOTIS, *Il Trattato di Lisbona e le competenze penali dell'Unione europea*, op.cit.

[94] Scelta che era già stata prospettata in sede di Progetto di Costituzione per l'Europa, di cui la Carta di Nizza ne costituiva la seconda parte.

[95] Ancora G. GRASSO, *Il Trattato di Lisbona e le nuove competenze penali*, cit. 2319. Del resto, la recente introduzione del Titolo I-bis al Libro XI del Codice di procedura penale ha consentito di prevedere la tutela dei diritti fondamentali della persona nel mutuo riconoscimento con il nuovo art. 696-ter c.p.p. Per un commento all'articolo, A. MANGIARACINA, *Principi generali del mutuo riconoscimento*, in AA.VV., *Cooperazione giudiziaria penale* (a cura di A. Marandola), Milano, 2018, 9 e segg.

dello stesso valore giuridico dei Trattati (valore giuridicamente vincolante) con il Trattato di Lisbona.

Tale novità non è di certo di poco conto, in particolare alla luce del dettato dell'ultimo comma dell'art. 6 TUE il quale prevede che: "*I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali*".

Parrebbe, infatti, priva di senso, la necessità di tale specificazione alla luce del riconoscimento del valore vincolante della Carta.

Tuttavia, così non è.

Tale normae di chiusura sarebbe stata pensata per aprire il sistema di tutela dei diritti fondamentali[96] da parte dell'Unione agli sviluppi futuri che sarebbero potuti provenire in ragione del richiamo alle tradizioni costituzionali degli Stati membri[97].

Orbene, è ormai pacifico[98] che una lettura in combinato disposto tra l'art. 6 e la norma relativa all'ambito di applicazione della Carta, ovvero l'art. 51 della Carta dei diritti fondamentali[99] (il quale ultimo precisa che la Carta si applica

[96] Di tale soluzione si è, poi, avuta riprova negli anni in molteplici casi. Si pensi a mero Titolo esemplificativo, alla lunga strada che è stata percorsa per giungere al riconoscimento del principio di colpevolezza quale principio fondamentale in ragione della sua interrelazione con il principio di legalità ed il principio di garanzia. Per avere una visione dell'evoluzione giurisprudenziale cfr. Corte Giust., 10 luglio 1990, causa C-326/58, *Hansen*, in *Raccolta*, 2935-2936; Corte Edu, 20 gennaio 2009, *Sud fondi e altri c. Italia*; sentenza del *Bundesverfassungsgericht* del 30 giugno 2009 (paragrafo 364). Per un approfondimento sul tema vedi A. BERNARDI, *Strategie per l'armonizzazione dei sistemi penali europei*, in S. CANESTRARI, L. FOFFANI (a cura di), *Il diritto penale nella prospettiva europea. Quali politiche criminali per l'Europa*, Milano, Giuffré, 2005, 397 ss.

[97] Cfr. sul tema U. VILLANI, *I diritti fondamentali tra Carta di Nizza, Convenzione europea dei diritti dell'uomo e progetto di Costituzione europea* in Riv. Il diritto dell'Unione europea, 2004, 108; O. MAZZA, *Il processo che verrà: dal cognitivismo garantista al decisionismo efficientista*, in Arch. pen. (*Web*), 2, 2022.

[98] Tra tutte cfr. Corte Giust., 3 maggio 2007, causa C-303/05, *Advocatenvoor de Wereld*.

[99] Il cui testo completo recita: *"1. Le disposizioni della presente Carta si applicano alle istituzioni, organi e organismi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà, come pure agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione. Pertanto, isuddetti soggetti rispettano i diritti, osservano i principi e ne promuovono l'applicazionesecondo le rispettive competenze e nel rispetto dei limiti delle competenze conferite all'Unione nei trattati. 2.La presente Carta non estende l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione al*

agli Stati membri "esclusivamente in attuazione del diritto dell'Unione") imponga il rispetto dei diritti fondamentali anche in tutti quei casi in cui la normativa interna, pur non costituendo attuazione della normativa europea, venga comunque ad incidere in un'area di competenza dell'Unione o in settori già disciplinati dal diritto dell'"Unione[100].

I diritti fondamentali trovano, pertanto, tutela all'interno degli Stati membri ogniqualvolta vi sia un collegamento tra normativa interna e diritto europeo anche se non in termini di puntuale attuazione o esecuzione.

Ciò comporta una visione evidentemente estensiva della loro area di applicazione.

Ulteriore conseguenza, a cascata, è, quindi, l'influenza dei diritti fondamentali sia nella normativa di attuazione delle direttive europee in materia di spazio di libertà sicurezza e giustizia, sia relativamente alle previsioni di sanzioni amministrative europee che, infine, relativamente a tutto ciò che concerne i punti di collegamento tra il diritto europeo e quello penale.

Alla luce di quanto è stato oggetto di riflessione, pertanto, l'auspicata diffusione della tutela dei diritti fondamentali di provenienza "europea" nel sistema giuridico degli Stati membri può dirsi, evidentemente, garanzia di un innalzamento della loro tutela e di un approccio di armonizzazione all'interno dello spazio giuridico europeo[101].

I.2.3 La regolamentazione dello "Spazio di libertà sicurezza e giustizia" nel nuovo Titolo V TFUE.

Il tema dello "Spazio di libertà, sicurezza e giustizia" venne inserito nel Titolo V del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea[102].

---

di là delle competenze dell'Unione, né introduce competenze nuove o compiti nuovi perl'Unione, né modifica le competenze e i compiti definiti nei trattati".

[100] R. A. GARCÍA, *Le clausole orizzontali della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in Riv. it. dir. pubbl. com., 2003, 5.

[101] G. GRASSO, *Il Trattato di Lisbona e le nuove competenze penali*, cit. 2319 ss..

[102] Il Titolo V del TFUE si articola in cinque capi così suddivisi: disposizioni generali; politiche relative ai controlli alle frontiere, all'asilo e all'immigrazione; cooperazione giudiziaria in materia civile; cooperazione giudiziaria in materia penale; cooperazione di polizia. L'istituzione di tale Spazio venne menzionata già nel preambolo del nuovo Trattato sull'Unione Europea dove è concepita come funzionale all'agevolazione della libera circolazione delle persone.

Ciascuno dei tre elementi - libertà, sicurezza e giustizia - richiede la realizzazione di obiettivi parziali il cui conseguimento concorre all'obiettivo finale della costruzione dello spazio. Così quest'ultimo viene ad identificare in maniera sintetica un settore di competenza concorrente dell'Unione Europea, articolato in diverse materie, tutte ricomprese nel Titolo V del TFUE: frontiere, asilo e immigrazione; cooperazione giudiziaria in materia civile; cooperazione giudiziaria in materia penale; cooperazione di polizia.

Anche in questo campo, esattamente come in tutti i casi di competenze di natura concorrente[103], l'Unione può adottare atti in base ai principi di sussidiarietà e di proporzionalità[104], mentre gli Stati possono intervenire solo nella misura in cui l'Unione non abbia esercitato la propria competenza (o se l'Unione abbia deciso di cessare una competenza già avviata)[105].

In via di principio l'Unione può adottare qualsiasi misura: atto vincolante o non vincolante, norme minime o di completa armonizzazione[106].

Nella determinazione delle singole misure normative, l'art. 67 TFUE vincola l'Unione al rispetto "dei diritti fondamentali nonché dei diversi ordinamenti giuridici e delle diverse tradizioni giuridiche degli Stati membri"[107].

In base, poi, all'art. 68 del Trattato il Consiglio europeo ha il compito di definire gli orientamenti strategici generali per la pianificazione legislativa e operativa nell'ambito dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia[108].

L'art. 70 TFUE, infine, prevede espressamente che il Consiglio, su proposta della Commissione, individui le modalità di valutazione dell'attuazione delle politiche del Titolo V, condotte dalla Commissione congiuntamente agli Stati membri, norma evidentemente volta a coinvolgere gli

[103] Vedi art. 4, punto 2, lett. *j*), TFUE.
[104] Di cui all'art. 5 TUE.
[105] Art. 2, par. 2, TFUE.
[106] Vi sono, tuttavia, delle eccezioni laddove disposizioni puntuali escludano misure di armonizzazione relativamente a singole competenze od obblighino ad adottare uno specifico atto normativo (art. 85, punto 1, par. 2, TFUE).
[107] Tale riferimento, del tutto innovativo è stato inserito - verosimilmente – proprio pensando alle misure in materia di cooperazione di polizia e giudiziaria.
[108] Così in passato sono stati adottati i Programmi Tampere 1999-2004; Aja: 2004-2009; Stoccolma 2010-2014 (si veda in particolare: *Programma di Stoccolma per il periodo 2010-2014, Un'Europa aperta e sicura al servizio e a tutela dei cittadini*, in GU n. C 115/2010).

Stati membri nel processo di valutazione[109] e, quindi, a dare ulteriore prova di attenzione riservata alle garanzie di democraticità.

Ciò che rileva maggiormente in questa sede, sono le modifiche introdotte in materia di cooperazione giudiziaria penale.

La giustificazione dell'inclusione della cooperazione giudiziaria in materia penale nell'ambito dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia deve rinvenirsi in una pluralità di ragioni.

In *primis*, vi è l'esigenza di rendere ottimale la persecuzione dei reati di dimensione sovranazionale o che, comunque, vedano coinvolti più Stati membri. Inoltre, è necessario evitare che lo spazio di libertà, reso effettivamente tale grazie all'eliminazione dei controlli alle frontiere interne, potesse divenire uno spazio che facilita la circolazione e la clandestinità della criminalità[110].

Infine, la cooperazione penale, volta anche a proteggere interessi propri dell'Unione e ad individuare, in tal senso, sanzioni penali, risulta altrettanto necessaria per rendere effettive le misure adottate nei diversi settori di competenza dell'Unione Europea.

Con il Trattato di Lisbona le due norme chiave relative alla competenza in materia penale sono gli artt. 82 e 83 del TFUE.

Il primo dedicato alla cooperazione in materia processuale, il secondo, invece, del ravvicinamento, in termini di approssimazione, di alcune fattispecie di reato e alla relativa competenza.

In base all'art. 82 del TFUE nella cooperazione giudiziaria penale (così come in quella in materia civile) il principio considerato preminente è quello del mutuo riconoscimento delle sentenze e delle decisioni delle autorità giudiziarie.

---

[109] Peraltro, quando il rinvio venga chiesto nell'ambito di un procedimento nel quale vi sia una questione relativa alla limitazione della libertà personale, è possibile richiedere una procedura di urgenza, introdotta per ridurre i tempi di trattazione della questione pregiudiziale, eccessivamente lunghi per la tipologia di fattispecie in rilievo in materia di Spazio di libertà, sicurezza e giustizia («PPU», in vigore dal 3 marzo 2008).

[110] Così come la storia ci ha drammaticamente dimostrato.

A tal fine l'Unione può adottare, in base alla procedura legislativa ordinaria, specifiche misure, nonché atti finalizzati a sostenere la formazione dei magistrati e degli altri operatori giudiziari, risolvere i conflitti di giurisdizione e facilitare la cooperazione tra autorità giurisdizionali competenti all'esecuzione delle decisioni e all'azione penale[111].

Sempre in tal senso, al Parlamento e al Consiglio europeo viene affidata la mansione di farsi carico di risolvere e prevenire conflitti di giurisdizione, nonché di fissare regole e procedure che assicurino il riconoscimento delle decisioni giudiziarie nel quadro dell'Unione Europea, sostenendo e promuovendo la formazione del personale coinvolto negli uffici giudiziari.

Come si è anticipato, un'efficace cooperazione comprende, inoltre, il ravvicinamento degli ordinamenti grazie all'adozione di norme minime.

Al Parlamento ed al Consiglio l'art. 82 conferisce il potere di emanare norme minime, sotto forma di Direttiva, che abbiano lo scopo di stabilire comuni norme procedurali in tema di diritti e garanzie individuali, diritti delle vittime

[111] Peraltro, sempre la realizzazione del principio del mutuo riconoscimento può richiedere anche un certo grado di ravvicinamento delle legislazioni nazionali, il quale deve avvenire attraverso direttive da adottarsi secondo la procedura legislativa ordinaria e, appunto, tenendo "conto delle differenze tra le tradizioni giuridiche e gli ordinamenti giuridici degli Stati membri". Le direttive di armonizzazione minima possono essere adottate per regolare l'ammissibilità reciproca delle prove tra gli Stati membri; i diritti della persona nella procedurapenale; i diritti delle vittime della criminalità. Inoltre, il Consiglio può, deliberando all'unanimità e previa approvazione del Parlamento europeo, adottare una decisione con la quale individua altri aspetti della procedura penale dei singoli Stati membri che necessitano di una tale armonizzazione. La caratteristica di armonizzazione minima è confermata anche dalla espressa previsione della clausola di salvaguardia delle normative nazionali che prevedano un livello più elevato di tutela delle persone. Si tratta di una sorta di clausola di non regresso, varievolte previste nel Trattato soprattutto in concomitanza all'attribuzione di nuove competenze all'Unione. Tali clausole sono quasi sempre destinate ad essere rimosse nelle successiverevisioni dei Trattati, poiché il loro mantenimento non può che pregiudicare l'efficacia armonizzatrice della normativa adottata, che non necessariamente implica un'armonizzazione nel progresso, ben potendo il ravvicinamento della legislazione europea comportare una diminuzione del livello di tutela dei diritti delle persone. Ciò anche a prescindere dall'esistenzadi norme di rango costituzionale volte a tutelare determinati diritti. Possibili soluzioni diverse potranno in futuro emergere valorizzando il disposto dell'art. 53 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, nonché dell'art. 4, par. 2, TUE, volti a valorizzare gli ordinamenti interni di fronte all'azione dell'Unione Europea. Dell'armonizzazione si parlerà più approfonditamente nel prosieguo del lavoro. Vedi *infra* par. I.1.2.5.

dei reati e altri elementi specifici inerenti all'ambito della procedura penale ed individuati dal Consiglio in via preliminare mediante una decisione.

Altrettanto importante è la previsione nell'art. 83 dell'attribuzione al Parlamento ed al Consiglio europeo, del potere di introdurre (con Direttiva e secondo la procedura legislativa ordinaria) norme comuni minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni in sfere di criminalità ritenute particolarmente gravi quali, ad esempio, terrorismo, tratta degli esseri umani e sfruttamento sessuale delle donne e dei minori, traffico illecito di stupefacenti, traffico illecito di armi, riciclaggio di capitali, corruzione, contraffazione di mezzi di pagamento, criminalità informatica e criminalità organizzata.

Riservando al paragrafo successivo un'analisi più dettagliata degli articoli 82 e 83 TFUE, in merito alla competenza penale in essi racchiusa, in questa sede, tuttavia, lo spazio di libertà sicurezza e giustizia merita particolare approfondimento sotto ulteriori profili.

Uno dei risultati conseguiti dallo spazio di libertà, sicurezza e giustizia, già nell'era del terzo pilastro, fu la costituzione di *Eurojust*.

Ad esso il Trattato di funzionamento dedica un intero articolo, l'art. 85, che gli conferisce "il compito di sostenere e potenziare il coordinamento e la cooperazione tra le autorità nazionali responsabili delle indagini e dell'azione penale contro la criminalità grave che interessa due o più Stati membri o che richiede un'azione penale su basi comuni"[112].

Peraltro, il successivo art. 86 attribuisce al Consiglio la competenza ad adottare regolamenti secondo una procedura legislativa speciale[113] per istituire una Procura Europea a partire da *Eurojust* al fine di combattere i reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione, sgomberando, così, definitivamente il campo da dubbi circa la possibilità di istituire tale ufficio. Procura Europea che, come meglio si avrà modo di approfondire nel prosieguo del lavoro, avrà un vero e proprio potere di indagine e di ricerca nei confronti degli autori dei reati, nonché

[112] Per definire il funzionamento, la struttura e i poteri di azione di *Eurojust* è espressamente prevista l'adozione di regolamenti da adottarsi secondo la procedura legislativa ordinaria. Si veda la proposta di Regolamento COM (2013) 535 del 17 luglio 2013 istitutiva dell'*Agenzia dell'Unione europea per la cooperazione giudiziaria penale* (*Eurojust*).

[113] Unanimità del Consiglio e previa approvazione del Parlamento europeo.

di esercizio dell'azione penale dinanzi agli organi giurisdizionali competenti degli Stati membri[114].

All'interno del Titolo V è prevista, infine, una regolamentazione della materia della cooperazione di polizia. In particolare, l'art. 87 TFUE, modificando quanto in precedenza disposto, prevede che tale cooperazione coinvolga tutte le autorità competenti nei singoli Stati membri in materia di prevenzione e individuazione dei reati e delle relative indagini. A tale scopo è stata contemplata la possibilità dell'adozione di regolamenti secondo la procedura legislativa ordinaria in diversi settori quali, ad esempio, in quello dello scambio e conservazione dei dati o delle tecniche investigative comuni. Allo stesso tempo, viene ammesso l'utilizzo di misure specifiche, da adottarsi secondo la procedura legislativa speciale, per stabilire misure riguardanti la cooperazione operativa tra le autorità competenti degli Stati membri.

Per sostenere la cooperazione di polizia tra gli Stati membri, l'art. 88 TFUE stabilisce l'istituzione dell'ufficio europeo di polizia, denominato *Europol*[115], funzionale ad un'azione d'intesa insieme alle autorità degli Stati membri nel cui territorio si deve svolgere l'attività di prevenzione e di lotta al terrorismo e alla criminalità grave che interessa due o più Stati membri (o che, comunque, leda un interesse comune oggetto di una politica dell'Unione).

L'attività di prevenzione e repressione svolta dall'ufficio europeo rileva, evidentemente, anche in merito alla possibile necessità di adozione di misure coercitive. Possibilità, questa, di esclusiva prerogativa degli Stati membri.

Per tutelare la medesima esigenza di rispetto della sovranità territoriale dei singoli Stati membri e le prerogative delle autorità nazionali competenti, l'art. 89 TFUE attribuisce, poi, al Consiglio "la definizione delle condizioni e

[114] Cfr. *infra*, par. I.1.3.6 e par. I.1.3.7.

[115] Analogamente a quanto previsto per *Eurojust*, l'art. 88, par. 2, TFUE dispone che l'Unione possa adottare secondo la procedura legislativa ordinaria regolamenti relativi sia alla struttura sia al funzionamento di *Europol* e che questa sia soggetta ad un controllo da parte del Parlamento europeo.

dei limiti entro i quali le autorità competenti degli Stati membri […] possono operare nel territorio di un altro Stato membro in collegamento e d'intesa con le autorità di quest'ultimo".

Già da questa preliminare lettura del Trattato pare di assoluta evidenza la centralità dei meccanismi di cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale.

I.2.4 Il ravvicinamento delle disposizioni di diritto penale. Rapporti tra diritto dell'Unione Europea, diritto penale e diritto processuale

Abbiamo avuto modo di ricordare che il Titolo V, dedicato allo "Spazio di libertà, sicurezza e giustizia", costituisce la sede principale nella quale sono rubricate le norme che delineano le nuove competenze penali dell'Unione Europea.

In particolare, gli artt. 82 e 83 TFUE sono dedicati all'armonizzazione e al ravvicinamento delle disposizioni (rispettivamente) processuali e di diritto penale sostanziale[116].

Per quanto attiene all'art. 82, testé citato, tale disposizione si occupa, al suo primo paragrafo, della cooperazione giudiziaria in materia penale, intesa nel senso più tradizionale del termine, ovvero quale facilitazione dei rapporti tra autorità giudiziarie (od equivalenti) degli Stati membri, ciascuna delle quali agisce nell'ambito delle proprie prerogative nazionali.

Proprio con riferimento a tale ambito, rispetto al vecchio art. 31 TUE (nel testo vigente prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona), la differenza più evidente è il riferimento esplicito al principio del riconoscimento reciproco quale base fondante del sistema di circolazione dei provvedimenti giudiziari[117].

---

[116] M. P. CALDERÓN CUADRADO, *Contra la armonización positiva – y procesal– en la Unión Europea,* in A. DE LA OLIVA SANTOS, M. P. CALDERÓN CUADRADO, coord. da M. CEDEÑO HERNÁN e V. PARDO IRANZO, *La armonización del Derecho Procesal tras el Tratado de Lisboa*, Cizur Menor, Thomson Reuters, Aranzadi, 2012, 69-149.

[117] Cfr. art. 82 TFUE par. 1 comma 1 e comma 1 lett. a).

Ciò comporta che - *nei limiti in cui è disciplinata da norme europee, la possibilità di far spiegare gli effetti di una decisione giudiziaria in un altro Stato membro e fatti salvi eventuali motivi di rifiuto normativamente previsti* - le autorità dello Stato ove la decisione troverà esecuzione devono rapportarsi ad essa esattamente come se fosse stata emessa da un'autorità nazionale.

La prima sfera di competenza dell'Unione riguarda, quindi, proprio gli strumenti che permettono il riconoscimento di sentenze ed altre decisioni in uno Stato membro diverso da quello in cui esse sono state pronunciate.

É, poi, prevista l'ulteriore competenza del Parlamento europeo e del Consiglio a adottare misure volte a "facilitare la cooperazione" tra le autorità giudiziarie, sia in relazione all'azione penale, che nella fase dell'esecuzione delle decisioni[118]. Nonché ulteriori competenze legislative per "prevenire e risolvere i conflitti di giurisdizione tra Stati membri" e per "sostenere la formazione dei magistrati e degli operatori giudiziari"[119].

É di spiccata evidenza che tali ambiti di competenza siano di enorme rilevanza nell'ottica della creazione di un reale spazio di giustizia all'interno dell'Unione dotato delle caratteristiche di effettività e concretezza di cui prima si parlava. Lo stesso concetto di "spazio" implica qualcosa di diverso dal concetto di cooperazione che contiene in sé l'idea di entità separate in rapporto tra loro: in uno spazio, per contro, l'attività (o almeno una parte) dei diversi attori confluisce in un corpo comune[120].

Pertanto, gli strumenti legislativi che possono essere utilizzati nell'ambito di tale primo gruppo di competenze mirano a permettere la libera circolazione delle decisioni giudiziarie all'interno dell'area di libertà, sicurezza e giustizia dell'Unione. Tanto questo è vero che dall'art. 82 TFUE, al secondo paragrafo, emerge che il ravvicinamento delle disposizioni processuali tramite

[118] Cfr. art. 82 comma 1 lett. d).
[119] Cfr. art. 82 comma 1 lett. b) e c).
[120] Cfr. L. DE MATTEIS, C. FERRARA, F. LICATA, N. PIACENTE, A. VENEGONI, *Diritto penale sostanziale e processuale dell'U.E. Il diritto penale e la procedura penale negli strumenti legislativi dell'Unione Europea*, in R. CONTI (a cura di), *Diritto dell'Unione europea e diritti umani*, Padova, Exeo, 2001, I.

l'adozione di norme minime (sotto le vesti della Direttiva) sia ammissibile solo in quanto risulti "necessario" per il funzionamento del riconoscimento reciproco delle decisioni nonché dei meccanismi di cooperazione (giudiziaria e di polizia).

Rimane, pertanto, una subordinazione della competenza di diritto processuale penale alle esigenze di cooperazione giudiziaria.

Ciò comporta una significativa differenza rispetto alle previsioni in tema di ravvicinamento delle disposizioni di diritto penale sostanziale che, al contrario, danno vita ad una competenza penale indiretta delle istituzioni comunitarie sganciata dalle esigenze di cooperazione giudiziaria e di reciproco riconoscimento.

Arrivando, infine, al ravvicinamento delle disposizioni di diritto penale sostanziale ai sensi dell'art. 83 del TFUE, l'Unione è chiamata ad adottare norme minime relative alla definizione dei reati per alcune sfere di criminalità considerate particolarmente gravi e che abbiano "una dimensione transnazionale derivante dal carattere o dalle implicazioni di tali reati o da una particolare necessità di combatterli su basi comuni".

Ciò consente di ritenere come la disposizione in analisi delinea le attuali competenze penali indirette occupandosi, nel suo primo paragrafo, di quelle derivanti dal terzo pilastro e, nel secondo paragrafo, di quelle del primo pilastro.

Il primo paragrafo dell'art. 83 TFUE, infatti, configura una competenza *ratione materiae* indicando le singole sfere di criminalità all'interno delle quali il Parlamento europeo e il Consiglio possono emanare norme minime relative alla definizione dei reati e delle relative sanzioni.

Ebbene, come anticipato, la competenza al ravvicinamento delle legislazioni penali nazionali viene qui affiancata, e non subordinata, alle esigenze di cooperazione.

Ciò comporta che l'Unione possa emettere disposizioni in questo senso, connesse al raggiungimento di uno Spazio di libertà, sicurezza e giustizia,

senza la necessaria subordinazione a esigenze di cooperazione processuale[121].

Ulteriore possibilità di esercizio di competenza penale da parte dell'Unione si rinviene, ai sensi dell'art. 83, par. 2, TFUE, nei casi in cui il ravvicinamento delle normative penali nazionali si renda necessario per completare, e rendere pienamente efficace, una normativa di armonizzazione adottata in un altro settore del diritto dell'Unione Europea.

Anche in questo caso lo strumento prescelto è la Direttiva, la quale deve essere adottata secondo la procedura legislativa prevista per l'approvazione delle misure di armonizzazione.

Tale disposizione è innovativa del quadro normativo conosciuto nel territorio dell'Unione prima dell'entrata in vigore del Trattato e codifica quanto già affermato in precedenza dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia[122].

Essa fa emergere una sorta di carattere "sussidiario" dell'uso del diritto penale mediante una valutazione in termini di "indispensabilità" di pena. Giudizio di indispensabilità che, si badi bene, risulta connesso non alla tutela di un bene giuridico, bensì all'attuazione di una politica dell'Unione.

Infine, una disposizione specifica volta ad attribuire competenza all'Unione per prevenire la criminalità è stata aggiunta al quadro normativo previgente.

L'art. 84 TFUE, infatti, conferisce al Parlamento europeo e al Consiglio, la competenza a stabilire misure per "incentivare e sostenere l'azione degli Stati membri nel campo della prevenzione della criminalità", ad esclusione di

[121] Si intende precisare, tuttavia, che l'art. 83 TFUE nell'affermare che Parlamento e Consiglio possono stabilire norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni in sfere di criminalità "particolarmente grave" presuppone un intervento su settori che già abbiano già registrato a livello nazionale una reazione di tipo "penale" facendo emergere, così, la necessità di una "lotta comune mediante pena di fatti a vario Titolo già penalizzati". Cfr. C. SOTIS, *Il Trattato di Lisbona e le competenze penali dell'Unione europea*, in Cass. Pen., 2010, cit., 334.
[122] Vedi Corte Giust. del 13.9.2005, C-176/03, *Commissione* c. *Consiglio*, in *Raccolta*, 2005, I-7879.

qualsiasi armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri[123].

Certo è che, con riferimento alla competenza penale indiretta, il problema del *deficit* democratico pare superato, dato il protagonismo del Parlamento europeo, per quanto, certamente, il controllo politico dello stesso non sia paragonabile a quello tipico di un Parlamento nazionale democratico.

Ciò che pare, tuttavia, doveroso sottolineare, è il dato che gli Stati, ancora oggi, si mostrano fin troppo restii a cedere porzioni di sovranità.

Lo *ius puniendi*, infatti, continua ad essere nel concreto un diritto pieno del singolo Stato membro e ciò, con le evidenti ripercussioni sul piano della cooperazione giudiziaria e di polizia che, tuttora, si scontra con tale realtà[124].

I.2.5 Cenni introduttivi sull'istituzione e ruolo del Pubblico ministero europeo.

Il progetto di Trattato costituzionale presentato dal *Presidium* della Convenzione per il futuro dell'Europa prevedeva, all'art. III-170 della Parte III, la possibilità che "il Consiglio, all'unanimità, previa approvazione del Parlamento, di istituire la Procura Europea"[125] (*European Public Prosecutor Office*, EPPO nell'acronimo) a fronte della constatazione che l'azione di repressione delle frodi comunitarie e del crimine grave transnazionale, condotta negli Stati membri, si dimostrasse insufficiente e, quindi, meno puntuale, rigorosa, tempestiva ed efficace di quanto sarebbe potuta essere attraverso

[123] L'art. 84 prevede che il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, possano stabilire misure per "incentivare e sostenere l'azione degli Stati membri nel campo della prevenzione della criminalità" ma "ad esclusione di qualsiasi armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri". Poiché l'art. 84 esclude qualsiasi armonizzazione delle disposizioni normative degli Stati membri ma autorizza l'adozione di misure di incentivazione e di sostegno dell'azione degli Stati membri, la competenza così attribuita può essere qualificata come parallela ai sensi degli artt. 2, par. 5, e 6 TUE, pur non essendo espressamente richiamata dall'art. 6 che riporta un elenco di settori che rientrano in tale categoria di competenza.

[124] Si pensi alle problematiche che scaturiscono, ad esempio, in relazione ai motivi di non riconoscimento dell'OEI o alle regole di utilizzabilità del materiale probatorio connesse alla secolare diatriba *lex loci/lex fori*.

[125] E. GATTI, A. VENEGONI, *Il Pubblico Ministero Europeo nel Progetto di Costituzione europea* in www.forumcostituzionale.it., 1.

l'attribuzione di funzioni specifiche ad una istituzione sopranazionale[126].

L'Ufficio, *"costituito a partire da Eurojust"*, veniva previsto per condurre indagini, esercitare (e sostenere) l'azione penale nei giudizi a carico degli autori di *"reati gravi con ripercussioni in più Stati membri"* e dei reati ai danni degli interessi finanziari dell'Unione determinati dalla legge diattuazione.

La necessità d'introdurre nell'ordinamento europeo un Ufficio del pubblico ministero, che conduca le indagini concernenti tali reati in tutta l'area dell'Unione, nasce, si è detto, dalla constatazione che le frodi, le corruzioni e gli altri reati che offendono gli interessi finanziari dell'Unione sono sempre stati "notevoli e largamente non perseguiti"[127].

Tali esigenze, riscontrate già nel 2001[128], non sembrano essersi modificate in ormai più di 15 anni.

Quanto dedotto, parrebbe essere anche un segnale del fatto che non vi è stato alcun progresso dei meccanismi di controllo sull'utilizzo dei fondi europei o sulle risorse proprie del bilancio dell'Unione, né degli strumenti di cooperazione giudiziaria e di coordinamento istituzionale (né attraverso l'adozione delle decisioni quadro, né attraverso *Eurojust* e la Rete Giudiziaria Europea) nonostante, nel corso di questo quindicennio, siano intervenute puntuali modifiche istituzionali con lo scopo, appunto, di migliorare prassi interne ed incrementare l'‟ efficienza degli strumenti di contrasto alla criminalità.

---

[126] Sul tema si veda M. A. PÉREZ MARÍN, *El futuro organo instructor comùn, una propuesta para la organizaciòn de la Fiscalia europeay para el control de su actividad*, in Cuadernos de politica criminal, 2008, 95, 131-156.

[127] Comunicazione del 17 luglio 2013 della Commissione europea indirizzata al Parlamento europeo, al Consiglio dell'Unione e ai Comitati economico e sociale e delle regioni (COM(2013) 534 final).

[128] Per un approfondimento sulla necessità e le prime questioni concernenti l'istituzione del Pubblico ministero europeo si vedano, *ex multis* S. ALLEGREZZA, *Pubblico ministero europeo e azione penale: stato dell'arte e prospettive di sviluppo*, in AA. VV. *Profili del processo penale nella Costituzione europea*, a cura di M. G. COPPETTA, Torino, Giappichelli,2005; F. DE LEO, *Da Eurojust al pubblico ministero europeo*, in Cass. pen., 2003, 1432 ss.; L.LOMBARDO, *L'istituzione del procuratore europeo: problemi e prospettive*, in Cass. Pen., 2003, 43, 2, 690 ss.

Infatti, se gli sviluppi, sia legislativi che giurisprudenziali, di cui siamo testimoni oggi nel diritto penale e processuale, a opera degli ordinamenti sovranazionali europei sono in sostanza finalizzati alla creazione di uno spazio comune di giustizia - non solo ai fini del riconoscimento di garanzie e diritti comuni delle persone, ma anche ai fini della circolazione della prova - il settore della protezione degli interessi finanziari dell'Unione Europea (PIF) è il protagonista storico dell'attuazione di tale intervento in maniera molto più evidente rispetto ad altri campi[129].

Basti pensare alla mole di strumenti legislativi adottati dall'Unione Europea a far data dalla fine degli anni 90 per favorire le indagini transnazionali in materia e, allo stesso tempo, per tutelare i diritti delle persone coinvolte.

Riflesso del fatto che il principio della creazione di uno spazio comune europeo di giustizia - sia civile che penale – sia uno degli obiettivi dell'Unione Europea già dal suo Trattato istitutivo concluso a Maastricht nel 1992.

É vero, infatti, che il settore PIF è sempre stato essenziale per l'esistenza e la sopravvivenza dell'Unione e, soprattutto, per il perseguimento dei suoi fini. Senza una tutela efficace delle proprie finanze, l'Unione non potrebbe avere i fondi necessari non solo per gestire la propria amministrazione, ma anche per erogarli agli Stati o ad altri beneficiari per la realizzazione di quei grandi obiettivi di rilevanza europea ed internazionale.

Proprio per tali ragioni, la protezione delle proprie risorse è sempre stata obiettivo primario ed essenziale per l'Unione e, in considerazione del fatto che le condotte che attentano a tale interesse possono integrare tanto mere irregolarità, rilevanti sul piano amministrativo, quanto veri e propri illeciti penali, per assicurare una tutela completa ed efficace, la normativa di riferimento a livello europeo si è sempre dispiegata a cavallo tra quelli che nella costruzione europea dopo Maastricht, erano definiti come il primo ed il terzo pilastro.

[129] Spunti di riflessione sul tema sono offerti da A. VENEGONI, *Indagini penali e diritto UE nelle frodi comunitarie. Incidenza del diritto dell'UE sul diritto penale interno*, in Osservatorio internazionale/Europeo reperibile in Questione Giustizia, 2013; M. A. PÉREZ MARÍN, *La lucha contra la criminalidad en la Unión Europea*, Barcelona, Atelier, 2013.

Ebbene, ancora negli ultimi anni, la Commissione Europea afferma di aver accertato una media di circa cinquecentomilioni di euro di sospette frodi all'anno e che, addirittura, l'ammontare delle perdite conseguenti a tali delitti sarebbe significativamente più alto[130].

É stato constatato, infatti, che lo standard dei successi dell'azione giudiziaria contro i reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione varia da Paese a Paese, andando da un 20% sul totale dei casi trattati riscontrato in alcuni Paesi, al 90% in altri. Ciò in ragione della complessità dei casi, dell'insufficienza di risorse nazionali per perseguirei crimini di cui si tratta nonché delle difficoltà riscontrate nella raccolta delle prove al di fuori dei confini nazionali che rendono ancora attuale l'esigenza della creazione di ulteriori strumenti che facilitino il contrasto di tali reati[131].

La Commissione, in ragione delle considerazioni di cui sopra, propose la creazione del Pubblico ministero Europeo (PME), quale Ufficio centrale con competenza su tutto il territorio dell'Unione, munito di delegati nazionali (Procuratori Delegati).

I lavori sintetizzati nel Libro Verde evidenziano, infatti, come "*la figura del pubblico ministero europeo fornisce un particolare valore aggiunto derivante dall'azione penale transnazionale, che in materia di reati ai danni degli interessi finanziari dell'Unione sarà capace di assicurare un esito giudiziario alle numerose inchieste amministrative condotte da OLAF*" [132].

La previsione di una competenza in materia di *"reati gravi con ripercussioni in più Stati membri"* è apparsa sufficientemente ampia e coerente con i principi di sussidiarietà e adeguatezza.

Questi ammettono l'azione dell'Unione solo nei casi che non si prestano ad essere efficacemente risolti dai singoli Stati in ragione delle dimensioni e per

[130] Cfr. COM (2013) 534 final cit.

[131] E, come si avrà modo di vedere nel prosieguo del lavoro, non solo di tali fattispecie criminose. Gli interessi finanziari dell'Unione Europea, infatti, rivestono indubbiamente, ancora oggi, un ruolo di primaria importanza ma, tuttavia, l'evoluzione della criminalità transnazionale, ha determinato la necessità di perseguire con altrettanta urgenza altri fenomeni delittuosi. Si pensi, ad esempio, alle organizzazioni criminali deputate al traffico di persone, di armi o di stupefacenti, o al fenomeno terrorista il cui contrasto, ormai, risulta essere il principale obiettivo dell'Unione.

[132] Vedi *Libro verde della Commissione sulla tutela penale degli interessi finanziari comunitari* consultabile in eur-lex.europa.eu.

la pluralità di Stati interessati, ma richiedono un intervento a livello comunitario[133].

Tuttavia, i problemi che possano scaturire in materia e che, da sempre, hanno destato notevoli perplessità, sono molteplici e connessi a differenti ragioni.

In primo luogo, nell'ambito dello "spazio di libertà, sicurezza e giustizia" rappresentato dal territorio dell'UE, dove quest'ultima si impegna a realizzare e rispettare la dignità umana, lo stato di diritto e i diritti umani garantiti dalla CEDU e dalle tradizioni costituzionali degli Stati Membri, convivono 29 Stati (di cui 24 di pieno diritto) con ordinamenti spesso enormemente differenti tra loro.

Infatti, gli Stati appartenenti all'Unione, presentano tra di loro, oltre a elementi comuni quali il recepimento della CEDU, innegabili differenze procedurali quali, ad esempio, per quanto concerne l'indipendenza del pubblico ministero nazionale, la sua partecipazione alle indagini, l'acquisizione e la valutazione delle prove, l'obbligatorietà o facoltatività dell'azione penale, e i rimedi giurisdizionali[134].

Peraltro, nel progetto per l'istituzione del pubblico ministero europeo[135] era previsto che le norme di procedura applicabili alla sua attività, oltre a quelle concernenti l'ammissibilità delle prove e quelle concernenti i ricorsi giurisdizionali avverso i provvedimenti del pubblico ministero europeo (art. III-170 c. 3 del progetto del *Presidium*), dovessero essere contenute nella legge di

---

[133] Sul principio di sussidiarietà cfr., *ex multis,* F. VECCHIO, *Il principio di sussidiarietà nel Trattato costituzionale: procedimentalizzazione verso giustiziabilità*, in *Quaderni costituzionali,* 2010; C. MILLON-DELSON, *Il principio di sussidiarietà*, Milano, Giuffrè, 2003; O. CHESSA, *La sussidiarietà (verticale), come "precetto di ottimizzazione" e come criterio ordinatore*, in Dir. Pubbl. Com. Eur., 4, 2002.

[134] Le differenze tra gli ordinamenti costituiscono un inevitabile ostacolo alle attività investigativa e repressiva, che risultano ancora legate alla Convenzione Europea di assistenza giudiziaria del 1959 ed a quella di estradizione del 1957. Per un approfondimento si veda, *infra*, par. I.1.3.7.

[135] Vedi sul punto R. ORLANDI, *Qualche rilievo intorno alla vagheggiata figura di un pubblico ministero europeo*,207 ss., in L. PICOTTI (a cura di) *Possibilità e limiti di un diritto penale dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 1999; E. GATTI e A. VENEGONI, *Il Pubblico Ministero Europeo nel Progetto di Costituzione europea,* cit.

attuazione.

Previsione che si rende astrattamente portatrice di ulteriori problemi di armonizzazione legislativa.

Non si possono trascurare nemmeno le perplessità che sorsero allorquando si avvertì l'esigenza di costituire l'Ufficio del pubblico ministero europeo - a partire dall'*Eurojust* – in ragione dell'effettiva autonomia dell'Ufficio[136].

Va detto subito che la proposta del *Presidium* si pone come compromesso tra chi[137] appare assolutamente contrario ad un pubblico ministero europeo ritenendo sufficiente la cooperazione giudiziaria realizzata attraverso strumenti convenzionali ormai ratificati (cfr. il sistema delle decisioni quadro e l'*Eurojust*) e coloro[138] che, invece, sono favorevoli all'istituzione di questa figura che si appresta ad essere del tutto autonoma dal consiglio dell'Unione e, quindi, dai governi nazionali.

Il Parlamento Europeo si è soffermato sulle differenze istituzionali esistenti tra *Eurojust*, unità operativa intergovernativa, volta ad agevolare la cooperazione tra le autorità giudiziarie nazionali per quanto concerne la grande criminalità, ma sprovvista del potere di esercitare l'azione penale e di poteri di controllo giurisdizionale, e il pubblico ministero europeo munito, invece, dei poteri già precedentemente esposti ed al quale deve essere garantita, nel rispetto della separazione dei poteri, l'assoluta indipendenza.

Certo è che i caratteri dell'indipendenza della figura del pubblico ministero e dell'obbligatorietà dell'azione penale, rispecchiano i principi della Costituzione italiana racchiusi negli artt. 104 e 112. Ed è proprio per questo motivo che la circostanza che gli stessi principi vengano affrontati anche dal Parlamento Europeo, per l'Italia ha assunto grande importanza.

---

[136] Critici in merito E. GATTI e A. VENEGONI, *Il Pubblico Ministero Europeo nel Progetto di Costituzione europea,* op. loc. cit.

[137] Tra gli altri vedi A. TAJANI in european-convention.eu.int. Cfr., inoltre, il contributo del Ministero per la Giustizia della Repubblica d'Austria al Libro verde sulla tutela penale degli interessi finanziari dell'UE. reperibile all'indirizzo: http://europa.eu.int/comm/anti_fraud/green_paper/contributions.

[138] Come nella proposta avanzata dalla Commissione alla Conferenza intergovernativa di Nizza nel dicembre 2000 e ribadita nella Comunicazione sull'architettura istituzionale (4/12/2002 COM (2002)) e la Risoluzione del Parlamento europeo del 27 marzo 2003 (http://www3.europarl.eu.int).

Si ritiene, infatti, di condividere la valutazione secondo cui appaiono più consoni alla natura giudiziaria e alla figura del pubblico ministero europeo il carattere dell'indipendenza dell'ufficio e l'obbligatorietà dell'azione penale[139] ma, la soluzione proposta nel progetto del *Presidium*, di compromesso tra opposte tendenze, non sembra affrontare le problematiche concernenti i rapporti che un organo indipendente potrebbe avere nell'ambito di un'unità che opera su base intergovernativa quale *Eurojust*, i cui componenti sono designati dagli Stati membri,[140] non necessariamente tra appartenenti all'ordine giudiziario, la cui indipendenza non è esplicitamente prevista e ai cui lavori è associata la Commissione[141].

Peraltro, "l'esplicita affermazione dell'indipendenza del pubblico ministero europeo appare ancora più necessaria se si considera che gli artt. III – 155 e III – 169 del progetto del *Presidium* prevedono un controllo politico ed una valutazione del Parlamento Europeo e di quelli nazionali sull'attività di *Eurojust*"[142].

A quasi ventiquattro anni dall'originaria proposta di istituzione della Procura Europea e, nonostante la sua operatività a far data dal 1° giugno 2021, ci si scontra oggi con molte delle difficoltà emerse già in occasione della prima formulazione oltre ad altre perplessità.

Premessi brevi cenni su alcuni dei punti critici e sulle difficoltà dell'istituzione della Procura Europea, al fine di offrire fin d'ora un inquadramento sistematico, al tema verrà dedicato il dovuto approfondimento nel prosieguo del lavoro.

---

[139] M. CHIAVARIO, *Linee del sistema processuale penale comunitario,* in L. PICOTTI, (a cura di), *Possibilità e limiti di un diritto penale dell'Unione Europea*, Milano, Giuffrè, 1999; R. ORLANDI, *Qualche rilievo intorno alla vagheggiata figura di un pubblico ministeroeuropeo*, cit. 207 ss.; P. TONINI, *Il pubblico ministero europeo nel* Corpus juris *sulla repressione delle frodi comunitarie*, in Riv. It. Dir. Pubbl. Com., 1999, 1.

[140] In Italia la designazione finale è stata del governo, pur nel concerto con il C.S.M.

[141] Artt. 1 e 11 della Decisione del Consiglio dell'Unione 28 febbraio 2002.

[142] E. GATTI e A. VENEGONI, *Il Pubblico Ministero Europeo nel Progetto di Costituzione europea* cit., 2.

I.3.1 Il magistrato di collegamento

In un contesto nel quale la cooperazione giudiziaria è elemento centrale nella lotta contro la criminalità transnazionale, un apporto notevole alla cosiddetta cooperazione orizzontale è offerto dall'istituzione di magistrati di collegamento distaccati nei vari Stati membri dell'Unione Europea[143].

La previsione di un quadro di scambio di magistrati di collegamento è racchiusa nell'azione Comune 96/277/GAI[144] sulla base di quanto disposto dall'art.3 k) del vecchio Trattato sull'Unione Europea.

Con tale Azione Comune si intese completare tutte le norme procedurali già esistenti in materia grazie alla creazione di un sistema di invio e di scambio tra gli Stati membri (in base ad accordi bilaterali o multilaterali) di magistrati o funzionari esperti riguardo alle procedure di cooperazione giudiziaria denominati, appunto, magistrati di collegamento.

Anche l'istituzione di tale figura risponde all'esigenza di migliorare e rendere maggiormente efficace la cooperazione giudiziaria tra gli Stati membri dell'Unione Europea tramite il ricorso a strumenti che ne agevolino la messa in pratica.

Una completa, rapida e adeguata collaborazione tra Stati in materia penale è, difatti, indispensabile per una più efficace lotta al crimine transnazionale in tutte le sue forme, specie quelle della criminalità organizzata, terrorismo o frode a danno dell'Unione Europea.

Così, oggi, gli Stati possono procedere d'accordo l'uno con l'altro all'invio o allo scambio di magistrati di collegamento il cui ufficio è situato

---

[143] In tema di magistrati di collegamento e di altri organismi e soggetti che assumono un ruolo centrale nella cooperazione penale ricordiamo il lavoro di M. L. ESCALADA LÓPEZ, *Instrumentos orgánicos de cooperación judicial: magistrados de enlace, red judicial europea y Eurojust* in M. JIMENO BULNES, *La cooperación judicial civil y penal en el ámbito de la Unión Europea: instrumentos procesales*, Barcellona, J.M. Bosch Editor, 2007, 1, 95-121.

[144] Adottata dal Consiglio dell'Unione europea il 22 aprile del 1996.

all'interno del Ministero della giustizia del Paese in cui vengono inviati ad operare[145]e le cui funzioni comprendono qualsiasi attività intesa a facilitare nonché accelerare tutte le forme di cooperazione giudiziaria, attraverso l'istituzione di contatti diretti con i servizi competenti e con le autorità giudiziarie del Paese ospitante[146].

L'art. 1 comma 3 dell'azione Comune stabilisce infatti che la funzione dei magistrati di collegamento è quella di "*accrescere la rapidità e l'efficacia della collaborazione giudiziaria e di contribuire allo scambio di informazioni sui sistemi giuridici e giudiziari degli Stati membri e sul loro funzionamento"*.

Peraltro, l'art. 2 comma 4 della successiva azione comune sulla Rete Giudiziaria Europea[147] prevede che i magistrati di collegamento siano associati alla struttura di questa Rete.

Diversamente dalla Rete Giudiziaria Europea che, come si vedrà[148], presuppone una struttura estesa e ramificata nelle varie realtà territoriali degli Stati membri, l'istituzione della figura del magistrato di collegamento si inserisce, invece, nell'ambito di relazioni interstatuali, fondate sulla negoziazione di accordi, come anticipato, bilaterali o multilaterali tra gli Stati

[145] I contatti tra magistrati e pubblici ministeri con le autorità dello Stato ospitante hanno prevalentemente ad oggetto l'esecuzione di mandati d'arresto europeo (MAE); tanto che, quasi tutti i procedimenti di esecuzione di MAE vengono trattati in cooperazione con il magistrato di collegamento. Ancora, l'opera del magistrato di collegamento si estende ai rapporti con altre entità presenti nel Paese ospitante, come per esempio le Ambasciate con le quali è frequente stabilire colloqui riguardanti le richieste per MAE. Senza ombra di dubbio, l'azione di maggior risalto e che attua nella pratica una vera e propria cooperazione è quella del superamento di ostacoli burocratici e formalità inutili per il raggiungimento degli obiettivi (dimostrando di avere ben chiaro lo spirito di collaborazione). Tuttavia, uno dei problemi maggiormente accusati dall'istituzione di tale figura è derivato dal fatto che spesso gli accordi avvenivano tra Paesi che non avevano entrambi recepito in *toto* le disposizioni in materia Europea. L'Italia, per esempio, in cui le collaborazioni più frequenti riguardano prevalentemente le Procure Antimafia, è rimasta molto indietro nella formazione di questo percorso e ciò ha creato non pochi problemi alle autorità che si trovavano nel ruolo di stabilire una connessione. A maggior ragione se a questa differenza di recepimento si aggiunge il fatto che di per sé si tratta di Paesi con ordinamenti giuridici differenti.

[146] Per quanto riguarda, in particolare, l'esperienza italiana, le collaborazioni più frequenti stabilite dai magistrati di collegamento con le autorità italiane riguardano prevalentemente i rapporti con le Procure Antimafia.

[147] Vedi par. I.1.3.2.

[148] Cfr. ancora par. I.1.3.2.

membri, il cui contenuto deve fare riferimento ai generali orientamenti tracciati nella predetta azione comune.

Il magistrato di collegamento rientra certamente tra quelle iniziative che a livello comunitario aspirano a dare attuazione ad un sistema di punti di contatto giudiziario nel campo della lotta alla criminalità transnazionale[149].

Tuttavia, l'attività del magistrato di collegamento ha presentato (e tuttora presenta) non pochi aspetti problematici tra i quali, in primo luogo, quelli derivanti dalla mancanza di un'adeguata informazione circa l'esistenza e il ruolo svolto da essi.

Parrebbero, quindi, ancora oggi opportune le iniziative volte a diffondere maggiormente i compiti e le attività svolte dai magistrati di collegamento.

Un sicuro miglioramento dei rapporti tra autorità giudiziarie potrebbe, peraltro, venire dalla redazione di schemi esplicativi del sistema giudiziario straniero e delle formalità richieste dai singoli Paesi per l'espletamento delle funzioni cui sono preposti, evitando così anche ritardi nella trasmissione degli atti.

Occorrerebbe, altresì, creare una sorta di collegamento permanente che consenta alle istituzioni di avere piena contezza delle iniziative e delle attività intraprese dal magistrato e a quest'ultimo di ottenere fondamentali indicazioni sugli obiettivi e le priorità da perseguire nella sua azione.

Tuttavia, non può non rilevarsi che lo strumento offerto con l'istituzione della figura del magistrato di collegamento ha portato alla creazione - *sebbene con i critici tempi ben conosciuti dall'Unione Europea* – di uno spazio di lavoro capace di attivare rapporti e relazioni tra autorità di Paesi diversi, superando ostacoli, differenze e diffidenze, e talvolta anche indifferenza rispetto a problemi concreti che si presentano quotidianamente nei rapporti di assistenza giudiziaria.

[149] Vedasi C. RODRÍGUEZ MEDEL NIETO, *Obtención y admisibilidad en España de la prueba transfronteriza: de las comisiones rogatorias a la orden europea de investigación*, cit., 152.

I.3.2 La collaborazione a rete

Nel quadro, ormai sempre più articolato, delle misure finalizzate al potenziamento degli strumenti di contrasto della criminalità transnazionale, si inserisce anche l'azione comune del 29 giugno 1998 n. 428[150] con cui il Consiglio istituì la Rete Giudiziaria Europea.

Tale organismo non è altro che una rete di punti di contatto giudiziari tra gli Stati membri dell'Unione Europea che si prefigge di migliorare, sia sul piano giuridico che su quello pratico, la cooperazione giudiziaria tra gli Stati membri dell'Unione Europea nella lotta contro i reati più gravi (criminalità organizzata, corruzione, traffico di droga, terrorismo)[151].

L'entrata in vigore di tale strumento normativo, la cui adozione lascia impregiudicati gli accordi e le convenzioni vigenti in materia di assistenza giudiziaria penale, come si è avuto modo di rilevare in precedenza, viene ad inserirsi nell'ambito di un processo evolutivo[152] che prima la Comunità e, poi,

---

[150] L'azione comune è pubblicata in GU, L 191/4, del 7 luglio 1998.

[151] Vedi C. RODRÍGUEZ MEDEL NIETO, *Obtención y admisibilidad en España de la prueba transfronteriza: de las comisiones rogatorias a la orden europea de investigación,* cit., 156.

[152] In realtà l'idea di creare una rete di magistrati europei nasce prima del 1998 in quanto, già ai primordi del 1996, il Belgio, sulla base di un finanziamento comunitario, diede l'avvio ad un programma intitolato *"Rete Giudiziaria Europea e criminalità organizzata internazionale"*, avente l'obiettivo di realizzare una rete giudiziaria contro la criminalità organizzata internazionale. Tale rete avrebbe avuto il compito di riunire le autorità responsabili dei Paesi membri per l'azione giudiziaria, per la cooperazione e per il coordinamento all'interno dei rispettivi ordinamenti, nello specifico settore della criminalità organizzata. Durante i lavori preparatori al progetto ci si soffermò sulla possibile attivazione di contatti che potessero migliorare la cooperazione giudiziaria in senso stretto, per cui si decise di prevedere che il punto di contatto avrebbe potuto essere consultato, in caso d'urgenza o di particolare difficoltà nell'esecuzione del tipo di misura richiesta (per es rogatoria o estradizione), prima della stesura di una formale richiesta di cooperazione giudiziaria, allo scopo di renderla adeguata ed efficace nell'esito. Inoltre, si considerò attentamente l'esigenza di identificare, in ordine alle speciali operazioni investigative, le autorità competenti ad autorizzarle ed eseguirle all'interno di ogni Stato membro, al fine di costituire una rete di punti di contatto in grado di facilitarne l'applicazione in caso di attività investigative a carattere transfrontaliero. Da ultimo i lavori si concentrarono sullo scambio di informazioni giudiziarie. A questo proposito si constatò che per le forze di polizia nazionali fosse già previsto un canale istituzionale di scambio delle informazioni, ovvero *Europol*, e che "sarebbe stato utile realizzare, al di fuori degli schemi della mutua assistenza, un sistema di scambio delle informazioni giudiziarie per migliorare ed accrescere la conoscenza da parte dei competenti *prosecutors* delle nuove attività della criminalità organizzata presenti nel territorio degli altri Stati membri. La *discovery* dei relativi

l'Unione percorre da tempo, al fine di accelerare i tempi di esecuzione e semplificare le prassi operative esistenti della cooperazione giudiziaria penale tra gli Stati membri.

Nel frattempo, veniva adottato, nell'Aprile del 1997, un Piano d'azione contro la criminalità organizzata[153].

In tale piano vennero consacrate trenta raccomandazioni per un'efficace e coordinata lotta al fenomeno che prevedevano un fitto ed ambizioso programma di lavoro per l'adozione di una serie di iniziative strategiche da finalizzare entro la fine del 1999.

Di particolare rilievo è la Raccomandazione n. 21[154] la quale prevede la costituzione di una rete per la cooperazione giudiziaria, formata da *"addetti ai lavori che dispongano di una vasta esperienza pratica nella lotta alla criminalità organizzata"*.

In tale raccomandazione era, inoltre, previsto che ogni Stato membro designasse un punto di contatto centrale per lo scambio di informazioni tra le autorità giudiziarie nazionali, nel pieno rispetto della tutela prevista dalle legislazioni interne.

Infine, nel luglio 1997, la presidenza lussemburghese dell'Unione aveva portato all'attenzione del Gruppo multidisciplinare sulla criminalità organizzata (G.M.D.)[155] un progetto, redatto dalla delegazione belga, di un'azione comune per la creazione di una Rete Giudiziaria Europea che prevedeva che "tale rete fosse composta dalle autorità centrali e dalle autorità giudiziarie (o non) competenti nella cooperazione internazionale, sia in generale che per forme

---

patrimoni informativi avrebbe dovuto realizzarsi su base spontanea, tenendo in debito conto le implicazioni del segreto investigativo. Sul tema cfr. E. CALVANESE, G. DE AMICIS, *La Rete Giudiziaria Europea: natura problemi e prospettive* in Cass. pen. 2001, 2, 698.

[153] Il documento è consultabile in GU, n. C 251, del 15 agosto 1997.

[154] Tale Raccomandazione è inserita nel capitolo IV del Piano e concerne la cooperazione pratica tra forze di polizia, autorità giudiziarie e dogane nella lotta contro la criminalitàorganizzata.

[155] "Gruppo multidisciplinare sulla criminalità organizzata" istituito nell'ambito delle strutture del terzo pilastro, ed incaricato di realizzare gli obiettivi fissati nel Piano d'azione e dielaborare gli orientamenti politici per il coordinamento della lotta alla criminalità organizzata) cfr. E. CALVANESE, G. DE AMICIS, *La rete giudiziaria europea: natura problemi e prospettive* cit., 698.

specifiche di criminalità grave e che a tal fine gli Stati membri avrebbero dovuto nominare uno o più punti di contatto, nel rispetto delle norme interne e della ripartizione delle competenze, coprendo l'intero territorio nazionale e le varie forme di criminalità grave"[156].

La successiva approvazione dell'azione comune ha, così, determinato un allargamento dell'ambito di operatività della Rete Giudiziaria Europea rispetto al contenuto della raccomandazione n. 21 del Piano d'azione del 1997 estendendo i settori di competenza, attraverso l'esplicito richiamo alle forme di "criminalità grave", anche alle fattispecie della corruzione, del traffico di stupefacenti e del terrorismo.

Non minore importanza assume l'attenzione alle normative costituzionali, alle tradizioni giuridiche ed agli apparati organizzativi di ciascuno Stato membro, che è stata data al fine di predisporre i profili strutturali del nuovo organismo, in modo da salvaguardare i principi regolatori dell'articolazione interna delle competenze e l'esigenza di una completa diffusione sull'intero territorio nazionale[157].

Per quanto riguarda la sua composizione, la Rete Giudiziaria Europea è composta dalle autorità centrali responsabili in ciascuno Stato membro della cooperazione giudiziaria internazionale, da una o più persone di contatto designate in ciascuno Stato membro che abbiano una conoscenza sufficiente di una lingua di un Paese dell'Unione Europea diversa dalla lingua nazionale, dai magistrati di collegamento (che possono essere associati alla Rete Giudiziaria Europea dagli Stati membri che li designano) e, infine, da una persona di contatto designata dalla Commissione per i settori di sua competenza[158].

L'art. 2 dell'azione comune consente di istituire, come anticipato, uno o più punti di contatto in ciascuno Stato membro, allargando la trama della

---

[156] Ancora E. CALVANESE, G. DE AMICIS, *La rete giudiziaria europea: natura problemi e prospettive* cit. 698.

[157] *Idem*, E. CALVANESE, G. DE AMICIS, *La rete giudiziaria europea: natura problemi e prospettive,* op. loc. cit.

[158] Per un approfondimento a riguardo si consiglia P. TONINI*, La cooperazione internazionale nell'ambito del Consiglio d'Europa e dell'Unione Europea* in P. TONINI, *Manuale di procedura penale,* Milano, Giuffrè, 2016, 7, 3.

Rete in modo da ricomprendere l'insieme delle realtà territoriali nazionali e le varie forme della "criminalità grave".

Per migliorare la cooperazione, alla Rete Giudiziaria Europea venne affidato il compito di facilitare la creazione di adeguati collegamenti tra i diversi "membri di contatto" dei vari Stati, organizzare riunioni periodiche tra i rappresentanti degli Stati dedicate ad affrontare i diversi problemi relativi alla cooperazione giudiziaria e, infine, di fornire stabilmente informazioni aggiornate attraverso una rete di telecomunicazione adeguata.

Tali membri di contatto sono intermediari attivi, a disposizione delle autorità giudiziarie locali e possono essere richiesti sia dalle autorità di uno Stato membro che intenda ricevere le suddette informazioni rivolgendosi direttamente ad essi, sia dai punti di contatto di uno Stato membro che facciano da intermediari per un'autorità nazionale, nonché, infine, da una propria autorità nazionale che voglia stabilire un contatto all'estero.

Ne consegue che il referente attivo del contatto (colui che chiede le informazioni) può essere indifferentemente sia un'autorità giudiziaria straniera, che un punto di contatto di un altro Stato, che faccia da intermediario per le proprie autorità, sia infine un'autorità giudiziaria del proprio Paese.

Inoltre, ruolo fondamentale dei membri di contatto è quello di facilitare il coordinamento della cooperazione giudiziaria nei casi in cui alle varie domande presentate dalle autorità giudiziarie locali di uno Stato membro si debba dar seguito in modo coordinato in un altro Stato membro.

La Rete si occupa sostanzialmente di quattro tipi di informazioni cui le persone di contatto devono avere accesso[159]: i dati concernenti le persone di contatto di ciascuno Stato membro; un elenco semplificato delle autorità giudiziarie e locali di ciascuno Stato membro; le informazioni giuridiche e pratiche sui sistemi giudiziari e procedurali degli Stati membri; le informazioni riguardo i testi degli strumenti giuridici pertinenti (e, per quanto riguarda le convenzioni in vigore, il testo delle dichiarazioni e riserve).

[159] Vedi *Rete Giudiziaria Europea*, in ec.europa.eu .

In seguito agli sviluppi cui abbiamo assistito nel campo della cooperazione giudiziaria tra gli Stati membri, in particolare per quanto riguarda l'attuazione dei principi di mutua assistenza giuridica e di reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie in materia penale, ed in seguito ai successivi allargamenti dell'Unione Europea che hanno ulteriormente evidenziato l'importanza di potenziare la Rete, è emersa la necessità di sostituire l'Azione comune di cui si è appena dato atto.

Per questi motivi l'Azione comune 98/428/GAI è stata abrogata e sostituita dalla Decisione 2008/976/GAI[160] del Consiglio relativa alla Rete Giudiziaria Europea, entrata in vigore il 24 dicembre 2008[161].

I.3.3 Europol

Quanto assunto sino ad ora, ci porta a dedurre come, l'emergere nell'Unione Europea dell'idea di coordinamento, sia frutto di un discorso interno a una logica ordinamentale.

La necessità di contrastare la diffusione della criminalità[162] ha palesato l'anacronismo di dinamiche investigative e giudiziarie esclusivamente nazionali.

"*Sarebbe stato lecito aspettarsi che l'investigazione di polizia quale momento iniziale e primario del contrasto al crimine, fosse la prima a essere interessata dall'idea di coordinamento, come era già avvenuto in Italia dove l'agire coordinato delle strutture di polizia mirato a contrastare il crimine organizzato ha preceduto, se pure di poco, l'istituzione del coordinamento giudiziario da parte della Direzione nazionale antimafia e antiterrorismo*" [163].

---

[160] In www.csm.it e eur-lex.europa.eu.

[161] A seguito di tale incremento nel nostro ordinamento i punti di contatto arrivano quasi a trenta e rientrano nelle Procure generali presso le corti d'appello, nel Ministero della giustizia (Uff. II della Direzione generale affari penali) e nella Direzione nazionale antimafia.

[162] J. HABERMAS. *La costellazione postnazionale. Mercato globale, nazioni e democrazia, in* Collana Campi del sapere, Milano, Feltrinelli, 2002.

[163] F. DE LEO, *Le funzioni di coordinamento di Eurojust*, in Cass. Pen. 2010, 3, 1110. L'autore ricorda inoltre che la Direzione nazionale antimafia e la Direzione investigativa

L'organo che avrebbe dovuto assumere su di sé questa funzione è l'Ufficio europeo di polizia, più comunemente conosciuto come *Europol*[164].

L'*Europol* nasce come Ufficio di polizia preposto al miglioramento dell'efficienza dei servizi competenti appartenenti agli Stati membri e, quindi, alla cooperazione tra di loro, allo scopo di prevenire e combattere efficacemente la criminalità transnazionale.

Tale organo, tuttavia, nella pratica si configura quale semplice polizia di scambio di informazioni, di analisi dei fenomeni criminali e di supporto tecnico-operativo alle polizie nazionali[165].

---

antimafia nascono praticamente insieme, rispettivamente con il d.l. 20 novembre 1991, n. 367 e con il d.l. 29 ottobre 1991, n. 345. Le precedette di poco, con il d.l. 13 maggio 1991, n. 152, l'istituzione dei servizi centrali e interprovinciali di polizia per il collegamento delle investigazioni relative alla criminalità organizzata. La prima forma di coordinamento di polizia mirato al crimine organizzato si ebbe, però, con l'Alto Commissario per la lotta alla mafia, istituito con il d.l. 6 novembre 1982, n. 629.

[164] Agli esordi di queste iniziative di cooperazione ci si era proiettati verso mete decisamente più ambiziose. Addirittura, nel 1991 il cancelliere tedesco Kohl lanciò l'idea di una FBIeuropea, quindi di una polizia operativa. Quest'audace proposta era poi sfociata con l'istituzione di *Europol* tramite Convenzione conclusa con l'Atto del Consiglio del 26 luglio 1995. Si precisa sin d'ora che l'Atto istitutivo di *Europol* è stato destinatario, nel tempo, di numerose riforme. Precisamente: Atto del Consiglio, del 27 novembre 2003(protocollo), pubblicato in GU n. C 2 del 6 gennaio 2004; Atto del Consiglio, del 28 novembre 2002 (protocollo relativo alle squadre investigative comuni), pubblicato in GU n. C 312 del 16 dicembre 2002; Atto del Consiglio, del 30 novembre 2000 (protocollo sul riciclaggio di denaro), pubblicato in GU n. C 358 del 13 dicembre 2000; Decisione del Consiglio, del 3 dicembre 1998 (tratta di esseri umani), pubblicato in GU n. C 26 del 30 gennaio 1999; Decisione del Consiglio, del 3 dicembre 1998 (terrorismo), pubblicato in GU n. C 26 del 30 gennaio 1999. Altri atti correlati all'attività di *Europol* sono: Decisione 2005/511/GAI del Consiglio, del 12 luglio 2005, relativa alla protezione dell'euro contro la falsificazione attraverso la designazione dell'*Europol* quale ufficio centrale competente per la lotta contro la falsificazione dell'euro pubblicato in GU n. L 185 del 16.7.2005; Decisione del Consiglio del 6dicembre 2001, che estende il mandato dell'*Europol* alle forme gravi di criminalità internazionale enumerate nell'allegato della convenzione *Europol*, pubblicato in GU n. C 362 del 18 dicembre 2001.

[165] Gli organi che compongono *Europol* sono : il consiglio di amministrazione, il direttore, il controllore finanziario ed il comitato finanziario. Il consiglio di amministrazione è composto da un rappresentante di ciascuno Stato membro e da un rappresentante della Commissione in qualità di osservatore. Il consiglio ha diversi compiti tra i quali determinare le priorità dell'*Europol*, definire all'unanimità i diritti e doveri dei funzionari di collegamento, stabilire le condizioni relative al trattamento dei dati, elaborare le regole da applicare agli archivi di lavoro ed esaminare i problemi sui quali l'autorità comune di controllo richiama la sua attenzione . Si riunisce almeno due volte all'anno e ogni anno adotta all'unanimità una relazione sulle attività dell'*Europol* ed una previsionale, nella quale tiene conto delle esigenze operative degli Stati membri e della loro incidenza sul bilancio dell'*Europol*. La presidenza del consiglio di

Per di più l'*Europol* non è stato costituito di fatto se non nel luglio 1999, quando tutti gli strumenti relativi alla Convenzione principale furono ratificati.

Furono tali avvenimenti a dar vita ad una polizia operativa o anche, più semplicemente, a una polizia di coordinamento[166].

Ciò ha dimostrato come la sovranità statale si riconosca, spesso, con più intensità nel momento "poliziesco" rispetto a quello giudiziario.

In seguito, all'entrata in vigore della Convenzione, al fine di consentire la costituzione dell'ufficio europeo di polizia, vennero adottate le regole relative agli archivi, il regolamento interno dell'autorità comune di controllo, lo statuto del personale, la normativa per la salvaguardia della segretezza, il regolamento finanziario, l'accordo relativo alla sede, il protocollo sui privilegi e sulle immunità e gli accordi sui privilegi e sulle immunità degli ufficiali di collegamento.

In tal modo, *Europol* ha potuto iniziare le proprie attività il 1° luglio 1999, sostituendo da quella data l'unità "Droghe" dell'*Europol* (UDE) costituita provvisoriamente nel 1995.

---

amministrazione è affidata al rappresentante dello Stato membro che esercita la presidenza del Consiglio. Il direttore, nominato all'unanimità dal Consiglio per un mandato di quattro anni rinnovabile una volta, è assistito da tre vicedirettori, nominati dal Consiglio anch'essi sempre per un mandato quadriennale rinnovabile una sola volta. Il direttore è responsabile dell'esecuzione dei compiti affidati all'*Europol*, dell'amministrazione corrente, della gestione del personale e risponde della sua gestione al consiglio di amministrazione. Altro organo dell'ufficio europeo di polizia è il controllore finanziario, nominato all'unanimità dal consigliodi amministrazione e responsabile dinanzi ad esso. Infine, troviamo all'interno dell'*Europol* anche un comitato finanziario composto da un rappresentante di ciascuno Stato membro. L'*Europol* è finanziato dai contributi degli Stati membri ed i conti riguardanti tutte le entrate e le spese iscritte nel bilancio e il bilancio stesso degli attivi e passivi dell'*Europol* sono sottoposti a controllo annuale. Sulla base di un atto del suo consiglio di amministrazione europea; l'osservatorio europeo delle droghe e delle tossicodipendenze; l'Ufficio europeo perla lotta antifrode (OLAF). L'*Europol* ha concluso, attraverso le sue relazioni internazionali, accordi con diverse istituzioni europee (Accordi di cooperazione) tra le quali: la Banca centraleeuropea (BCE); *Eurojus*t; la Commissione. La Convenzione *Europol*, che gli Stati membri ratificano secondo le rispettive norme costituzionali, prevede, inoltre, che questo possa concludere con Paesi terzi e con organizzazioni internazionali accordi di cooperazione strategica o di cooperazione operativa (soltanto gli accordi operativi consentono la trasmissionedi dati personali).

[166] Sul coordinamento si rinvia alla voce di V. BACHELET, voce *Coordinamento*, in *Enc. dir.*, Milano, Giuffrè, X, 1962 .

Per quanto concerne poteri e funzioni, l'Ufficio europeo di polizia non ha poteri esecutivi come i servizi di polizia degli Stati membri e non può procedere, pertanto ad interrogatori né compiere ispezioni all'interno di abitazioni.

Le sue funzioni sono limitate all'attività di semplificazione dello scambio d'informazioni, di analisi dell'*intelligence* e di coordinamento delle operazioni interstatali.

Infatti, nell'ambito della cooperazione tra le forze di polizia nazionali, l'*Europol* è competente sostanzialmente a raccogliere ed analizzare le informazioni e segnalazioni utili ai fini della prevenzione o del contrasto alla criminalità, gestire tali raccolte computerizzate d'informazioni e trasmettere ai servizi competenti degli Stati membri interessati, tramite le unità nazionali, le informazioni ad essi riguardanti o, semplicemente, facilitarne lo scambio[167]. L'Ufficio di polizia europea, inoltre, è competente ad agevolare le indagini che si effettuano all'interno dei territori degli Stati membri nel caso in cui si tratti di delitti caratterizzati dalla transnazionalità o che, comunque, ledano interessi salvaguardati dall'Unione Europea, facilitando il supporto tecnico all'uopo necessario agli Stati membri.

I settori interessati dall'azione dell'*Europol* sono specificamente: la prevenzione e la lotta contro il terrorismo; il traffico illecito di stupefacenti; la tratta di esseri umani[168]; le reti d'immigrazione clandestina[169]; il traffico illecito di materie radioattive e nucleari; il traffico di autoveicoli rubati; la lotta contro

[167] Si rimanda, per un approfondimento, al Capitolo IV, par. 4.2.1., specificamente dedicato agli scambi informativi a fini investigativi.

[168] Particolare interesse in materia riveste il terzo protocollo delle Nazioni Unite contro il crimine internazionale dedicato al traffico degli esseri umani e sottoscritto a Palermo il 12 dicembre 2000, la Convenzione 182 dell'OIL sulla proibizione delle forme peggiori di lavoro minorile ratificata dall'Italia con la L. 25 maggio 2000 n. 148 , nonché la Cooperazione bilaterale Italia Albania su un programma finanziato dalla cooperazione allo sviluppo italiana per fornire assistenza e protezione alle donne "trafficate" albanesi in Italia. In dottrina sul rapporto tra sistemi di cooperazione penale e traffico degli esseri umani, cfr. V. MUSACCHIO, *La cooperazione penale internazionale nella prevenzione e nella lotta contro il traffico degli esseri umani. Un occhio di riguardo alle vittime*, in Dir. Pen. e Proc., 2005, 8, 1039.

[169] Si pensi al Protocollo bilaterale sottoscritto in materia dal nostro Paese con la Nigeria per il contrasto dell'immigrazione clandestina e la tratta degli esseri umani, Cfr. F. VASSALLO PALEOLOGO, *Accordi di riammissione e Direttiva sui rimpatri*, in L'altro diritto. Centro di documentazione su carcere, devianza e marginalità, 2007, in www.altrodiritto.unifi.it.

la contraffazione dell'euro e la falsificazione dei mezzi di pagamento; il riciclaggio dei proventi di attività criminali internazionali.

Per svolgere le sue funzioni, l'*Europol* gestisce un autonomo sistema computerizzato di raccolta d'informazioni che non può in nessun caso essere collegato ad altri sistemi automatizzati di trattamento di dati, salvo quelli delle unità nazionali.

A salvaguardia degli interessi sottesi alla sua attività, ogni unità nazionale è responsabile della sicurezza delle proprie infrastrutture e del controllo sulla conservazione e la cancellazione degli archivi.

Per essere più specifici, con riguardo al sistema elettronico di informazione, questo si compone di un sistema computerizzato di raccolta d'informazioni, gli archivi di lavoro e il sistema di repertorio all'interno del quale l'*Europol* può immettere, modificare e utilizzare unicamente i dati necessari per adempiere le proprie funzioni.

Riferendoci specificamente al contenuto del sistema, sono previste particolari restrizioni per i dati personali.

Questi, infatti, possono comprendere soltanto nome e cognome (eventualmente lo pseudonimo o altre identità assunte); data e luogo di nascita; cittadinanza; sesso; altri elementi che consentano di stabilire l'identità[170]. Inoltre, sempre nel sistema computerizzato d'informazioni, figurano le infrazioni e la loro natura, con le relative date e i luoghi; i mezzi utilizzati o che potrebbero essere utilizzati; i servizi incaricati e il numero di riferimento dei dossier; la sospetta appartenenza a un'organizzazione criminale; le condanne, se riguardano infrazioni di competenza dell'*Europol*; l'indicazione dell'*Europol* o dell'unità nazionale cheha immesso i dati.

Tale archivio informatico d'informazioni è accessibile solo ed esclusivamente dalle unità nazionali, dagli ufficiali di collegamento, dal direttore, dai vicedirettori e dagli agenti dell'*Europol* debitamente autorizzati.

[170] Per esempio possono essere ricompresi anche alcuni segni fisici particolari purché siano obiettivi e inalterabili.

L'*Europol*, peraltro, può immettere, modificare e utilizzare in altri registri, gli archivi di lavoro, dati riguardanti le infrazioni di sua competenza, compresi i dati relativi alle infrazioni correlate.

Gli archivi, che devono servire per analisi di supporto a un'indagine in materia penale, comprendono i dati riguardanti le persone sospettate di aver commesso un'infrazione al diritto nazionale di uno Stato membro o che sono state condannate per tali condotte o che, comunque, si sospetta abbiano partecipato a uno di tali fatti di competenza dell'ufficio o, addirittura, quelle persone che, ai sensi del diritto nazionale di uno Stato membro, siano sospettate di pianificare condotte delittuose che rientrino nella competenza dell'*Europol*. Ancora tali informazioni possono riguardare tutte le persone che possono essere a qualsiasi titolo coinvolte nei fatti *contra legem* inerenti alla competenza dell'ufficio, ivi comprese le vittime di uno di tali fatti o le personeche possano assumere l'ufficio di testimone.

Ogni progetto concernente le suddette informazioni comporta la formazione di un gruppo di analisi dei dati, comprendente analisti (i quali sono i soli autorizzati a immettere dati in un archivio di lavoro) e altri agenti dell'*Europol* nonché ufficiali di collegamento e/o gli esperti degli Stati membri (che potranno solo effettuare attività di ricerca all'interno del sistema)[171].

I dati non possono restare memorizzati in tale archivio oltre tre anni previa verifica con cadenza annuale da parte di *Europol* relativamente alla necessità della loro conservazione in base alla finalità dell'archivio con possibilità di rinnovo di ulteriori tre anni da parte del direttore dell'*Europol*.

Europol costituisce, pertanto, un sistema di repertorio dei dati memorizzati negli archivi di lavoro le cui informazioni devono essere trasmesse alle unità nazionali e, a loro richiesta, agli ufficiali di collegamento degli Stati interessati i quali assicurano nel loro ordinamento giuridico interno un grado di protezione dei dati almeno rispondente alla Convenzione del Consiglio d'Europa del 28 gennaio 1981.

[171] La raccolta, l'immissione e l'elaborazione dei dati avvengono nel rigoroso rispetto della tutela delle persone per quanto riguarda il trattamento automatizzato dei dati personali.

Data la delicatezza del tema ogni persona ha il diritto di chiedere all'*Europol* la rettifica o la cancellazione di dati errati che lo riguardano.

In tal caso, allorquando i dati errati (o non ricompresi tra quelli previsti dalla Convenzione *Europol*) siano stati immessi direttamente dagli Stati membri, è loro compito procedere alla rettifica o cancellazione, di concerto con l'ufficio europeo di polizia.

Europol avrà, quindi, il compito di informare il richiedente di aver corretto o cancellato tali dati.

Se tale informativa non avviene o nell'eventualità in cui l'interessato non fosse soddisfatto dell'operato dell'ufficio, questi può rivolgersi all'autorità comune di controllo[172].

Peraltro, ulteriore segno di garanzia ed attenzione, è la designazione da parte di ogni Stato membro di un'autorità nazionale di controllo incaricata di verificare, nell'applicazione del diritto nazionale, la liceità dell'immissione, consultazione e trasmissione all'*Europol* dei dati personali da parte del rispettivo Stato membro.

Ogni Stato membro, inoltre, costituisce o designa un'unità nazionale *Europol* (UNE), quale organo di collegamento fra *Europol* e i servizi nazionali competenti. Ognuna di tali unità invia all'*Europol* almeno un ufficiale di collegamento, incaricato di difendere gli interessi della propria unità nazionale presso l'Ufficio prevedendo riunioni periodiche all'uopo necessarie dei capi nazionali.

Tra gli altri, i compiti dell'unità nazionale consistono sostanzialmente nel fornire all'*Europol* le informazioni e segnalazioni necessarie per adempiere al suo mandato e, in particolare, per assicurare l'alimentazione del sistema d'informazione, mantenere un flusso di informazione necessario al compimento dei compiti dell'ufficio e diffondere presso i servizi competenti le informazioni.

L'importanza dell'istituzione di tale Unità è evidente alla luce del fatto che costituisce l'unico punto di accesso dell'*Europol* negli Stati membri.

[172] Si tratta di un'autorità indipendente, incaricata di vigilare sull'attività dell'*Europol* per assicurare che la memorizzazione, il trattamento e l'impiego dei dati di cui dispongono i servizi dell'*Europol* non ledano i diritti delle persone.

Tuttavia, le modifiche apportate alla Convenzione *Europol* dal Protocollo del novembre 2003 consentirono, inoltre, parallelamente agli scambi di informazioni appena menzionati, contatti diretti tra i servizi competenti di uno Stato membro ed *Europol*.

Il Consiglio, nel novembre 2002 e nel novembre 2003, adottò, infatti, due protocolli attuativi della Convenzione.

Tali protocolli vennero adottati sostanzialmente per rafforzare i poteri dell'*Europol* nella sua attività di sostegno agli Stati membri, consentendogli in particolare di coordinare "squadre investigative comuni"[173], chiedere l'avvio d'indagini, permettere a Paesi terzi (con i quali l'*Europol* abbia conclusoaccordi operativi) di partecipare ai gruppi di analisi[174].

A partire dal 1° gennaio 2010, la Convenzione venne sostituita dalla Decisione 2009/371/GAI del Consiglio d'Europa, la quale configura *Europol* quale istituzione dell'Unione Europea e, pertanto, lo sottopone alle stesse norme e procedure generali delle altre istituzioni semplificando, in tal modo, la sua amministrazione e prevedendone, peraltro, il finanziamento[175].

I.3.4 L'Agenzia europea per la cooperazione operativa alle frontiere esterne degli Stati membri dell'Unione Europea (Frontex)

Nella Comunicazione del 7 maggio 2002, intitolata *"Verso una gestione integrata delle frontiere esterne degli Stati membri dell'Unione Europea"*, la

[173] Delle squadre investigative comuni si parlerà anche nel capitolo IV. Per un approfondimento sul tema si segnalano fin d'ora: J. PÉREZ GIL, *Equipos conjuntos de investigación penal*, in *La cooperación judicial civil y penal en el ámbito de la Unión Europea:instrumentos procesales*, diretto da M. JIMENO BULNES, 2007, cit., 349-369; J. PÉREZ GIL, *Actuación policial concertada más allá de las fronteras: los equipos conjuntos deinvestigación en la UE*, in Revista de Estudios Europeos, 2007, 45, 65-79; R. JIMÉNEZ FERNÁNDEZ, *Equipos conjuntos de investigación: la experiencia de Eurojust,* in E. ORTEGA ARJONILLA, *La traducción e interpretación jurídicas en la UE. Retos para la Europa de los ciudadanos*, Granada, Comares, 2008, 455-462.

[174] A. TINOCO PASTRANA, *La lucha contra el terrorismo en la Unión Europea desde una perspectiva procesal*, in Araucaria: Revista Iberoamericana de filosofía, política y humanidades, 18, 36, 2016, 451- 452.

[175] *Europol*, pertanto, oggi è finanziato dal bilancio generale dell'UE e sottoposto al controllo finanziario del Parlamento europeo.

Commissione aveva auspicato l'istituzione di un organo comune di esperti in materia per una gestione integrata delle frontiere esterne degli Stati membri che garantisse un livello elevato e uniforme di controllo delle persone e di sorveglianza, come prerequisito fondamentale per la creazione di uno "spazio di libertà, sicurezza e giustizia".

A questo scopo il Consiglio, con Regolamento (CE) n. 2007/2004[176], del 26 ottobre 2004, istituì un'Agenzia per la gestione della cooperazione operativa alle frontiere esterne[177] degli Stati membri dell'Unione Europea, meglio conosciuta come *Frontex*, al fine di migliorare la gestione integrata di tali frontiere.

Nonostante gli Stati membri fossero responsabili del controllo e della sorveglianza delle frontiere esterne, è l'Agenzia[178] che ha svolto un ruolo molto importante per la semplificazione dell'applicazione delle misure comunitarie in materia di gestione di frontiere.

Il Regolamento *de quo*[179] tenne conto delle esperienze provenienti dalla cooperazione tra gli Stati membri nel settore in cui l'Agenzia subentrava per il coordinamento della cooperazione operativa[180].

Concretamente *Frontex* si configura quale organismo europeo dotato di personalità giuridica, indipendente per quanto attiene alle questioni tecniche.

Al suo interno riveste particolare importanza il c.d. direttore esecutivo il

[176] Reperibile in eur-lex.europa.eu e in www.senato.it .

[177] In particolare, per "frontiere esterne" degli Stati membri si intendono le frontiere terrestri e marittime di questi ultimi e i loro aeroporti e porti marittimi, cui si applicano le disposizioni del diritto comunitario in materia di attraversamento delle frontiere esterne da parte delle persone.

[178] L'Agenzia assume le proprie funzioni con decorrenza dal 1°maggio 2005. Le entrate dell'Agenzia provengono da una sovvenzione comunitaria, da un contributo dei Paesi associati, dai compensi per i servizi forniti e dai contributi volontari degli Stati membri. Il regolamento finanziario applicabile all'agenzia è adottato dal consiglio di amministrazione, previa consultazione della Commissione. La Decisione 2005/358/CE (GU n. L 114 del 4 maggio 2005) del Consiglio, del 26 aprile 2005 fissa la sede dell'Agenzia a Varsavia, in Polonia.

[179] Il Regolamento in questione risponde all'appello del Consiglio europeo di Salonicco, nelle sue Conclusioni del 16 e 17 ottobre 2003.

[180] Vedi www.frontex.europa.eu .

quale ha poteri di rappresentanza e di gestione[181].

Arrivando, invece, alle funzioni dell'Agenzia, tra i principali compiti si possono ricordare, nell'ambito del coordinamento della cooperazione operativa tra gli Stati membri in materia di gestione delle frontiere esterne, la predisposizione di un modello di valutazione comune e integrato dei rischi con la preparazione di analisi generali e specifiche degli stessi; l'assistenza agli Stati membri in materia di formazione del corpo delle guardie di confine tramite l'elaborazione di norme comuni in materia di formazione, la pianificazione di una formazione a livello europeo per istruttori del corpo nazionale delle guardie di confine, l'organizzazione di seminari ed una formazione complementare agli agenti delle amministrazioni competenti.

Ancora ulteriori compiti di *Frontex* sono: l'osservazione dell'evoluzione delle ricerche in materia di controllo e sorveglianza delle frontiere esterne; l'aiuto agli Stati membri che devono affrontare circostanze che richiedono un'assistenza tecnica e operativa rafforzata alle frontiere esterne; il sostegno degli Stati membri allorquando sia necessario per organizzare operazioni di rimpatrio congiunte[182]; l'impiego di squadre di intervento rapido alle frontiere negli Stati membri che

[181] Tale soggetto, indipendente nell'espletamento delle sue funzioni, viene nominato per cinque anni dal consiglio di amministrazione sulla base del merito e della provata competenza in materia amministrativa e gestionale, nonché della relativa esperienza in materia di gestione delle frontiere esterne, ed è affiancato da un vicedirettore esecutivo. Per quanto attiene al consiglio di amministrazione, questo adotta anche la relazione generale, il programma di lavoroe la politica relativa al personale dell'agenzia e stabilisce la struttura organizzativa dell'agenzia. È composto di un rappresentante di ciascuno Stato membro e di due rappresentanti della Commissione. Ogni Stato membro nomina inoltre un supplente, mentre la Commissione nomina due supplenti. Il mandato dei membri del consiglio di amministrazione è di quattro anni, rinnovabile per un secondo termine. I Paesi associati all'attuazione, all'applicazione e allo sviluppo dell'*acquis di Schengen* prendono parte alle attività dell'Agenzia e nominano ciascuno un rappresentante e relativo supplente al consiglio di amministrazione. Per quanto concerne la comunicazione, l'Agenzia garantisce la pubblicazionedella relazione generale e vigila a che il pubblico e tutte le parti interessate ricevano rapidamente informazioni obiettive, affidabili e comprensibili sui suoi lavori. Entro tre anni dalla data in cui l'agenzia ha assunto le proprie funzioni e successivamente ogni cinque anni, ilconsiglio di amministrazione ordina una valutazione esterna indipendente sull'attuazione del regolamento e il consiglio di amministrazione formula raccomandazioni in base a tali valutazioni.

[182] L'Agenzia può utilizzare le risorse finanziarie dell'Unione rese disponibili a tale scopo e deve redigere un inventario delle migliori pratiche per il trasferimento dei cittadini di Paesi terzi che risiedono illegalmente negli Stati membri.

subiscono una pressione urgente ed eccezionale dovuta, ad esempio, all'afflusso massiccio di immigrati clandestini.

Fatte salve le competenze dell'Agenzia, gli Stati membri hanno facoltà di proseguire la cooperazione stabilita a livello operativo con altri Stati membri e/o Paesi terzi se tale cooperazione completa l'azione dell'Agenzia e informano l'Agenzia stessa delle attività condotte nel quadro della cooperazione al di fuori della stessa.

Nella Relazione di valutazione politica di *Frontex* redatta dalla Commissione nel 2008[183] in risposta al Consiglio europeo dell'Aia, si rinvengono una serie di previsioni concernenti l'operato dell'Agenzia *Frontex* volti all'implementazione della sua azione tra cui: il pieno utilizzo della banca dati sulle attrezzature tecniche nazionali; la combinazione delle operazioni congiunte con quelle della rete europea di pattuglie; l'affidamento all'Agenzia dell'acquisto di attrezzature per le squadre di intervento rapido alle frontiere (RABIT) e della gestione della rete ICONet; la partecipazione alle attività del Centro di informazione, di riflessione e di scambi in materia di attraversamento delle frontiere e di immigrazione (CIREFI).

Nonché, ancora, la partecipazione di *Frontex* al meccanismo di valutazione Schengen delle frontiere esterne degli Stati membri, al Sistema europeo di sorveglianza delle frontiere (EUROSUR) ed all'acquisto di attrezzature e reclutamento di risorse nel quadro della creazione di una guardia di frontiera europea.

Ebbene, dal quadro fin qui delineato, si può ben intendere la rilevanza che è stata conferita a tale organismo.

La sua struttura, i suoi poteri e l'organizzazione della sua attività, infatti, sono stati e sono ancora preziosi nell'ambito della prevenzione alla criminalità transnazionale a maggior ragione in un'epoca in cui l'immigrazione è divenuta un'emergenza di sempre più difficile contenimento.

[183] Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, del 13 febbraio 2008 – Relazione sulla valutazione e sullo sviluppo futuro dell'Agenzia FRONTEX [COM (2008) 67 – Non pubblicata in Gazzetta ufficiale].

I.3.5 OLAF

Una delle forme di criminalità transnazionale maggiormente accusate dall'Unione Europea sin dai suoi albori è stata sicuramente quella della criminalità economica.

Sin dal Trattato CE veniva offerta una base giuridica esplicita per le azioni della Comunità e degli Stati membri nel settore della lotta contro la frode e contro altre attività illecite che ledono gli interessi finanziari della Comunità[184].

I mezzi di cui la Comunità disponeva per contrastare i fenomeni di frode e di criminalità economica e finanziaria sono stati considerevolmente rafforzati con l'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam.

La *task force* "Coordinamento della lotta antifrode" della Commissione venne infatti sostituita dall'ufficio europeo per la lotta antifrode (OLAF[185]), al quale vennero affidate, oltre a funzioni investigative, attività di elaborazione e di preparazione di atti normativi nel settore della tutela degli interessi comunitari e della lotta antifrode.

L'Ufficio europeo per la lotta antifrode venne istituito con la Decisione 1999/352/CE[186] della Commissione, del 28 aprile 1999 con l'obiettivo di rafforzare la portata e l'efficacia della lotta contro le frodi e le altre attività illecite lesive degli interessi comunitari.

---

[184] L'art. 280 Trattato CE affermava, infatti, che la Comunità e gli Stati membri *"combattono contro la frode e le altre attività illegali che ledono gli interessi finanziari della Comunità stessa mediante misure adottate a norma del presente articolo, che siano dissuasive e tali da permettere una protezione efficace negli Stati membri"* in www.eur-lex.europa.eu. Vedi anche L. FERRARI BRAVO, A. RICCI, *Codice dell'Unione Europea: Il Trattato sull'Unione Europea*, Milano, Giuffrè, 1994.

[185] Nasce con il nome "Unità di Coordinamento della Lotta Anti-frode" (UCLAF) e viene ribattezzata successivamente "Ufficio Europeo di Lotta Antifrode" (OLAF); cfr. Decisione della Commissione del 28 aprile 1999, che istituisce l'Ufficio europeo per la lotta antifrode (OLAF) [notificata con il numero SEC(1999) 802] e i Regolamenti n. 1073 e n. 1074 del 1999, nonché l'Accordo Interistituzionale, tutti pubblicati in GU n. L 136 del 31 maggio 1999 (i due Regolamenti e l'Accordo interistituzionale ne precisano le modalità di funzionamento mentre la Decisione che lo istituisce ne elenca le competenze).

[186] Si rinvia a "OLAF", in eur-lex.europa.eu.

Rispetto alla *task force*, l'OLAF gode di maggiore indipendenza nell'esercizio delle sue funzioni investigative.

Si tratta di un Ufficio della Commissione Europea che dispone di uno speciale statuto d'indipendenza per le sue funzioni d'indagine nella lotta contro la frode.

La sua indipendenza operativa è tutelata da un comitato di vigilanza composto da cinque personalità esterne indipendenti, nominate di comune accordo dal Parlamento, dal Consiglio e dalla Commissione[187] in modo tale da garantire che le indagini interne possano svolgersi secondo modalità equivalenti nelle tre istituzioni e in tutti gli altri organi e organismi comunitari[188].

Il modello di Decisione prevede l'obbligo per il segretario generale, i servizi e ogni membro del personale dell'istituzione (organo od organismo) di cooperare pienamente con gli agenti dell'OLAF e di informarlo ogniqualvolta vi sia presunzione di frode, di corruzione o di altra attività illecita lesiva degli interessi delle Comunità.

Ogni membro del personale è, pertanto, tenuto ad informare immediatamente il proprio capo di servizio o il proprio direttore generale oppure, ove lo ritenga utile, il proprio segretario generale o direttamente l'OLAF. Sempre in tema di obblighi di informazione, il segretario generale, i direttori generali, i dirigenti e i capi di servizio devono, inoltre, trasmettere senza indugio all'OLAF ogni informazione che faccia presumere l'esistenza di irregolarità dei membri delle istituzioni, organi e organismi.

Da questo punto di vista l'Ufficio antifrode, a garanzia e trasparenza della liceità del suo operato, è dotato di innumerevoli controlli interni.

Se nel corso di un'indagine interna emergesse la probabilità del coinvolgimento personale di un membro, dirigente, funzionario o agente

---

[187] Inoltre, qualora il direttore dell'OLAF ritenga che un provvedimento adottato dalla Commissione comprometta la propria indipendenza, può presentare ricorso davanti alla Corte di giustizia. Ugualmente, se un membro del personale di un'istituzione, organo o un organismo comunitario si ritiene leso nel quadro di un'indagine interna, può presentare un reclamo al direttore dell'OLAF avverso l'atto che assuma gli arrechi pregiudizio, o presentare ricorso davanti alla Corte di Giustizia.

[188] Compresa la Banca europea per gli investimenti (BEI) e la Banca centrale europea (BCE). A tale scopo, le tre istituzioni convengono di adottare una decisione interna, secondo il modello allegato all'accordo, e invitano le altre istituzioni, organi e organismi ad aderire all'accordo.

l'interessato viene prontamente informato, chiedendogli di pronunciarsi/giustificarsi sui fatti che lo riguardano.
Tale richiesta può essere differita solo se è necessario ai fini dell'indagine stessa o di eventuali indagini di competenza delle autorità giudiziarie nazionali[189].

Per quanto riguarda le sue funzioni, la Decisione della Commissione provvede a sancirne i compiti[190].

I due regolamenti relativi alle indagini svolte dall'OLAF rammentano le principali funzioni dell'ufficio e definiscono le modalità d'esecuzione delle indagini amministrative[191], prevedendo che i controlli e le verifiche sia esterni (*ossia negli Stati membri e in alcuni Paesi terzi con i quali l'Unione ha concluso accordi di cooperazione*) che interni alle istituzioni, organi e organismi istituiti dai Trattati, non incidano sulla competenza degli Stati membri in materia di azione penale.

[189] Ancora "OLAF", cit., in ec.europa.eu. L'OLAF esprime il proprio parere su ogni domanda di un'autorità giudiziaria o di polizia di uno Stato membro, intesa a privare dell'immunità un dirigente, funzionario o agente di un'istituzione, organo od organismo. In ogni caso in cui la domanda riguardi un membro di un'istituzione od organo, l'Ufficio deve esserne informato.
[190] Rinvenibile in eur-lex.europa.eu. In particolare: effettuare indagini amministrative esterne nel quadro della lotta contro la frode, contro la corruzione e contro ogni altra attività illecita lesiva degli interessi finanziari delle Comunità, anche ai fini della lotta contro le frodi inerenti afatti ed attività compiute da operatori in violazione di disposizioni comunitarie; effettuare indagini amministrative interne miranti a lottare contro la frode, la corruzione e ogni altra attività illecita lesiva degli interessi finanziari delle Comunità e ricercare i fatti gravi, connessi con l'esercizio di attività professionali, che possano costituire un inadempimento degli obblighidei funzionari ed agenti delle Comunità perseguibile in sede disciplinare o penale o che possano costituire inadempimento degli obblighi analoghi dei membri delle istituzioni, organi eorganismi o del loro personale cui non si applica lo statuto dei funzionari delle Comunità europee; effettuare missioni d'indagine in altri settori su richiesta delle istituzioni e organi comunitari; contribuire al rafforzamento della cooperazione con gli Stati membri nel campo della lotta contro la frode; predisporre la strategia della lotta contro la frode (preparazione delleiniziative legislative e regolamentari nei settori d'attività dell'Ufficio); effettuare ogni altra attività operativa in materia di lotta antifrode (apprestare le infrastrutture, raccogliere e utilizzare le informazioni, fornire assistenza tecnica); agire come interlocutore diretto delle autorità giudiziarie e delle autorità incaricate dell'applicazione della legge nazionali; rappresentare la Commissione nel settore della lotta antifrode.
[191] L. FERRARI BRAVO e A. RICCI, *Codice dell'Unione europea: Il Trattato sull'Unione Europea,* cit.

Il direttore dell'OLAF è competente ad avviare e dirigere le indagini di sua iniziativa oppure su richiesta di uno Stato membro interessato (indagini esterne) o dell'istituzione, organo od organismo interessato (indagini interne).

Per quanto concerne le indagini esterne, l'OLAF è competente ad effettuare i controlli *in loco* i quali, in precedenza, erano svolti dalla Commissione a norma dei regolamenti CE, EURATOM n. 2988/95 e n. 2185/96[192].

Per le indagini interne, invece, l'OLAF ha accesso immediato, senza preavviso, a ogni informazione scritta in possesso delle istituzioni, organi od organismi europei.

Ha, altresì, la possibilità di richiedere informazioni orali a ogni persona interessata effettuando controlli in loco presso gli operatori economici[193].

Se nell'ambito di un'indagine interna, l'ufficio individua l'eventualità del coinvolgimento individuale di un membro, dirigente, funzionario o agente, ne informa l'istituzione, organo od organismo a cui il membro appartiene, a meno che quest'informazione sia inconciliabile con la necessità di mantenere il segreto assoluto ai fini dell'indagine o di un'eventuale investigazione nazionale.

Anche il funzionamento di tale Ufficio è improntato su una piena, reale ed effettiva collaborazione.

Tale dato si rinviene, in particolare, dalla trasmissione all'OLAF da parte degli Stati membri, istituzioni, organi e organismi (su richiesta dell'Ufficio o di propria iniziativa) di ogni documento e informazione di cui dispongono, relativi ad un'indagine in corso e della speculare possibilità che le informazioni vengano da questi trasmesse alle autorità competenti interessate[194].

A tutte le informazioni comunicate all'ufficio è riservata un'adeguata protezione ai fini sia della genuinità e segretezza dell'indagine che della tutela dei dati personali che potrebbero emergere.

---

[192] Reperibili presso i siti dps.tesoro.it e ec.europa.eu.

[193] Ancora OLAF, cit., in ec.europa.eu.

[194] L'Ufficio è l'interlocutore diretto delle autorità giudiziarie e delle autorità preposte all'applicazione della legge nazionali.

Al termine di ogni indagine, infine, OLAF redige una relazione contenente raccomandazioni sui provvedimenti da adottare che viene trasmessa agli Stati membri nel caso di indagini esterne o alle istituzioni, organi e organismi nel caso d'indagini interne.

L'azione svolta dall'OLAF trova fondamento oggi anche nell'art. 325 TFUE il quale impone alla Commissione ed agli Stati membri di combattere contro la frode e le altre attività illegali che ledano gli interessi finanziari dell'Unione Europea.

Sebbene concernente solo una fetta dei reati rientranti nella criminalità transnazionale, OLAF riveste, pertanto un'indiscutibile importanza tra gli organi incaricati di facilitare le attività di cooperazione ed assistenza nella lotta alla criminalità che investe l'Unione Europea.

I.3.6 Eurojust

Perché potesse affermarsi un modello "coordinativo" di cooperazione era necessario che a livello europeo si individuasse un soggetto istituzionale, un ente, dotato di personalità giuridica, che fosse centro di imputazione dell'azione di coordinamento.

Era, in sintesi, necessario che si affermasse una dimensione sovranazionale e istituzionale della cooperazione giudiziaria.

Questa piccola rivoluzione si è realizzata con l'istituzione di *Eurojust*[195] mediante la Decisione 2002/187/GAI del 28 febbraio 2002[196] del Consiglio,

[195] La storia dell'istituzione di *Eurojust* nasce, in realtà, anni prima della Decisione del 2002. Nel vertice dei Capi di Stato e di Governo tenutosi a Tampere nel 1999 venne, infatti, prevista la creazione di un'unità composta di magistrati del Pubblico ministero, giudici o funzionari di polizia, con pari prerogative appartenenti agli Stati membri dell'Unione europea, che consentisse di migliorare la lotta contro la criminalità organizzata. In seguito al vertice, nel 2000, il Consiglio dell'Unione europea adottò una Decisione (Pubblicata in GU, 21 dicembre 2000, n. L 324) con cui istituì l'unità provvisoria di cooperazione giudiziaria i cui compiti consistevano nel *"migliorare la cooperazione tra le autorità nazionali per le attività di indagine e le azioni giudiziarie"* e di *"stimolare e migliorare il coordinamento"*(Art. 2 Decisione in GU, 21 dicembre 2000, n. L 324 cit.) tra le autorità statali nell'ambito delle indagini contro la criminalità organizzata. Sul tema cfr. E. CALVANESE, G. DE AMICIS, Eurojust*: il terzo pilastro trova le sue fondamenta*, in Guida al dir., 2002, 6; L. SALAZAR, Eurojust*: una prima realizzazione della Decisione del Consiglio Europeo di Tampere*, in Doc. Giust., 2000, 6.

quale organo incaricato di rafforzare ed intensificare la cooperazione nella lotta contro le forme gravi di criminalità[197].

Eurojust è un organo dell'Unione dotato di personalità giuridica[198], indipendente da altre istituzioni europee di livello politico o amministrativo[199], competente per le indagini e azioni penali coinvolgenti almeno due Stati membri e relative a forme gravi di criminalità il cui ruolo è, appunto, migliorare il coordinamento tra le autorità competenti degli Stati e agevolare la loro cooperazione in materia giudiziaria[200].

In termini ancora generali si può affermare che *Eurojust* sia competente per le indagini e le azioni penali che interessano le forme gravi di criminalità transnazionale e contribuisce alle indagini degli Stati membri sulla base delle analisi e delle segnalazioni effettuate da *Europol*.

In particolare, l'art. 4 della Decisione riconduce tra le competenze di *Eurojust* le forme di criminalità per le quali è competente l'*Europol,* nonché la conoscenza delle indagini e delle azioni penali in reati diversi, a seguito di esplicita richiesta di un'autorità competente di uno Stato membro, sempre che l'intervento rientri tra gli obiettivi che l'organismo persegue e, ovviamente, che si tratti di ipotesi aventi carattere transnazionale.

Questa entità di concertazione delle procure nazionali dell'Unione è costituita da ventisette rappresentanti nazionali (distaccati da ciascuno Stato membro, aventi ruolo di giudici, magistrati del pubblico ministero e funzionari di polizia) e da un Collegio.

Quest'ultimo è composto da venticinque membri nazionali uno per ogni Stato dell'Unione. Ha sede all'Aia ed è responsabile dell'organizzazione del

---

[196] Pubblicata in GU del 6 marzo 2002, n. L 63/1.

[197] Per un approfondimento si rimanda a N. ALONSO MOLEDA, *Eurojust, a la vanguardia de la cooperación judicial en materia penal de la Unión Europea*, in Revista de Derecho Comunitario Europeo, 41, 2012, 119-157; G. PÉREZ SOUTO, *Eurojust ¿un instrumento eficaz en la lucha contra el crimen organizado?*, in Revista General de Derecho Europeo, 2013, 30; C. RODRÍGUEZ MEDEL NIETO, *Obtención y admisibilidad en España de la prueba transfronteriza: de las comisiones rogatorias a la orden europea de investigación*, cit., 161- 188.

[198] Art. 1 della Decisione 2002/187/GAI cit.

[199] Le altre istituzioni politiche o amministrative comunitarie non possono interferire nelle sue funzioni né accedere ai dossier giudiziari.

[200] *Eurojust* svolge un ruolo essenziale nella lotta contro il terrorismo. Si veda, in proposito, F. DE LEO *Le funzioni di coordinamento di* Eurojust, cit.

funzionamento dell'*Eurojust*.

La durata del mandato dei membri nazionali è di almeno quattro anni e lo Stato membro che li nomina può rinnovare il mandato e decidere la natura dei poteri giudiziari conferiti al proprio rappresentante nazionale.

Tuttavia, i membri nazionali devono almeno poter disporre di alcuni poteri ordinari, nonché di altri poteri esercitati d'intesa con l'autorità competente nazionale o in casi urgenti, di ulteriori poteri espressamente previsti dalla Decisione.

In particolare, per quanto riguarda il membro nazionale italiano, meritano di essere evidenziati alcuni aspetti concernenti la sua nomina e i suoi poteri che, durante i lavori in sede parlamentare, hanno suscitato un acceso dibattito protrattosi anche dopo l‟ approvazione della legge di recepimento n. 41 del 14 marzo del 2005, soprattutto per quanto attiene alla natura giurisdizionale o amministrativa[201] dei suoi atti.

Con riferimento alla procedura per la nomina, si può definire "a concerto invertito"[202] con potere di proposta da parte del Ministro della giustizia (organo esecutivo) e con possibilità per il Consiglio Superiore della Magistratura (CSM) di esprimere un mero parere nei confronti della rosa di nominativi proposti, individuati tra giudici e magistrati del Pubblico ministero con almeno venti anni di anzianità di servizio.

Deve qui, in via preliminare, ricordarsi che la Costituzione italiana ripartisce le competenze in materia di giustizia in maniera ben precisa sancendo all'art. 105 che: *"spettano al CSM, secondo le norme dell'ordinamento giudiziario, le assunzioni, le assegnazioni e i trasferimenti, le promozioni e i*

[201] Vedi *ex multis*, F. LO VOI, Eurojust*: prime riflessioni su alcuni profili ordinamentali* in Dir. Pen. e Proc., 2005, 5, 539; D. MANZIONE, *L'attuazione italiana e all'italiana di* Eurojust, in Legislazione penale, 2005, 3, 243; P. MOSCARINI, Eurojust *e il Pubblico Ministero Europeo: dal coordinamento investigativo alle investigazioni coordinate* in Dir. Pen.Proc., 2011, 5, 635.
[202] Vedi F. LO VOI, Eurojust*: prime riflessioni su alcuni profili ordinamentali,* in Dir. Pen. e Proc., cit.

provvedimenti disciplinari nei riguardi dei magistrati"[203] e, all'art. 110, che *"ferme le competenze del CSM, spettano al Ministro della giustizia l'organizzazione e il funzionamento dei servizi relativi alla giustizia"*.

In ordine alla natura intrinseca delle norme della Costituzione richiamate poc'anzi e, dal raffronto con la legge di attuazione n. 41/2005, sembrerebbe potersi affermare la natura amministrativa delle competenze dell'organismo della cui natura si discute in quanto, qualora le competenze fossero ritenute di natura giurisdizionale, la Costituzione e, in particolare, l'art. 105 imporrebbe l'attribuzione della competenza di nomina al CSM mentre, la procedura prevista dalla legge sopra menzionata, prevede *ictu oculi* una procedura invertita[204].

Questione strettamente connessa alla procedura di nomina è, poi, quella concernente la portata dei poteri del membro nazionale di *Eurojust* e, in particolare, la natura di siffatti poteri.

Relativamente alla fase delle indagini in materia penale, sono certamente compiti giudiziari quelli che la Costituzione e le norme processuali attribuiscono al Pubblico ministero quali la raccolta dei mezzi di prova, lo svolgimento degli atti di indagine, l'esercizio dell'azione penale, la rappresentanza dell'accusa al dibattimento ed, eventualmente, la possibilità di disporre l'avocazione dei procedimenti nei casi previsti.

---

[203] Quest'articolo è da leggere nell'ottica di un quadro costituzionale che fonda la magistratura quale *"ordine autonomo ed indipendente da ogni altro potere"* (art. 104 cost.) in cui per *"potere"* si intende il potere esecutivo. Questa precisazione a livello costituzionale si è ritenuta necessaria per rispettare la separazione dei poteri e sganciare così l'organo giudiziario da qualsiasi possibile influenza dell'organo esecutivo-amministrativo, mantenendo la magistratura del tutto indipendente da condizionamenti "esterni" e garantendo in questo modo, in maniera indiretta, anche un più rigoroso rispetto del principio di uguaglianza *ex* art. 3 cost.

[204] Più nello specifico: il CSM esprime le sue valutazioni sulla rosa di candidati proposte dal Ministro della Giustizia sulla base dei profili attitudinali emergenti dal curriculum professionale di ciascuno ed al possesso della specifica professionalità richiesta dall'incarico. In seguito alla valutazione del CSM il Ministro procede alla scelta del candidato ritenuto idoneo a ricoprire l'incarico e chiede al CSM il collocamento fuori ruolo dello stesso. Va tuttavia precisato che la norma non contiene alcun riferimento al carattere vincolante o meno del parere espresso dal CSM per cui si deve ritenere che il concerto che si propone non vincola in nessun modo il Ministro alle valutazioni fatte precedentemente dal CSM. Vedi F. LO VOI Eurojust*: prime riflessioni su alcuni profili ordinamentali*, cit., 539 e D. MANZIONE, *L'attuazione italiana e all'italiana di Eurojust*, cit., 245.

La funzione di *Eurojust* è essenzialmente quella di potenziare l'efficienza dell'azione delle autorità nazionali impegnate nella lotta contro gravi forme di criminalità transnazionale, nell'ottica di favorire un rapido ed efficace perseguimento degli autori dei reati.

I suoi compiti sono, quindi, sostanzialmente funzionali alla cooperazione traducendosi in ausilio ai fini del coordinamento delle indagini in più Stati, nonché in impulso (tramite richiesta all'autorità giudiziaria competente) per l'avvio di un'indagine o l'esercizio dell'azione penale.

Come si può notare si tratta di competenze che delineano un ruolo di coordinamento del membro nazionale atto ad agevolare una concreta cooperazione.

Risulta, così, maggiormente corretto parlare di un organismo "deputato a favorire la cooperazione e le procedure di assistenza giudiziaria"[205]e non di una giurisdizione sopranazionale.

In particolare, l'art. 5 della legge di attuazione, nello specificare i poteri del membro nazionale, rimanda all'art. 6 della Decisione del 2002[206] da cui emerge con evidenza che si tratta di attività di assistenza, di facilitazione alla

[205] Ancora F. LO VOI *Eurojust: prime riflessioni su alcuni profili ordinamentali,* cit., 539.

[206] Il testo dell'art. 6 della Decisione del 28 febbraio 2002 prevede che quando *Eurojust* agisce per il tramite dei membri nazionali interessati, può: a) chiedere alle autorità competenti degli Stati membri interessati di valutare se: i) avviare un'indagine o azioni penali per fatti precisi; ii) accettare che una di esse sia più indicata per avviare un'indagine o azioni penali per fatti precisi; iii) porre in essere un coordinamento fra di esse; iv) istituire una squadra investigativa comune conformemente ai pertinenti strumenti di cooperazione; v) comunicarle le informazioni necessarie per svolgere le sue funzioni; b) assicura l'informazione reciproca delle autorità competenti degli Stati membri interessati in ordine alle indagini e alle azioni penali di cui l'*Eurojust* ha conoscenza; c) assiste, su loro richiesta, le autorità competenti degli Stati membri per assicurare un coordinamento ottimale delle indagini e delle azioni penali; d) presta assistenza per migliorare la cooperazione fra le autorità competenti degli Stati membri; e) collabora e si consulta con la Rete Giudiziaria Europea, anche utilizzando e contribuendo ad arricchire la sua base di dati documentali; f) presta sostegno, nei casi previsti dall'articolo 3, paragrafi 2 e 3, e con l'accordo del collegio, a indagini o azioni penali riguardanti le autorità competenti di un solo Stato membro; g) può, conformemente ai suoi obiettivi e nell'ambito dell'articolo 4, paragrafo 1, per migliorare la cooperazione e il coordinamento tra le autorità competenti degli Stati membri, trasmettere richieste di assistenza giudiziaria quando queste: i) emanano da un'autorità competente di uno Stato membro; ii) riguardano un'indagine o un'azione penale svolta da detta autorità in un caso preciso, e iii) richiedono, per essere eseguite in modo coordinato, l'intervento dell'*Eurojust*.

cooperazione giudiziaria e di agevolazione del coordinamento dell'attività di indagine svolta contemporaneamente in più Paesi.

Non sono previste, come anticipato, attribuzioni di competenze investigative o funzioni di impulso "dirette" né competenze ad emanare direttive nei confronti della polizia giudiziaria e dei magistrati incaricati delle indagini[207].

Ciascuno Stato membro può designare uno o più corrispondenti nazionali che rappresentano un punto di contatto della Rete Giudiziaria Europea[208].

I corrispondenti nazionali sono gli organi giudiziari ed amministrativi, già individuati quali riferimenti territoriali della Rete Giudiziaria Europea, ossia le Procure generali della Repubblica presso le Corti d'Appello, la Direzione Nazionale Antimafia (DNA) e l'Ufficio II della Direzione generale della giustizia penale del Dipartimento per gli affari di Giustizia del Ministero della giustizia.

Tale organizzazione parrebbe essere ulteriore conferma della natura non tipicamente giudiziaria dell'attività *Eurojust*.

Ciò in quanto l'ufficio II della Direzione generale della giustizia penale del Dipartimento per gli affari di Giustizia del Ministero della Giustizia è un'autorità centrale in materia dicooperazione giudiziaria, le Procure Generali sono competenti ad avviare procedure di assistenza e cooperazione giudiziaria in ambito territoriale e la Direzione Nazionale Antimafia ha la funzione di coordinare le indagini in materia di criminalità organizzata.

Pare evidente, quindi, che il legislatore nazionale abbia optato per un membro nazionale con poteri giudiziari ad efficacia limitata e privi del carattere della vincolatività[209].

---

[207] Questo dato assume rilevanza per confermare l'impossibilità di accostamento con i poteri della Direzione Nazionale Antimafia.

[208] Vedi art. 9 della legge n. 41/2005 in www.normattiva.it .

[209] A conferma di tale tesi Corte Cost. del 15 aprile 2011, n. 136 in Cass. Pen. 2011, 12, 4278 in cui i giudici di legittimità escludono la natura giudiziaria di *Eurojust* in seguito al fatto che il Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, in un giudizio di impugnazione avente ad oggetto il provvedimento del Ministro della giustizia di designazione del rappresentante italiano presso *Eurojust*, ha sollevato questione di legittimità costituzionale dei commi 1 e 2 dell'art.

Nonostante ciò, non si può non riconoscere l'importanza di tale organismo europeo, soprattutto alla luce del fatto che gli è stata attribuita la competenza (ed il potere) di richiedere alle autorità degli Stati membri interessati di avviare un'indagine o intraprendere azioni penali, di istituire una squadra investigativa comune[210] e di adottare misure investigative speciali o altre misure ai fini dell'indagine.

---

2 della l. n. 41 del 2005, ritenendo la procedura di nomina ivi disciplinata in contrasto con gli artt. 105 e 110 Cost. "*Con la sentenza annotata, la Corte costituzionale ha escluso la lesione dei parametri evocati dal giudice rimettente, poiché né la normativa europea né quella interna di attuazione attribuiscono poteri tipicamente giudiziari all'organo e al singolo membro nazionale. Non potendosi, pertanto, ricondurre le funzioni esercitate dal rappresentante italiano a quelle giudiziarie proprie del magistrato del pubblico ministero, non trovano applicazione le norme interne, in specie quelle costituzionali, previste per l'assegnazione di tali funzioni".* In particolare, il giudice rimettente e le altre parti intervenute nel giudizio di costituzionalità avevano ravvisato nella normativa contenuta nella Decisione 2009/426/GAI relativa al rafforzamento di *Eurojust*, e nell'art. 85, § 1, TFUE la conferma (se non il rafforzamento) della dimensione giudiziaria di *Eurojust*. Da un lato, infatti, la nuova Decisione incrementa le prerogative dei membri nazionali e del collegio, in un'ottica dimiglioramento delle capacità operative dell'organismo e delle funzioni di coordinamento investigativo sovranazionale; dall'altro, il TFUE prevede che con regolamenti (allo stato della sentenza non ancora adottati) siano determinati la struttura, la sfera d'azione, i compiti di *Eurojust*, tra i quali è menzionato anche il potere di avvio di indagini penali, laddove la Decisione istitutiva del 2002 riserva all'organismo la possibilità di chiedere alle autoritàcompetenti degli Stati membri che sia avviata un'indagine o un'azione penale. Inoltre, lo stessoTrattato sul Funzionamento stabilisce all'art. 86 che il Consiglio, partendo da *Eurojust*, possa istituire una Procura europea, al fine di reprimere i reati che ledono gli interessi finanziari dell'Europa, con competenze che spaziano dall'individuazione al rinvio a giudizio degli autori dei predetti reati. I Giudici costituzionali, tuttavia, non ne hanno valutato l'impatto sulla questione sottoposta al loro giudizio, con riferimento alla mancata attuazione della nuova Decisione sul rafforzamento di *Eurojust* ed alla non adozione della normativa regolamentare di dettaglio cui fa cenno l'art. 85 TFUE. Vedi Nota a *Corte Costituzionale, 15 aprile 2011, n. 136*in Cass. Pen. 2011, 12, 4278.

[210] "L'art. 13 della nuova Convenzione di assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea, adottata a Bruxelles il 29 maggio 2000 (il cui testo è pubblicato in Guida dir., 2000, n. 22,108) e destinata ad affiancarsi alla Convenzione di Strasburgo del 1959, prevede accanto a tecniche d'indagine già sviluppate sul piano della cooperazione, quali le consegne sorvegliate (art. 12) e le operazioni di infiltrazione attraverso agenti sotto copertura (art. 14), la formazione di squadre investigative comuni d'inchiesta per le indagini transnazionali. Il legislatore europeo si è preoccupato di dettare una disciplina dettagliata per quanto concerne la composizione e le modalità di funzionamento della squadra, rimettendo al legislatore nazionale la soluzione del problema relativo all'utilizzabilità degli atti assunti in territorio estero. Le suddette squadre sono costituite, di comune accordo, dalle autorità competenti di due o più Stati membri, all'uopo individuate dai rispettivi governi nazionali, per uno scopo determinato e per una durata limitata, eventualmente prorogabile purché vi sia l'accordo di tutte le parti.

La Commissione, pienamente associata ai lavori di *Eurojust*, concorda con tale organismo le modalità pratiche di collaborazione.

La Decisione del Consiglio dell'Unione Europea istitutiva di *Eurojust*, prevede che anche questo organismo, nell'ambito delle proprie funzioni di impulso possa chiedere alle competenti autorità giudiziarie nazionali di valutare se costituire una squadra investigativa comune, lasciandola, comunque, libera di decidere se darvi o meno seguito. Tuttavia, qualora *Eurojust* eserciti le sue funzioni come collegio *(e non tramite un suo* membro nazionale), scatterà l'obbligo per le autorità nazionali di ottemperare alla richiesta o,in caso contrario, di motivare l'eventuale rifiuto. Quanto alla composizione della squadra, è previsto che possano entrare a farne parte anche soggetti diversi dai rappresentanti degli Stati membri presenti, ricondotti nella generica locuzione di funzionari di organismi istituiti ai sensi del trattato sull'Unione europea (la norma intende fare riferimento oltre che ad agenti di Stati terzi e di organismi internazionali, a rappresentanti di *Europol*, dell'ufficio europeo di lotta antifrode (OLAF), della Commissione europea od ancora dell'istituenda unità *Eurojust* di cooperazione giudiziaria). Per quanto concerne le condizioni perché la squadra possa operare,il legislatore mostra di essere pervenuto ad una soluzione di compromesso tra esigenze di coordinamento investigativo a livello transnazionale e un'idea più mitigata di salvaguardia della sovranità dello Stato membro nel cui territorio la squadra interviene. In ossequio al principio di diritto internazionale della *lex loci*, diretta espressione della sovranità statale, è previsto che la squadra operi in conformità al diritto dello Stato membro in cui interviene non potendo pretendersi che lo Stato sul cui territorio si compie l'attività d'indagine applichi normediverse dalle proprie, in assenza di una deroga esplicita. E proprio con riguardo alle squadre investigative non è stata prevista la possibilità che trovi applicazione una norma analoga a quella dell'art. 4 del testo della Convenzione (questo articolo prevede che lo Stato membro richiesto, nei casi in cui l'assistenza è concessa, «osserva le formalità e le procedure espressamente indicate dallo Stato membro richiedente sempre che le formalità e le procedure non siano in conflitto con i principi fondamentali del diritto dello Stato membro richiesto". L'obiettivo della norma è quello di agevolare l'innesto nel processo dello Stato richiedente dell'atto compiuto nello Stato richiesto). Una volta costituita la squadra, i soggetti che ne fanno parte (funzionari di polizia e/o pubblici ministeri) possono partecipare agli atti d'indagine svolti all'interno di ciascun Paese interessato (sono detti membri distaccati quelli appartenenti ad uno Stato diverso da quello sul cui territorio si intervenne), salvo che il direttore della squadra non disponga la loro esclusione per ragioni particolari. Costoro, inoltre, potranno essere incaricati dell'esecuzione di talune misure investigative da parte del direttore della squadra, purché vi sia l'approvazione delle autorità dello Stato membro dell'intervento e dello Stato che li ha distaccati. Il riconoscimento del potere di eseguire talune misure investigative implica, comunque, l'onere di dovere sottostare alle garanzie formali imposte dallo Stato dell'intervento secondo gli schemi classici della cooperazione intergovernativa". Così A. MANGIARANCINA, *Verso nuove forme di cooperazione giudiziaria: Le squadre investigative comuni* in Cass. Pen. 2004, 6, 2189. Ulteriore aspetto di assoluta importanza relativamente all'attività della squadra riguarda il regime giuridico delle prove raccolte. Cfr. C.RODRÍGUEZ MEDEL NIETO, *Obtención y admisibilidad en España de la prueba transfronteriza: de las comisiones rogatorias a la orden europea de investigación,* cit., 144- 147.

Ogni Stato membro, oltre che nominare uno o più corrispondenti nazionali, deve anche istituire un "sistema di coordinamento nazionale *Eurojust*" teso a garantire il coordinamento del lavoro svolto dai singoli corrispondenti nazionali (dal corrispondente nazionale in materia di terrorismo, dal corrispondente nazionale e dai punti di contatto della Rete Giudiziaria Europea, nonché dai membri nazionali o dai punti di contatto delle squadre investigative comuni e dai rappresentanti delle reti in materia di crimini di guerra, recupero dei beni e corruzione).

Nello svolgimento delle proprie funzioni, *Eurojust* intrattiene rapporti privilegiati con la Rete Giudiziaria Europea, con l'Ufficio europeo di polizia, con l'Ufficio per la lotta antifrode, con l'Agenzia europea per la gestione della cooperazione operativa alle frontiere esterne degli Stati membri dell'Unione Europea e, previa approvazione del Consiglio, ha facoltà di stringere accordi di cooperazione per lo scambio di informazioni con Paesi terzi, con organizzazioni o organismi internazionali e con l'Organizzazione internazionale di polizia criminale (Interpol)[211].

Oggi, peraltro, essendo istituita la Procura Europea, i poteri e le funzioni di *Eurojust* saranno in perfetta sintonia cooperativa con i rispettivi compiti attribuiti alla Procura[212].

Ritornando alle funzioni di *Eurojust*, per raggiungere i suoi obiettivi deve essere in grado di scambiare con le autorità competenti qualsiasi informazione rilevante.

A tale proposito, ancora una volta, è stato necessario garantire l'applicazione dei principi della Convenzione del Consiglio d'Europa del 1981 sulla protezione delle persone rispetto al trattamento automatizzatodei dati personali. Pertanto, è previsto che *Eurojust* possa trattare soltanto i dati riguardanti coloro che sono sospettati di avere commesso un reato di competenza dell'*Europol* (o che sono stati condannati), nonché le vittime e i testimoni.

[211] Inoltre, gli è conferito altresì il potere di coordinare la cooperazione giudiziaria con Paesi terzi e nominare magistrati di collegamento in questi Stati per agevolare detta cooperazione.
[212] Si veda, *infra,* par. I.1.3.7.

Fra i tipi di dati utilizzabili rientrano quelli concernenti l'identità della persona (cognome, nome, data e luogo di nascita, nazionalità, recapiti, professione, numeri di sicurezza sociale, documenti identificativi, profili DNA, fotografie, impronte digitali, ecc.) e la natura dei fatti contestati (qualifica penale, data e luogo in cui sono stati commessi, tipo di indagine, ecc.).

Eurojust deve, inoltre, istituire un sistema automatico di gestione dei fascicoli con archivi di lavoro temporanei e un indice dei dati personali e non personali.

I dati personali sono accessibili unicamente ai membri nazionali, ai loro aggiunti e assistenti, alle persone che partecipano ai sistemi di coordinamento nazionali *Eurojust* nella misura in cui sono collegate al sistema automatico di gestione dei fascicoli, nonché al personale autorizzato di *Eurojust*[213].

Conformemente alla normativa vigente in materia di trattamento dei dati personali e tutela della riservatezza, in seno a *Eurojust,* è appositamente designato al trattamento dei dati un membro del personale che ha il compito di garantire la legittimità del trattamento e la registrazione per iscritto della trasmissione e ricezione dei dati.

Naturalmente, al fine di evitare dicompromettere indagini in corso, sono fissati limiti alle consultazioni che le rendano compatibili con l'attività e il ruolo svolto da *Eurojust.*

In generale, chiunque ha il diritto di consultare i dati personali che lo riguardano e chiederne la rettifica o la cancellazione, qualora siano errati o incompleti. Chi ritenga di avere riportato un danno imputabile a un trattamento dei dati scorretto ha diritto a presentare una denuncia.

In tal caso *Eurojust* sarà responsabile, in conformità al diritto nazionale dello Stato membro in cui ha sede, mentre gli Stati membri sono responsabili a norma della propria legislazione nazionale.

Come previsto per *Europol*, I dati vengono conservati soltanto per il periodo strettamente necessario alla conclusione dell'attività di *Eurojust*.

In ogni caso, ogni tre anni è prevista una verifica periodica.

[213] A tale riguardo, va sottolineato che l'obbligo della riservatezza permane anche dopo la cessazione delle loro funzioni.

Eurojust e gli Stati membri, sono tenuti ad assicurare la protezione dei dati dalla distruzione, dalla perdita, dalla diffusione, dalla modifica e dall'accesso non autorizzato.

Tutte le attività di *Eurojust* sono sottoposte al controllo di un'autorità indipendente, che ha il compito di assicurare che il trattamento dei dati personali venga effettuato nel rispetto della disciplina prevista.

L'autorità di controllo comune si riunisce periodicamente nonché su convocazione del suo presidente[214].

In conclusione, la cornice normativa delineata dall'art. 85 del Trattato di Lisbona[215], pur evitando di attribuire alla titolarità di *Eurojust* i poteri tipici di un organo di accusa (ossia, quelli legati all'esercizio dell'azione penale), gli riserva, comunque, nelle diverse materie di sua competenza, rilevanti poteri di avvio delle indagini penali, di coordinamento operativo delle stesse e di "proposta di avvio di azioni penali" poi esercitate dalle competenti autorità nazionali. Il Trattato di Lisbona, quindi, parrebbe aver posto le basi per consentire, in relazione alle tipologie di reato specificamente individuate e definite con il regolamento istitutivo della Procura Europea, di configurare *Eurojust* quale "organo di indagine" e di coordinamento (rafforzato dall'espressa previsione della possibilità di prevenire e risolvere l'insorgere di eventuali conflitti di competenza) ed un connesso "ruolo di organo d'azione" per la neo Procura Europea[216].

I.3.7 Riflessioni sull'istituzione della Procura Europea.

Dopo ormai due decenni di distanza dalle prime proposte in materia, ed a seguito di oltre quattro anni di intensi negoziati, il 12 ottobre 2017 il Consiglio dei ministri della Giustizia dell'Unione ha formalmente adottato – dopo aver

[214] Il Presidente è designato da membri permanenti al loro terzo anno di mandato.

[215] E, ancor prima, dalle pertinenti disposizioni del Trattato costituzionale del 2004.

[216] Sul punto V. GREVI, *Linee di cooperazione giudiziaria in materia penale nella Costituzione europea*, in E. DOLCINI e C. E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, Giuffrè, 2006, 2796 ss. L'autore riteneva, già da tempi non sospetti, chela fisionomia della futura Procura europea lasciasse intendere come il promovimento della corrispondente azione penale dovrebbe ubbidire al principio di legalità, e quindi di obbligatorietà, sia pure semmai "temperata" in presenza di tassativi presupposti prefissati per legge, senza poter esser comunque subordinato a valutazioni di opportunità politica.

ottenuto il necessario via libera da parte del Parlamento europeo - il Regolamento[217] relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata sull'istituzione della Procura Europea, attraverso la speciale procedura di cooperazione rafforzata prevista dall'art. 86 TFUE con la partecipazione di venti Stati membri[218].

La Procura Europea ha sede a Lussemburgo ed è, almeno per il momento, competente ad indagare e perseguire gli autori di reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione[219], dinanzi alle giurisdizioni nazionali degli Stati partecipanti, alla stregua delle loro regole processuali.

Dal Regolamento si è subito evinto come la Procura Europea fosse un organo indipendente[220] operante come un ufficio unico con struttura decentrata e collegiale.

In particolare, il livello centrale è composto da un ufficio collocato nella sede dell'EPPO, formato dal Procuratore capo europeo, dai suoi sostituti, dai procuratori europei, dal collegio (responsabile della supervisione generale delle attività della Procura, con il compito di adottare decisioni su questioni strategiche e su questioni di ordine generale derivanti da singoli casi, in particolare al fine di assicurare la coerenza, l'efficienza e l'uniformità della politica in materia di azione penale dell'EPPO in tutti gli Stati membri, nonché su altre questioni previste nel Regolamento)[221], dalle camere permanenti che hanno il compito di monitorare e indirizzare le indagini e le azioni penali condotte dai procuratori europei delegati e di garantire il coordinamento delle indagini e delle azioni

[217] Regolamento del Consiglio, n. 1939 del 12 ottobre 2017, relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata sull'istituzione della Procura europea, pubblicato in GU n. L 283/1 del 31 ottobre 2017.

[218] Come noto Inghilterra ed Irlanda non si manifestarono concordi alla creazione dell'EPPO sin dalle prime proposte istitutive. Si veda sul tema M. JIMENO BULNES, *Brexit and the Future of European Criminal Law – A Spanish Perspective*, in Criminal Law Forum, Springer, 2017, 28(2), 329-330. Oggi rimangono fuori dalla stessa, accanto a Danimarca, Regno Unito,ed Irlanda, anche, almeno per il momento Malta, Olanda, Polonia, Svezia ed Ungheria. Sull'evoluzione dell'istituzione della Procura europea si veda, per tutti, L. SALAZAR, *Habemus EPPO! La lunga marcia della Procura europea*, in *Arch. pen.*, 17, 3, 2017.

[219] Si rimanda al paragrafo successivo la riflessione concernente l'ampliamento della competenza della Procura europea.

[220] Cfr. art. 6 del Regolamento EPPO.

[221] Cfr. art. 9 del Regolamento EPPO.

penali nei casi transfrontalieri[222] e dal direttore amministrativo.
A livello decentrato, invece, troviamo i procuratori europei delegati aventi sede negli Stati membri[223].

La particolarità della struttura risiede nella circostanza che i procuratori europei delegati facciano formalmente ed integralmente parte della Procura nonostante continuino a esercitare le proprie funzioni di procuratori nazionali, salvo che il carico di lavoro non lo permetta.

Viene a istituirsi, quindi, una funzione parallela a quella svolta all'interno degli ordinamenti di appartenenza, che determina anche che, nel momento in cui questi agiscano per conto dell'EPPO, essi potranno ricevere istruzioni solo dal livello centrale della Procura, che, conseguentemente, sarà unica istituzione alla quale dovranno rispondere del loro operato[224].

Come si è già avuto modo di anticipare, la competenza della Procura Europea viene determinata attraverso il rinvio esplicito alla Direttiva 2017/1371[225] sulla protezione degli interessi finanziari dell'Unione ("la Direttiva PIF").

Da tale rimando si deduce che la competenza della Procura Europea è estesa a tutti i reati lesivi di tali interessi, comprese le frodi all'IVA commesse

[222] Cfr. art. 10 del Regolamento EPPO.

[223] Nel corso del negoziato, si è assistito anche ad un progressivo spostamento del centro decisionale dell'EPPO verso la dimensione nazionale grazie alla previsione che, all'interno del Collegio, ciascun Procuratore europeo sovrintenda, in linea di massima, ai soli casi che riguardano il proprio Stato di provenienza e diriga i propri procuratori europei delegati. Cfr. sul punto, L. SALAZAR*, Definitivamente approvato il regolamento istitutivo della Procura europea (EPPO)*, in Diritto Penale Contemporaneo, 13 ottobre 2017.

[224] La prima domanda che ci poniamo, a questo punto, è in che maniera verranno disciplinati eventuali illeciti disciplinari compiuti nell'esercizio delle funzioni di Procuratore EPPO, non essendo stato previsto un organismo similare al CSM, finalisticamente deputato (nell'ordinamento italiano) a ricoprire la funzione di giudicare in merito a eventuali responsabilità disciplinari dei magistrati. Tali funzioni potrebbero, forse, essere ricoperte dal Collegio. Tuttavia, l'art. 9 del Regolamento, che disciplina la sua composizione e i suoi compiti, nulla dice in ordine a tale aspetto. Ritroviamo, tuttavia, un riferimento all'art. 14 comma 5, che sancisce che "la Corte di Giustizia può, su richiesta del Parlamento europeo, del Consiglio o della Commissione, rimuovere dall'incarico il procuratore capo europeo qualora riscontri che non è più in grado di esercitare le sue funzioni o che ha commesso una colpa grave."

[225] Direttiva del Parlamento e del Consiglio, n. 1371, del 5 luglio 2017, sulla protezione degli interessi finanziari dell'Unione, pubblicata in GU n. L 198/29, del 28 luglio 2017. Cfr. art. 22 comma 1 del Regolamento EPPO.

al territorio di due (o più) Stati membri che comportino un danno complessivo pari alla cifra di almeno dieci milioni di euro, le condotte di corruzione attiva e passiva, quelle di appropriazione indebita che ledano gli interessi finanziari dell'Unione, nonché quelle di partecipazione ad un'organizzazione criminale, quando l'attività dell'organizzazione criminale sia incentrata sulla commissione dei reati PIF.

Ancora, l'EPPO, ai sensi dell'art. 22 comma 3 del Regolamento istitutivo, potrà inoltre procedere nei confronti di qualsiasi altro reato "indissolubilmente legato" ad un reato PIF, sia pur solo a determinate condizioni individuate dal Regolamento.

É evidente che, con tale previsione, specialmente se letta in combinato disposto con il successivo comma 4, il legislatore europeo abbia voluto mantenere aperto il ventaglio di fenomeni criminosi da poter far rientrare all'interno della competenza della Procura Europea[226].

In riferimento agli strumenti investigativi che vengono concesse ai Procuratori europei, l'art. 30 prevede che la Procura Europea disponga di un elenco di misure d'indagine[227] quali: la perquisizione di locali, terreni, mezzi di

[226] Non può non sottolinearsi, tuttavia, che, anche se alla luce di tali disposizioni la competenza della Procura di nuovo conio sia decisamente ampliabile, risulta ancora difficile, in ragione del sempre richiesto collegamento con gli interessi finanziari dell'Europa, trovare una connessione con i reati di terrorismo che permetta di poter estendere pienamente la conoscenza degli organi della Procura Europea anche a queste fattispecie criminose. Proprio per tale motivo, nell'attesa dell'inizio dei lavori della Procura Europea, sono state da più parti avanzate proposte dirette ad un possibile allargamento della competenza della Procura Europea al fine di ricomprendervi anche i più gravi reati transnazionali tra cui, in particolare, il terrorismo, così come espressamente consente l'ultimo comma dell'art. 86 TFUE, pur se richiedendo a tal fine l'unanimità del Consiglio europeo. L'Italia, con i ripetuti interventi del Ministro della Giustizia Orlando a sostegno di tale tesi, si colloca in prima fila su tale fronte; l'idea è stata successivamente rilanciata anche dai Presidenti della Commissione e del Parlamento europeo e dal Presidente della Repubblica francese e sembra riscuotere un consenso crescente, almeno a giudicare dalle intenzioni espresse dai Ministri intervenuti in sede di Consiglio al momento della formale adozione del regolamento. La Commissione ha anche annunziato per il prossimo anno, in parallelo ad una revisione dello statuto dell'OLAF, per adeguare l'Ufficio alla nuova realtà, anche l'adozione di una comunicazione "in prospettiva 2025" dove dovrebbe venire affrontato anche il tema di una possibile estensione del mandato dell'EPPO anche ai reati di terrorismo.

[227] Sensibilmente ridotto rispetto all'originaria proposta della Commissione.

trasporto, abitazioni private, indumenti o altro bene personale e sistemi informatici (nonché qualsiasi misura cautelare necessaria a preservarne l'integrità o a evitare la perdita o l'inquinamento di prove); la produzione di qualsiasi oggetto o documento pertinente in originale o in altra forma specificata; la produzione di dati informatici archiviati (cifrati o decifrati, in originale o in altra forma specificata) tra cui quelli relativi al conto bancario oal traffico; il congelamento degli strumenti o dei proventi di reato; l'intercettazione delle comunicazioni elettroniche di cui l'indagato o l'imputato è destinatario o mittente, su ogni mezzo di comunicazione elettronica utilizzato dall'indagato (o dall'imputato); il tracciamento e rintracciamento di qualsiasi oggetto mediante mezzi tecnici.

La richiesta dell'adozione di tali misure deve ottenere autorizzazione da parte degli Stati membri, e potrà essere concessa a condizione che il reato per cui si procede sia punibile con una pena massima di almeno quattro anni di reclusione, e sempre che non vi siano motivi ostativi derivanti da puntuali disposizioni dell'ordinamento nazionale[228].

In materia di libertà personale, i procuratori delegati competenti, a seconda dei poteri di cui sono dotati in forza del diritto nazionale in casi analoghi, potranno disporre direttamente o richiedere l'emissione di misure di arresto o di custodia cautelare o, ancora, emettere (o richiedere) un mandato di arresto europeo ove il soggetto ricercato si trovi in un altro Stato membro.

Concluse le indagini il Procuratore delegato presenta al Procuratore europeo incaricato della supervisione la relazione di sintesi del caso insieme alla proposta di esercizio dell'azione penale dinanzi a un organo giurisdizionale nazionale. Nel caso in cui sussistano i presupposti, invece, ha la possibilità di richiedere il rinvio del caso, l'archiviazione o una procedura semplificata di azione penale.

Superata questa fase, sarà il Procuratore europeo delegato a formulare

[228] Cfr. commi 2 e 3 dell'art. 30 del Regolamento EPPO.

le proprie richieste alla camera permanente[229].
La camera permanente deciderà, quindi, sulla richiesta entro ventuno giorni dalla sua presentazione.

Da questo punto di vista la camera riveste un ruolo importante poiché le è riconosciuto il pieno potere di chiedere al Procuratore di procedere ad un riesame del caso.

Ciò che non rientra tra i suoi poteri è, invece, la possibilità di decidere l'archiviazione nel caso in cui il Procuratore abbia proposto il rinvio a giudizio. L'archiviazione del caso, infatti, è possibile solo in presenza di una delle ipotesi di cui all'art. 39 del Regolamento e, quindi, per morte dell'indagato o dell'imputato o liquidazione della persona giuridica indagata o imputata, in caso di sua infermità mentale, se interviene nei suoi confronti un provvedimento di amnistia, nel caso di concessione dell'immunità, per scadenza del termine legale nazionale per l'esercizio dell'azione penale, se viene pronunciato altro provvedimento definitivo nei confronti dell'indagato o dell'imputato, in relazione ai medesimi fatti e, infine, per mancanza di prove pertinenti.

Il capo VI si occupa delle garanzie procedurali di indagati e imputati. Dall'analisi del testo normativo si evince un triplice livello di tutela consistente nel rinvio alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, alle direttive in materia di garanzie difensive già adottate dall'Unione, ed alle garanzie addizionali previste dal diritto nazionale di ciascuno Stato partecipante[230].

Una volta divenuta operativa, la Procura, come già si è avuto modo di evidenziare, dovrà instaurare strette relazioni di cooperazione con *Eurojust*, OLAF ed *Europol* e rapportarsi con le istituzioni e gli organi dell'Unione, con i Paesi terzi e le organizzazioni internazionali, attraverso la conclusione di

[229] Cfr. art. 35del Regolamento EPPO. Relativamente alla possibilità di concludere il giudizio con procedura semplificata, questo sarà, evidentemente, possibile, solo all'intero degli Stati che già conoscano procedure analoghe a quella conosciuta in Italia come "patteggiamento".
[230] Compresa la possibilità di presentare prove, di chiedere la nomina o l'audizione di periti e l'escussione di testimoni, potendosi anche richiedere alla Procura europea di raccogliere prove "*per conto della difesa*". Art. 41 del Regolamento EPPO.

accordi di lavoro di carattere tecnico/operativo finalizzati ad agevolare la cooperazione e lo scambio di informazioni tra le parti.

L'espressione "a partire da *Eurojust*", così come formulata nell'art. 86, par. 1, del Trattato di Lisbona, pur apparendo di non univoca ed agevole interpretazione, è sembrata per lo più indicativa dell'esigenza di avviare e portare a termine un percorso finalizzato alla creazione di una struttura giudiziaria comune, in grado di orientare l'esercizio dell'azione penale a tutela di beni giuridici di interesse strettamente europeo e nell'ambito di un quadro tendenzialmente uniforme di garanzie dei diritti fondamentali delle persone coinvolte nelle attività investigative[231].

Sempre l'art. 86, al par. 2, contempla altresì un eventuale collegamento con le funzioni svolte da *Europol*, in termini squisitamente operativi, che non esclude forme di raccordo con altri organismi di indagine.

Riferendoci, in particolare, all'OLAF, non può trascurarsi di rilevare che sia oggi l'unico organismo abilitato a condurre un'attività di indagine - sia pure di tipo amministrativo - sull'intero spazio territoriale dell'Unione Europea, in relazione ad illeciti lesivi degli interessi finanziari dell'Unione, le cui esigenze di contrasto sono specificamente individuate e definite, anche nel rapporto con gli Stati membri, dall'art. 325 TFUE.

Dunque, sembra necessario, preparare le basi del futuro assetto dei rapporti di cooperazione, gettando sin da ora le fondamenta della nuova architettura istituzionale europea attraverso un efficace funzionamento delle intese operative già stipulate fra queste agenzie e, in particolare, promuovendo lo scambio di informazioni e dati sensibili, assieme al progressivo coinvolgimento di *Eurojust*, OLAF ed *Europol* nella costituzione delle squadre investigative comuni, in modo da delineare un quadro razionale e coerente di rapporti collaborativi, evitando il rischio di una competizione inutile tra una

[231] G. DE AMICIS, *Organismi europei di cooperazione e coordinamento investigativo*, in Cass. Pen., 2017, 2, 0804C ss; M. A. PÉREZ MARÍN, *Avanzando hacia la fiscalia europea,* Revista de la Facultad de Derecho, 2014, 12, 275-308.

pluralità di organismi chiamati ad operare negli stessi settori, e con competenze fra loro parzialmente o totalmente sovrapponibili.

Anche le relazioni con gli Stati membri che rimangono fuori dal Regolamento "EPPO" - nella speranza che aderiscano al più presto ed effettivamente alla disciplina, a garanzia di una più efficace cooperazione giudiziaria in materia penale[232] - verranno portate avanti attraverso la conclusione di "accordi di lavoro" riguardanti lo scambio di informazioni e l'utilizzo di reti di contatto.

Si ritiene (e ci si augura), a tal proposito, che il progredire della dimensione operativa dei rapporti di collaborazione ormai da tempo instaurati tra *Eurojust*, OLAF ed *Europol*, consentirà di superare tutte le resistenze politiche che hanno determinato originariamente un blocco nella realizzazione della Procura Europea (*blocco poi superato*) e, oggi, l'esistenza di numerosi compromessi non del tutto chiari relativi alla sua istituzione, alle sue funzioni e ai suoi poteri.

Allo stesso modo, la speranza è che tale collaborazione possa rafforzare la volontà negli Stati attualmente al di fuori dal Regolamento di aderire alla creazione di un organo europeo titolare dell'accusa penale.

Per altro verso, la costituzione di più organismi sovranazionali con poteri di coordinamento strettamente limitati all'ambito delle loro specifiche competenze funzionali può rivelarsi una scelta produttiva di inevitabili confusioni operative, nonché, addirittura, perdente sul piano dei risultati concreti. Il concetto di coordinamento rivela, infatti, l'esigenza di individuare un organo sovraordinato non sul piano gerarchico, ma su quello funzionale, chesia in grado di "ottimizzare" la conduzione e gli esiti delle attività investigative di rilievo transnazionale, organo, questo, che potrebbe (e dovrebbe) perfettamente coincidere con la Procura Europea[233].

Nonostante il Regolamento sia già entrato in vigore, il concreto avvio delle indagini e delle azioni penali avverrà, a non meno di tre anni di distanza,

[232] Non si ritiene di dover escludere, tuttavia, l'eventuale conclusione in futuro di uno strumento giuridico *ad hoc*, relativo alla cooperazione penale tra l'EPPO e le autorità competenti di tali Stati.

[233] G. DE AMICIS, *Organismi europei di cooperazione e coordinamento investigativo*,op. cit.

attraverso, ai sensi dell'art. 120, una separata Decisione della Commissione su proposta del Procuratore capo europeo una volta adottato il regolamento interno e gli altri atti di normazione secondaria[234].

Si auspica, quindi, che, con la creazione tanto attesa e desiderata della Procura Europea, si possa davvero pervenire ad un fronte comune europeo, che includa il versante giudiziario accanto a quelli del *law enforcement* e dello scambio di informazioni di *intelligence* per attuare in maniera più efficace un reale contrasto alle più gravi forme di criminalità transfrontaliera[235].

[234] In base a tale previsione si ritiene che le prime indagini direttamente condotte dalla Procura avverranno non prima del 2021. Cfr. L. SALAZAR, *Definitivamente approvato il regolamento istitutivo della Procura europea (EPPO)*, cit.

[235] Cfr. M. Á. PÉREZ MARÍN, *Avanzando hacia la Fiscalía Europea*, cit., 275-308.

CAP. II L'EVOLUZIONE NORMATIVA IN TEMA DI RACCOLTA DELLA PROVA.

Premessa. II.1. Lo strumento tradizionale di ricerca della prova: La rogatoria. II.1.1. La disciplina della rogatoria a seguito della riforma del Libro XI del codice di procedura penale italiano. II.1.2. Il contenuto della rogatoria. II.1.2.1 Il sequestro. II.1.2.2 Le intercettazioni telefoniche. II.1.2.3 La prova testimoniale assunta con rogatoria. II.1.2.4 La videoconferenza. II.1.3 Le pratiche alternative alla rogatoria tradizionale. Le rogatorie atipiche. II.1.3.1 La rogatoria concelebrata. II.1.3.2 L'acquisizione diretta delle prove. II.1.3.3 Le investigazioni difensive all'estero. II.2 I precedenti tentativi di innesto del principio del mutuo riconoscimento al terreno della prova penale. Uno sguardo al passato. II.2.1 La Decisione quadro 2003/577/GAI. II.2.2La Decisione quadro 2008/978/GAI. II.3 La Direttiva sull'ordine europeo di indagine penale 2014/41/UE.

Premessa

La normativa in materia di ricerca ed acquisizione della prova, nello spazio giudiziario europeo, si è contraddistinta negli anni per il suo carattere frammentario[236].

Tale frammentarietà era dovuta dall'esistenza di una disciplina fondata su una serie di norme appartenenti a categorie differenti.

Da un lato, le tradizionali forme convenzionali di assistenza giudiziaria che prevedono la possibilità di impiegare lo strumento rogatoriale al fine di acquisizione probatoria a seguito di attività di ricerca e di formazione[237] e, dall'altro, altri strumenti investigativi basati sul principio di riconoscimento

[236] Per un approfondimento sul tema cfr. *ex multis* E. APRILE, F. SPIEZIA, *Cooperazione giudiziaria penale nell'Unione europea prima e dopo il Trattato di Lisbona*, cit.; M. BARGIS, *La Cooperazione giudiziaria penale nell'Unione Europea tra mutuo riconoscimento e armonizzazione: analisi e prospettive*, in *Rivista di diritto processuale*, 2012, 67, 4, 914-928;
N. A. MOREDA, *Eurojust, a la vanguardia de la cooperación judicial en materia penal de la Unión Europea*, cit. 119-157; A. ARNAIZ SERRANO, *Cooperación judicial penal en Europa*,Madrid, Dykinson S. L., 2013.

[237] Cfr. Convenzione europea sulla mutua assistenza giudiziaria penale del 20 aprile 1959 ratificata dall'Italia con la legge 215/1961 (e i suoi due relativi Protocolli addizionali del 17 marzo1978 e dell'8 novembre 2001); Convenzione di applicazione degli Accordi di Schengen del 19 giugno 1990 (ratificata dall'Italia con la legge 388/1993); Convenzione sulla mutua assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea (cd. Convenzione di Bruxelles) del 29 maggio 2000, ratificata dall'Italia con la legge 149/2016 e il relativo Protocollo del 16 ottobre 2001. Il principio della mutua assistenza è alla base del modello dell''assistenza giudiziaria internazionale. Esso, a differenza del moderno principio di mutuo riconoscimento, presuppone un basso livello di integrazione dei sistemi processuali degli Stati interessati ed assicura il massimo rispetto del principio di sovranità degli Stati. Sull'argomento, ex multis, D. CARCANO, *Principi generali della disciplina*, in AA.VV., *Rogatorie penali e cooperazione giudiziaria internazionale* (a cura di E. Calvanese, G. La Greca, M.R. Marchetti), Torino, 2003, 117 e segg.; M. DANIELE, *Ricerca e formazione della prova*, in AA.VV., Manuale di procedura penale europea, Milano, 2019, 458 e segg.; F. DINACCI, *L'inutilizzabilità e il male captum bene retentum: vecchie superstizioni e nuove consapevolezze*, in *Arch. pen.*, 2023 (rivista web), 1 ss. e già in precedenza in ID., *L'inutilizzabilità nel processo penale. Struttura e funzione del vizio*, Milano, 2008.

mutuo tra cui ricordiamo quelli introdotti dalla Decisione quadro 2003/577/GAI concernente l'esecuzione di provvedimenti di blocco di beni o di sequestro probatorio e quelli racchiusi nella Decisione quadro 2008/978/GAI relativa al mandato europeo di ricerca delle prove. Tale disorganicità impediva una concreta ed effettiva collaborazione tra Stati rendendo, pertanto, necessaria una nuova impostazione che si basasse su una disciplina meno frammentaria e che tenesse conto del fatto che gli strumenti di assistenza giudiziaria europea esigevano una maggiore flessibilità[238].

Proprio in relazione a tale assunto, il Libro verde sulla ricerca delle prove in materia penale e sulla garanzia della loro ammissibilità[239] aveva prospettato la possibilità di introdurre un unico strumento europeo di raccolta transnazionale delle prove, utilizzabile per qualsiasi tipologia di attività istruttoria.

Così, nel programma di Stoccolma[240] - di dicembre 2009 - il Consiglio, nell'ambito dell'istituzione di un sistema globale di acquisizione probatoria transfrontaliera, basato sul principio del riconoscimento reciproco, aveva chiesto l'instaurazione di uno strumento unico capace di sostituire gli altri già esistenti, il quale fosse in grado di contemplare, per quanto possibile tutti i tipi di prove, e che stabilisse i termini di esecuzione limitando al minimo i motivi di rifiuto.

---

[238] L. BACHMAIER WINTER, *Prueba transnacional penal en Europa: la Directiva 2014/41 relativa a la Orden Europea de Investigación*, in Revista General de Derecho Europeo, 2015, 36. G. DARAIO, *La circolazione della prova nello spazio giudiziario europeo*, in AA.VV., ''Spazio europeo di giustizia'' e procedimento penale italiano (a cura di L. Kalb), Torino, 2012, 534 e segg.; Id., Le rogatorie, in AA.VV., Procedura penale. Teoria e pratica del processo (diretto da G. Spangher, A. Marandola, G. Garuti, L. Kalb), IV, Le impugnazioni. Esecuzione penale. Rapporti giurisdizionali con autorità straniere (a cura di L. Kalb), Torino, 2015, 1066 e segg.; G. DI CHIARA, *Rapporti Rapporti giurisdizionali con autorità straniere*, in Enc. dir., agg. II, Milano, 1998, 893 e segg.; A. GAITO, *Dei rapporti giurisdizionali con autorità straniere*, Padova, 1985; A. MANGIARACINA, *Principi generali del mutuo riconoscimento*, cit., 9 e segg.; M.R. MARCHETTI, *L'assistenza giudiziaria internazionale*, in AA.VV., Trattato di procedura penale (diretto da G. Ubertis, G.P. Voena), Milano, 2005, 41 e segg.

[239] Cfr. Libro verde sulla ricerca delle prove in materia penale tra Stati Membri e sulla garanzia della loro ammissibilità, Bruxelles, 11.11.2009, COM (2009) 624.

[240] Cfr. Conclusioni del Consiglio europeo del 10.12.2009 dove viene ribadital'importanza dei diritti della persona nei procedimenti penali quale valore fondantedell'Unione, essenziale per garantire la fiducia reciproca tra gli Stati membri e la fiducia nei riguardi dell'Unione europea. In quella occasione venne sottolineato che la tutela dei diritti fondamentali dell'individuo avrebbe anche rimosso gli ostacoli alla libera circolazione. Cfr. considerando n. 14 della Proposta di Direttiva del Parlamento Europeo del 20 luglio 2010 COM (2010) 392.

Proprio in relazione a tale assunto, si inserisce la Direttiva 2014/41/UE la quale ha, finalmente, previsto in materia di ricerca e formazione della prova, un unico strumento, denominato ordine europeo d'indagine (OEI).

Fatta tale doverosa premessa, sull'evoluzione della normativa specifica, preme analizzare, nel dettaglio, quegli strumenti che hanno caratterizzato - *nel corso degli anni* - la disciplina dell'acquisizione probatoria in materia penale in territorio straniero.

II.1 Lo strumento tradizionale di ricerca della prova: la rogatoria.

Lo strumento tradizionale di ricerca ed acquisizione probatoria in materia penale (*in ambito extraterritoriale*) è la c.d. rogatoria internazionale.

Questo istituto consiste nella richiesta da parte di un'autorità giudiziaria nei confronti di un'autorità giudiziaria di un altro Paese che è finalizzata al compimento, nel territorio di quest'ultima, di un atto processuale non eseguibile nel proprio Stato e che sia volto a soddisfare le esigenze di un processo penale in corso nello Stato richiedente.

La disciplina della menzionata richiesta è dettata da molteplici fonti: le norme dello Stato richiedente, quelle dello Stato richiesto ed eventuali norme di diritto internazionale generale o pattizio.

Per quanto riguarda l'ordinamento italiano, l'istituto della rogatoria è regolato all'interno del Libro XI del codice di procedura penale, recentemente riformato a seguito dell'attuazione della Convenzione relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione Europea, firmata a Bruxelles il 29 maggio 2000 [241].

[241] La convenzione di Bruxelles è pubblicata in GU n. C 197 del 12 luglio 2000. Dal 5 agosto 2016 è in vigore, in Italia, la legge delega 21 luglio 2016, n. 149, di "Ratifica ed esecuzione della Convenzione relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea, firmata a Bruxelles il 29 maggio 2000, e delega al Governo per la sua attuazione. Delega al Governo per la riforma del Libro XI del codice di procedura penale. Modifiche alle disposizioni in materia di estradizione per l'estero: termine per la consegna e durata massima delle misure coercitive", pubblicata in GU n. 81 del 4 agosto 2016. La legge delega appena citata ha, poi, consentito l'emanazione del d.lgs. 5 aprile 2017, n. 52, recante "Norme di attuazione della Convenzione relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea, firmata a Bruxelles il 29 maggio 2000", pubblicato in GU, n. 97, in data 27 aprile 2017. I provvedimenti appena citati, come si vedrà nel prosieguo del lavoro, hanno

Nonostante la definizione 'generale' della rogatoria sia rimasta tale, si è assistito nel corso del tempo ad una sua evoluzione sotto diversi aspetti.

La fonte principale da cui discende tale collaborazione interstatale, è la Convenzione Europea firmata a Strasburgo il 20 aprile 1959[242] e resa esecutiva in Italia con la legge 23 febbraio 1961 n. 215[243].

Questo rappresenta il primo accordo sorto esclusivamente per l'assistenza giudiziaria penale.

Orbene, la Convenzione riconosce il principio generale *locus regit actum* secondo il quale l'atto compiuto in rogatoria non soggiace alle regole sancite all'interno del Paese richiedente, poiché costituisce esercizio della sovranità del Paese in cui si richiede venga compiuto l'atto[244].

Da ciò, vennero poste le basi, sin dai tempi più lontani, per un dibattito dei pratici e teorici del diritto sul regime di acquisizione probatoria in relazione alla necessità della successiva utilizzabilità dei risultati raccolti.

Pertanto, ferma restando la tradizionale applicazione del principio in argomento, non sono mancati accordi[245] che hanno consentito di integrare le modalità di ricerca ed acquisizione previste nel luogo in cui l'atto deve essere compiuto, con altre modalità[246] necessarie ai sensi di quanto previsto dalla legge del luogo dove si svolge il processo in cui l'atto è destinato a confluire.

Il 29 maggio 2000 veniva firmata la già citata Convenzione relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione Europea[247] espressamente considerata, nel suo art. 1, quale completamento

---

interamente riformato l'intera disciplina del codice di procedura penale italiano in materia di rapporti giurisdizionali con Autorità straniere.

[242] Consultabile in www.admin.ch/ch/i/rs/c0_351_1.html .

[243] P. LASZLOCZKY, voce *Rogatoria* Dir. Proc. Pen. in *Enc. Dir.* XLI, 1989, 120.

[244] Cass., Sez. I, 9 novembre 1993, Palamara, in Cass. Pen. 1995, 2647, 1594.

[245] Tra tanti, Convenzione europea per la prestazione del giuramento da parte dei testimoni, Trattato con gli Stati Uniti, Convenzione di Strasburgo per la presenza delle parti o deidifensori al compimento di determinati atti. Vedi *Riflessioni "controcorrente" in materia di rogatorie internazionali*, S. GIAMBRUNO (a cura di)*, Rapporti giurisdizionali con le Autoritàstraniere*, in *Dir. Pen. Proc*., 2002, 3, 367.

[246] Cass., Sez. VI, 28 settembre 1999, Pafumi, in Cass. Pen., 2000, 3106, 1704.

[247] Cfr. sul punto E. CALVANESE, G. DE AMICIS, *Appunti sulla nuova Convenzione di assistenza giudiziaria penale tra gli Stati membri dell'Unione europea*, in *Giur. mer.*, 2000.

della Convenzione europea di assistenza giudiziaria del 1959 e del relativo primo Protocollo addizionale firmato il 17 marzo 1978[248], nonché della Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen del 1985 e della Convenzione europea sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi di reato, firmata a Strasburgo l'8 novembre 1990[249].

Alcuni profili particolarmente problematici tralasciati dalla Convenzione andarono, poi, a costituire la materia di un Progetto ideato sulla linea della Conclusione n. 49 del Consiglio Europeo di Tampere del 15-16 ottobre 1999 che invitava gli Stati membri a fornire piena assistenza giudiziaria nelle indagini e nei procedimenti riguardanti la criminalità economica grave e della Conclusione n. 6 del Consiglio Giustizia, Affari Interni e Finanze (GAI - ECOFIN) del 17 ottobre 2000 in cui veniva ribadita l'importanza annessa alla non opponibilità del segreto bancario alle autorità giudiziarie affinché le indagini penali effettuate presso gli istituti finanziari potessero apportare, nel quadro delle disposizioni nazionali, elementi di prova utili.

Oggetto principale del Progetto era l'assistenza giudiziaria, con particolare riferimento alle indagini bancarie: ben cinque disposizioni, infatti, presero espressamente in considerazione le informazioni che si richiedono al settore bancario nell'ambito di indagini penali transfrontaliere.

Come ci insegna la storia, è ormai assodato che le "*emergenze del momento*" guidano le riforme legislative.

In linea con tale assunto, alla luce dei sempre più frequenti attacchi criminali nei confronti dell'economia, il punto cardine del Progetto risiedeva nella fissazione di un obbligo, internazionalmente imposto, di accordare la più ampia collaborazione giudiziaria nel caso in cui la richiesta di assistenza

[248] Il secondo Protocollo addizionale alla Convenzione europea di assistenza giudiziaria è stato aperto alla firma a Strasburgo l'8 novembre 2001 in occasione di una sessione del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa. Alcune innovazioni contenute in tale strumento (videoconferenze, conferenza telefonica, osservazione transfrontaliera) sono state riprese ed ampliate (si pensi alle squadre investigative comuni di cui all'art.13) come si darà atto nel prosieguo del lavoro.

[249] Atto del Consiglio del 26 luglio 1995 che stabilisce la Convenzione istitutiva di un ufficio europeo di polizia EUROPOL, pubblicato in GU n. C 316 del 27 novembre 1995, 1.

concernesse conti correnti bancari detenuti in un istituto di credito sito nel territorio dello Stato richiesto.

Per conseguire l'obiettivo, l'art. 1 del Progetto obbligava gli Stati membri ad adottare i provvedimenti necessari a determinare, in esecuzione di una richiesta di assistenza, se una persona fisica o giuridica destinataria di un'indagine penale detenesse o controllasse uno o più conti bancari e, in caso positivo, a fornire i particolari dei conti identificati[250].

Parallelamente l'Italia concludeva diversi accordi bilaterali finalizzati ad una maggiore completezza della disciplina e a delle specifiche regolamentazioni con alcuni Stati europei ed extra europei[251].

---

[250] Il suddetto obbligo, tuttavia, scattava solo se l'indagine riguardava determinate, ancorché numerose, categorie di reati e, segnatamente: i reati punibili con pena detentiva (o misura di sicurezza equivalente) di almeno 4 anni nello Stato membro richiedente e di almeno 2 anni nello Stato richiesto; i reati di cui all'art. 2 della Convenzione istitutiva dell'Ufficio Europeo diPolizia EUROPOL e all'allegato di detta Convenzione; i reati di cui alla Convenzione del1995 relativa alla protezione degli interessi finanziari delle Comunità Europee e di cui al I e II Protocollo, rispettivamente del 1996 e 1997. Cfr. Atto del Consiglio del 26 luglio 1995 che stabilisce la *Convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee* (in GU n. C 316 del 27 novembre 1995, p.48); Atto del Consiglio del 27 settembre 1996 che stabilisce un *(Primo) Protocollo della Convenzione* (in GU n. C 313 del 23 ottobre 96, p. 1); Atto del Consiglio del 19 giugno 1997 che stabilisce il *Secondo Protocollo della stessaConvenzione* (in GU n. C 221 del 19 luglio 1997, 11). Oggi, con la Direttiva 41 del 2014 sull'ordine europeo di indagine, tali attività sono espressamente previste tra gli atti di indagine disciplinati dal provvedimento europeo. Si veda *infra* Cap. III.

[251] Nello specifico, ma senza pretese di esaustività, l'Italia, sin dagli albori delle esigenze di collaborazione tra Stati, ha concluso i seguenti accordi bilaterali in materia di cooperazione ed assistenza giudiziaria penale: Accordo tra la Repubblica italiana e la Repubblica di Albania, aggiuntivo alla Convenzione europea di estradizione del 1957 ed alla Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale del 1959 (Tirana, 2007); Convenzione in materia di assistenza giudiziaria penale tra il Governo della Repubblica Italiana e il Governo della Repubblica Algerina Democratica e Popolare (Algeri, 2003); Convenzione per l'assistenza giudiziaria in materia penale con l'Argentina (Roma, 1987); Trattato di mutua assistenza in materia penale con l'Australia (Melbourne, 1988); Accordo Italia-Austria aggiuntivo alla Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale del 20.04.1959 ed inteso a facilitarne l'applicazione (Vienna, 1973); Trattato sull'assistenza giudiziaria in materia penale con la Bolivia (Cochabamba, 1996); Trattato per l'assistenza giudiziaria in materia penale con il Brasile (Roma, 1989); Trattato di mutua assistenza in materia penale con il Canada (Roma, 1990); Trattato per l'assistenza giudiziaria in materia penale tra la Repubblica Italiana e la Repubblica del Cile (Roma, 27.2.2002); Convenzione di estradizione dei malfattori con El Salvador (Guatemala, 1871); Accordo Italia-Germania aggiuntivo alla Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale del 20.04.1959 e inteso a facilitarne l'applicazione (Roma, 1979); Accordo tra L'Unione Europea ed il Giappone relativo all'assistenza giudiziaria

Dal punto di vista italiano, un passo importante nel quadro dell'evoluzione della disciplina della rogatoria è dato, sicuramente, dall'Accordo tra l'Italia e la Svizzera del 1998[252] concluso allo scopo di completare la Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale del 1959 e di agevolarne l'applicazione.

I lavori per la preparazione del Trattato italo-svizzero furono avviati verso la fine del 1997.

Sul versante italiano si intendeva porre rimedio alle difficoltà e ai ritardi con cui si scontravano le nostre frequenti richieste di rogatorie in terra elvetica[253].

Sul versante svizzero, invece, si guardava con molto interesse al potenziamento della collaborazione frontaliera tra le rispettive polizie e alla riammissione in Italia dei clandestini transitati in Svizzera dal nostro territorio[254].

---

in materia penale (Bruxelles, 30.11.2009; Tokyo, 15.12.2009); Accordo tra il Governo della Repubblica italiana e il Governo della Regione amministrativa speciale di Hong Kong (della Repubblica Popolare Cinese) concernente la mutua assistenza in materia penale (Roma, 28.10.1998); Convenzione relativa all'assistenza giudiziaria reciproca in materia civile, commerciale e penale, alla esecuzione delle sentenze e delle decisioni arbitrali e all'estradizione con il Libano (Beirut, 1970); Convenzione di reciproca assistenza giudiziaria, di esecuzione delle sentenze e di estradizione con il Marocco (Roma, 1971); Accordo bilaterale aggiuntivo alla Convenzione europea di Assistenza giudiziaria in materia penale del 20 aprile 1959 inteso a facilitarne l'applicazione con il Montenegro (Podgorica, 2013); Trattato sull'assistenza giudiziaria in materia penale con il Perù (Roma, 1994); Trattato tra il Governo della Repubblica italiana ed il Governo della Repubblica Popolare Cinese in materia di reciproca assistenza giudiziaria penale (Roma, 2010); Trattato in materia di assistenza giudiziaria penale tra il Governo della Repubblica Italiana e il Governo degli Stati Uniti Messicani (Roma, 2011); Trattato di mutua assistenza in materia penale tra il Governo della Repubblica italiana e il Governo degli Stati Uniti d'America (Roma, 2006); Accordo tra l'Italia e la Svizzera che completa la Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale del 20.04.1959 e ne agevola l'applicazione (Roma, 1998); Convenzione relativa all'assistenza giudiziaria in materia civile, commerciale e penale, al riconoscimento ed all'esecuzione delle sentenze e all'estradizione con la Tunisia (Roma, 1967); Trattato di estradizione e di assistenzagiudiziaria in materia penale con il Venezuela (Caracas, 1930).

[252] Consultabile in www.admin.ch/ch/i/rs/c0_351_945_41.html .

[253] Tali richieste sono state ben 649 dal 1996 al 2001, contro le 290 richieste rivolte nello stesso periodo di tempo alla Germania, seconda nella graduatoria quantitativa dei Paesi invitati a questa forma di cooperazione. Vedi G. LA GRECA, *Nota a Corte Costituzionale, 04 luglio 2002 n. 315*, in Giur. Cost. 2002, 4, 2432.

[254] Z. SECCHI, *Rogatorie con la Svizzera: risposta alle attività transnazionali della criminalità* (*lucido disegno o confusione mentale?*), in Questione Giustizia, 2002, 1, 90.

Peraltro, la Raccomandazione n. 16 del Piano d'azione contro la criminalità organizzata approvato dall'Unione Europea nel giugno 1997 [255] aveva fatto espresso riferimento all'esigenza di accelerare le procedure per l'assistenza giudiziaria al fine di ottenere una netta riduzione dei tempi per la trasmissione delle richieste e delle relative risposte.

Il Parlamento europeo, pronunciandosi sul Piano d'azione, con la Risoluzione del 20 novembre 1997[256] indicò che uno dei principali problemi denunciati dai magistrati concretamente impegnati nelle indagini di criminalità organizzata transnazionale fosse dato dalla lunghezza dei tempi di esecuzione delle rogatorie[257] e chiese, perciò, di inserire nel progetto di Convenzione sull'assistenza giudiziaria in materia penale disposizioni volte a prevedere il rispetto di tempi precisi di esecuzione delle rogatorie[258].

Con la successiva Risoluzione del 13 marzo 1998[259] sulla cooperazione giudiziaria in materia penale, il Parlamento europeo riaffermò la necessità di determinare tempi certi e rapidi per l'esecuzione delle commissioni rogatorie[260].

L'Accordo italo-svizzero del 1998 intese rispondere a tali esigenze di certezza e di rapidità innanzitutto attraverso la previsione della trasmissione diretta delle rogatorie tra le autorità competenti[261].

In secondo luogo, l'art. V del Trattato introdusse un meccanismo di dialogo e controllo reciproco sui tempi di esecuzione idoneo, tra l'altro, a sollecitare il ricorso a talune previsioni della legge federale svizzera sull'assistenza internazionale, riguardanti il potere che ha l'ufficio federale di

[255] Consultabile in eur-lex.europa.eu 51997XG0815 .
[256] Consultabile in eur-lex.europa.eu 51998IP0033(01) .
[257] Punto 33 della Risoluzione cit.
[258] Punto 34 della Risoluzione cit.
[259] Consultabile in www.europarl.europa.euT5-0603/2001.
[260] E. CALVANESE (a cura di), *L'Accordo di assistenza giudiziaria con la Svizzera: innovazioni significative ancora da ratificare*, in Cass. Pen. 2001, 1998; E. SELVAGGI, *La nuova legge sulle rogatorie*, in Cass. Pen. 2001, 3250.
[261] Come si avrà modo di sottolineare nel corso del lavoro la necessità della trasmissione diretta tra autorità è stata rimarcata anche nella recente riforma del Libro XI del c.p.p. a seguito della quale il ruolo del Ministro della Giustizia non assume più un ruolo centrale che, invece, viene conferito alle autorità procedenti degli Stati di emissione ed esecuzione. Stesso approccio è stato seguito dal legislatore italiano nell'attuazione del provvedimento europeo n.41 del 2014 in materia di ordine europeo di indagine penale. Vedi *infra* par. II. 1.1. e Cap. III.

intervento e di avocazione della rogatoria, fino alla sottrazione quindi dell'affare all'autorità cantonale.

Venne, poi, attribuita ad un apposito ufficio centrale in seno all'Ufficio federale di polizia del Dipartimento federale di giustizia e di polizia la competenza sulle domande italiane di assistenza giudiziaria relative a fatti di criminalità organizzata, corruzione o altri gravi reati[262].

Altra novità dell'Accordo fu quella della previsione della possibilità di partecipazione attiva dei magistrati dello Stato richiedente e delle altre parti in causa[263] all'esecuzione della rogatoria, restando limitato il diniego da parte dello Stato richiesto al solo caso di incompatibilità di detta partecipazione con i principi di diritto propri.

La cooperazione giudiziaria venne, inoltre, esplicitamente estesa dall'art. II. par. 3 al settore fiscale (pur se limitatamente alla truffa fiscale).

Infine, di particolare importanza risulta la previsione dell'art. VI dell'Accordo che disciplina il ricorso allo strumento della videoconferenza quale strumento alternativo alla classica rogatoria per la raccolta di prove testimoniali e per l'esame di periti, nonché per la partecipazione dell'imputato al procedimento[264].

Alla luce delle previsioni appena menzionate pare evidente che il soddisfacimento di maggiore certezza e rapidità venne ricercato mediante la riduzione delle formalità e l'uso di nuovi strumenti, anche di natura tecnologica, sulla base di una apertura verso una collaborazione a maglie più larghe e di un più radicato affidamento reciproco dei due Paesi.

In Italia, la ratifica ed esecuzione dell'Accordo avvenne solo nel 2001 con la l. 5 ottobre 2001 n. 367[265] con la cui emanazione vennero introdotte

[262] Cfr. art. XVIII del Trattato italo-svizzero cit.

[263] L'art. IX ebbe cura di precisare, infatti, che le parti presenti, oltre ad assistere passivamente all'esecuzione dell'atto potessero anche formulare domande e consultare atti.

[264] Anche in questo caso, nel ricorrere a strumenti che oggi risultano essere i più utilizzati per un'efficace collaborazione tra Stati nella raccolta di prove transfrontaliera, l'ormai lontano accordo italo-svizzero assume una attualità senza paragoni .

[265] La Svizzera, invece, ratificò l'Accordo con Decreto federale del 20 aprile 1999. Sul tema si vedano le direttive offerte dal Dipartimento Federale di Giustizia e Polizia, Ufficio Federale di Giustizia, relative all'Accordo concluso tra Italia e Svizzera in materia di assistenza giudiziaria, pubblicate nel 2003 e reperibili all'indirizzo

sensibili modificazioni ed integrazioni della normativa processuale penale in materia, la cui compatibilità con il quadro delle convenzioni internazionali già in vigore, o di prossima ratifica, e delle prassi nel tempo consolidatesi, specie in ambito europeo, impone una breve analisi[266].

Gran parte della dottrina[267] si espresse criticamente con riguardo alle disposizioni contenute nella "nuova" disciplina ed alle conseguenti modifiche apportate al regime preesistente.

Le osservazioni manifestate riguardavano principalmente le novità (e, soprattutto, i silenzi) in merito alla procedura di scambio di informazioni, a quella delle indagini congiunte, alle problematiche (da sempre esistenti) sull'applicabilità della *lex loci* o della *lex fori* nello svolgimento degli atti e, infine, con riguardo ai limiti previsti all'utilizzabilità dei risultati.

---

https://www.rhf.admin.ch/dam/data/rhf/strafrecht/wegleitungen/wegleitung-rechtshilfe-italien-i.pdf. Per completezza espositiva è doveroso esporre il percorso legislativo della legge italiana cui facciamo riferimento (vedi nota 27). Sulla base dell'accordo del 1998, il "governoD'Alema" aveva presentato nell'ottobre del 1999 il disegno di legge per la relativa ratifica. Il testo era stato approvato il 1° marzo senza tuttavia riuscire ad ottenere l'approvazione delSenato a causa dello scioglimento delle Camere. Il 2 luglio è stato presentato al Senato (atto n.371) dalla (nuova) maggioranza un testo che ricalcava pressoché integralmente quello prima decaduto. Da questo momento i tempi si accorciano: il 3 agosto venne approvato dal Senato e il successivo 28 settembre dalla Camera, con modificazioni, sicché dovette ritornare al Senato, dove venne approvato il 3 ottobre 2001. La legge venne promulgata il 5 ottobre ed entrò in vigore il giorno successivo alla sua pubblicazione (8 ottobre) essendo stata esclusa dal Parlamento la normale *vacatio legis* (art. 73 comma 2 Cost.). Va inoltre precisato che furono di immediata applicazione le disposizioni contenute nei capi II e III (rispettivamente: modifiche al codice penale e al codice di procedura penale; disposizioni transitorie e finali) mentre l'entrata in vigore delle disposizioni del capo I (ratifica, esecuzione ed attuazione dell'accordo tra Italiae Svizzera) venne subordinata allo scambio degli strumenti di ratifica. Vedi E. SELVAGGI, *La nuova legge sulle rogatorie,* cit. 3250.

[266] Cfr. E. CALVANESE, G. DE AMICIS, *Appunti sulla nuova Convenzione di assistenza giudiziaria penale tra gli Stati membri dell'Ue*, cit., 1052 ss.

[267] Offrono interessanti approfondimenti sul tema: M. R. MARCHETTI, *Ratificato l'Accordo Italia-Svizzera per una migliore assistenza giudiziaria in materia penale* in Dir. Pen. Proc., 2002, 1, 111; F. NUZZO, Nota a Corte Costituzionale, 4 luglio 2002 n.315 *Indicazioni della Corte costituzionale in tema di rogatorie all'estero* in Cass. Pen. 2002, 11, 3334; G. DE AMICIS, *Le carenze della l. n. 367 del 2001 di ratifica ed esecuzione dell'Accordo Italia- Svizzera del 10 settembre 1998 in materia di assistenza* in Giur. merito 2002, 1, 283; A. PRESUTTI, *Legge sulle rogatorie internazionali e inutilizzabilità della prova* in Riv. It. Dir. Proc. Pen. 2003, 4, 1164.

Procedendo con ordine nulla fu detto riguardo allo scambio spontaneo di informazioni previsto dall'art. XXVIII dell'Accordo, ossia di quei dati maturati all'interno di un procedimento penale che, spontaneamente e autonomamente, l'autorità giudiziaria di uno Stato "offre" a quella di un altro Stato sulla base della mutua e reciproca fiducia sulla struttura e sul funzionamento dei rispettivi ordinamenti giudiziari e sulla capacità degli Stati membri di garantire sia un processo equo che gli altri principi cardine dell'Unione Europea[268].

Si condivide, sul punto, l'assunto secondo il quale la legge avrebbe dovuto necessariamente inserire una specifica previsione[269] così da rendere operativa la circolazione e l'utilizzabilità di informazioni relative a fatti di matrice criminale ogni volta in cui, la loro comunicazione, sarebbe stata d'aiuto all'autorità giudiziaria destinataria dell'informazione.

Parimenti pare del tutto insoddisfacente la previsione di squadre investigative comuni[270] presente anch'essa, oltre che nel Trattato italo-svizzero, nella Convenzione del 2000 e nel secondo protocollo del 2001 quale strumento che mira a rendere più efficace la cooperazione in presenza di un fenomeno criminoso che interessi più Stati contemporaneamente.

L'inserimento della norma nel Trattato italo-svizzero, infatti, volgeva a dare veste legale a prassi di coordinamento investigativo transfrontaliero già attuate in via empirica dalle autorità giudiziarie e di polizia[271].

---

[268] Attualmente lo scambio di informazioni, non solo sta alla base di una effettiva e completa collaborazione tra Stati, ma costituisce addirittura uno degli strumenti più efficaci nel contrasto alle gravi forme di criminalità transnazionali come il terrorismo. Se ne parlerà approfonditamente nel Cap. IV del presente lavoro.

[269] Il disegno di legge governativo del 1999 prevedeva all'art. 4 l'acquisizione degli atti nei modi e con le formalità di cui all'art. 78 disp. att. c.p.p.

[270] Anche in questo caso strumento sottovalutato all'epoca ma al quale gli Stati, successivamente, hanno fatto (e continuano a fare) ricorso in ragione della comprovata utilità della costituzione della squadra investigativa comune. Cfr. *infra*, Cap. III e Cap. IV.

[271] La validità degli atti di acquisizione probatoria svolti direttamente dalle autorità straniere era stata in passato subordinata dalla dottrina e dalla giurisprudenza all'esistenza di una norma convenzionale, oppure al consenso da parte dello Stato interessato (analoga questione si è posta per gli atti assunti all'estero nelle sedi diplomatiche dello Stato cui appartengono le autorità

L'importanza di questo nuovo strumento di cooperazione è stata, come detto, riconosciuto sul piano internazionale a diversi livelli[272].

La mancanza, all'epoca della stipulazione dell'accordo con la Svizzera, di utili precedenti di regolamentazione, aveva determinato una certa laconicità della corrispondente previsione in ordine alle modalità attuative che, invece, paiono puntualmente descritte negli strumenti internazionali emanati successivamente (sebbene, comunque, prima della legge di ratifica[273]).

Un aspetto di particolare interesse concerne la previsione che la prova raccolta all'estero (secondo la *lex loci*) possa non essere utilizzabile all'interno del processo che si svolga nello Stato "richiedente" allorquando l'ordinamento dello Stato "richiesto" non preveda una particolare procedura che è, invece,

---

procedenti). Cfr. sul tema del coordinamento investigativo: E. CALVANESE, *Indagini congiunte: un'occasione sprecata,* in Guida al Diritto, 2002, 46.

[272] Sia dall'Unione europea (Convenzione europea del 2000 e secondo Protocollo alla Convenzione del 1959 del Consiglio d'Europa), che dall'Organizzazione delle Nazioni Unite (ONU) (si pensi alla Convenzione sulla criminalità organizzata transnazionale).

[273] Sarebbe stato, invece, opportuno farne riferimento nella legge di ratifica per ricavare una regolamentazione compiuta. La norma contenuta nel disegno di legge governativo prevedeva, in linea con l'esigenza di rispettare la sovranità dello Stato all'interno del quale si svolge l'indagine, che "gli atti di indagine compiuti congiuntamente con l'autorità straniera hanno la stessa efficacia processuale degli atti corrispondenti, compiuti secondo le norme del codice di procedura penale". Invece, l'art. 6 comma 1 del provvedimento di ratifica stabiliva che gli atti venissero compiuti con l'osservanza delle norme del codice di procedura penale italiano, sanzionandone esplicitamente (comma 2) il mancato rispetto. Detta prescrizione sembrerebbe oltremodo equivoca e priva di significato se interpretata nel senso che l'autorità svizzera, anche quando opera sul proprio territorio congiuntamente con l'autorità italiana, osservi le norme del nostro codice di procedura penale. È evidente, infatti, che in tale evenienza debba applicarsi la legge del luogo in cui le indagini vengono svolte o l'atto viene compiuto. L'assurdo sarebbe dato dalla circostanza che, quindi, ne deriverebbe che sul versante italiano l'utilità dell'operato della squadra investigativa comune risulterebbe annullata, con la conseguenza ulteriore di un effetto implicitamente (ma sostanzialmente) abrogativo della corrispondente norma del Trattato bilaterale. Peraltro, è sufficiente per rendersi conto che tale interpretazione oltre che illogica sarebbe stata anche sganciata dalle previsioni normative, richiamare il vecchio art. 727 comma 5*bis* c.p.p. che prevedeva che "*la domanda di assistenza giudiziaria può essere eseguita secondo modalità previste dall'ordinamento dello Stato*" se previsto da accordi internazionali. Tanto questo è vero, che i successivi strumenti convenzionali dell'Unione Europea e del Consiglio d'Europa prevedevano frequentemente che, se così richiesto, la rogatoria fosse eseguita secondo le formalità e le procedure dello Stato richiedente allorquando non in conflitto con i principi fondamentali del diritto dello Stato richiesto.

condizione necessaria ai fini dell'utilizzabilità di quel risultato ai sensi della *lex fori*[274].

La Corte Costituzionale[275] effettuò una distinzione, in proposito, tra acquisizione della prova e utilizzabilità della stessa, stabilendo un meccanismo a salvaguardia di principi fondamentali (come il diritto di difesa e il diritto al contraddittorio) e, quindi, graduando la sanzione concreta a seconda della gravità del vizio.

La precisazione di cui sopra si riferisce a quelle situazioni in cui l'ipotesi concreta non sia sorretta dall'esistenza di una Convenzione che consenta allo Stato richiedente di chiedere allo Stato richiesto l'esecuzione della rogatoria secondo specifiche formalità[276].

Per i casi in cui, invece, una Convenzione in tal senso esistesse[277], è stata prevista in via generica e, quindi, indipendentemente dal tipo di violazione, la sanzione dell'inutilizzabilità degli atti ottenuti a seguito di una rogatoria eseguita con modalità diverse da quelle indicate dall'autorità richiedente andando, evidentemente, oltre il *dictum* della Corte Costituzionale.

II.1.1 La disciplina della rogatoria a seguito della riforma del Libro XI del codice di procedura penale italiano.

Dopo oltre quindici anni dalla Convenzione di Bruxelles, il legislatore italiano ha proceduto alla sua ratifica ed esecuzione con la l. n.149 del 2016 che

[274] Il caso si è posto in concreto per l'esame all'estero dei soggetti di cui all'art. 210 c.p.p. per i quali la risposta dell'autorità straniera soleva essere che l'esame del testimone alla presenza di difensore non fosse prevista all'interno del proprio ordinamento. Per superare questo problema, anche in linea con la sentenza della Corte costituzionale n. 379 del 1995, l'Italia ha proposto nel 1996, raccogliendo il convinto consenso di tutti i Paesi membri, la disciplina che è poi stata racchiusa nell'art. 4 della Convenzione del 2000 che recita: "*lo Stato membro richiesto osserva le formalità e le procedure espressamente indicate dallo Stato membro richiedente […] sempreché le formalità e le procedure indicate non siano in conflitto con i principi fondamentali del diritto dello Stato membro richiesto*". Nel prosieguo del lavoro verrà analizzata la disciplina in materia alla luce dell'emanazione del recente d.lgs n. 149 del 2017 che ha riformato il Libro XI c.p.p.

[275] Corte Cost. n. 379/95 consultabile i www.giurcost.org .

[276] D. CARCANO, *L'irregolarità dello Stato,* in Guida. Dir. 2001, 42.

[277] Come nel caso regolato dagli artt. 12 (che introduce il comma 5*bis* all'art. 727 c.p.p.) e 13 (che introduce il comma 1*bis* all'art. 729 c.p.p.).

ha delegato, inoltre, il Governo per la riforma del Libro XI del codice di procedura penale, nell'ottica del rafforzamento e della semplificazione degli strumenti di cooperazione giudiziaria, al fine di rendere ancor più efficace il contrasto alle più gravi forme di criminalità internazionale[278].

[278] Per quanto riguarda la legge delega che ha permesso l'emanazione del d.lgs. 149/2017, il 5 agosto 2016, è entrata in vigore la legge 21 luglio 2016, n. 149, recante *"Ratifica ed esecuzione della Convenzione relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea, fatta a Bruxelles il 29 maggio 2000, e delega al Governo per la sua attuazione. Delega al Governo per la riforma del Libro XI del codice di procedura penale. Modifiche alle disposizioni in materia di estradizione per l'estero: termine per la consegna e durata massima delle misure coercitive"*. La legge, pubblicata in GU n.181 del 4 agosto 2016 (e in vigore dal 5 agosto 2016) persegue, appunto, l'obiettivo di rafforzare e semplificare la cooperazione giudiziaria internazionale al fine di rendere più efficace il contrasto in particolare alla criminalità organizzata. Si tratta di una disciplina ottenuta dalla fusione tra alcune proposte di legge d'iniziativa parlamentare - aventi tutte ad oggetto la ratifica della Convenzione di Bruxelles del 29 maggio 2000 - presentate alla Camera dei Deputati nel 2013 (C. 1332, C. 1334 e C. 1460) e nel 2014 (C. 2440 e C. 2747), e il disegno di legge governativo C. 2813, presentato agli inizi del 2015 dal Ministro della Giustizia di concerto con il Ministro dell'economia e delle Finanze e recante *"Delega al Governo per la riforma del libro XI del codice di procedura penale. Modifiche alle disposizioni in materia di estradizione per l'estero:termine per la consegna e durata massima delle misure coercitive"*. Per avere un quadro completo dell'evoluzione legislativa si vedano: Atti parlamentari, Camera dei Deputati, XVII Legislatura, Disegni di legge e Relazioni, Documenti, Proposta di legge n. 1332 d'iniziativa deldeputato Marazziti ("Ratifica ed esecuzione della Convenzione relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea, fatta a Bruxelles il 29 maggio 2000"), presentata il 9 luglio 2013; Atti parlamentari, Camera dei Deputati, XVII Legislatura, Disegni di legge e Relazioni, Documenti, Proposta di legge n. 1334 d'iniziativa deideputati Migliore e altri ("Ratifica ed esecuzione della Convenzione relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea, fatta a Bruxelles il 29 maggio 2000"), presentata il 9 luglio 2013; Atti parlamentari, Camera dei Deputati, XVII Legislatura, Disegni di legge e Relazioni, Documenti, Proposta di legge n. 1460 d'iniziativa deideputati Verini e Amendola ("Ratifica ed esecuzione della Convenzione relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea, fatta a Bruxelles il 29 maggio 2000, e delega al Governo per la sua attuazione"), presentata in data 1 agosto 2013;Atti parlamentari, Camera dei Deputati, XVII Legislatura, Disegni di legge e Relazioni, Documenti, Proposta di legge n. 2440 d'iniziativa dei deputati Migliore e altri ("Ratifica ed esecuzione della Convenzione relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea, fatta a Bruxelles il 29 maggio 2000, e delega al Governo per la sua attuazione"), presentata il 9 giugno 2014; Atti parlamentari, Camera dei Deputati, XVII Legislatura, Disegni di legge e Relazioni, Documenti, Proposta di legge n. 2747 d'iniziativa deideputati Scotto e altri ("Ratifica ed esecuzione della Convenzione relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione Europea, fatta a Bruxelles il 29 maggio 2000, e delega al Governo per la sua attuazione") presentata il 25 novembre 2014.

Così, il legislatore delegato ha emanato, in data 5 aprile 2017, il d.lgs. n. 149 che riforma totalmente la materia oggetto di approfondimento.

Il decreto legislativo citato, si suddivide in quattro Titoli: il primo, dedicato alle disposizioni generali, che si occupa di chiarire l'ambito applicativo della normativa e raggruppa le più significative novità introdotte dalla Convenzione, volte alla semplificazione dei rapporti tra autorità giudiziarie straniere, il secondo e il terzo Titolo concernono, rispettivamente, le specifiche forme di assistenza giudiziaria e le intercettazioni di conversazioni o comunicazioni e, da ultimo, il Titolo quarto contiene le disposizioni finali, che precisano le modalità di entrata in vigore della nuova disciplina.

Le modifiche della disciplina appaiono già dall'art. 2 d.lgs. n. 149 del 2017 il quale sostituisce il contenuto dell'art. 696 c.p.p. prevedendo, oggi, la prevalenza del diritto dell'Unione Europea oltre che delle convenzioni e del diritto internazionale generale[279].

Conferisce, altresì, al Ministro di Giustizia la possibilità di non dare corso alle domande di cooperazione giudiziaria nei casi in cui lo Stato richiedente non dia idonee garanzie di reciprocità.

Novità che assume evidente centralità nel discorso che si intende sviluppare è l'introduzione di un nuovo Titolo I *bis*, che inserisce all'interno del codice di procedura penale italiano delle disposizioni concernenti il mutuo

---

Atti parlamentari, Camera dei deputati, XVII Legislatura, Disegni di legge e Relazioni, Documenti,Disegno di legge n. 2813 ("Delega al Governo per la riforma del libro XI del codice di procedura penale. Modifiche alle disposizioni in materia di estradizione per l'estero: termine per la consegna e durata massima delle misure coercitive"), presentato dal Ministro della Giustizia Orlando di concerto con il Ministro dell'economia e delle Finanze Padoan il 13 gennaio 2015. Nel passaggio al Senato è stato assorbito anche il disegno di legge S. 1168: v. Atti parlamentari, Senato della Repubblica, XVII Legislatura, Disegni di legge e Relazioni, Documenti, Disegno di legge n. 1168 d'iniziativa dei senatori Tonini e altri ("Ratifica ed esecuzione della Convenzione relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione Europea, fatta a Bruxelles il 29 maggio 2000, e delega al Governo per la sua attuazione"), presentato il 12 novembre 2013. La riforma del libro XI c. in materia di rapporti giurisdizionali con le autorità straniere è avvenuta con il decreto legislativo, 3 ottobre 2017 n.149, pubblicato in GU del 16 ottobre 2017.

[279] Il vecchio art. 696 c.p.p, che ha carattere meramente ricognitivo, essendo diritto alla ricognizione delle fonti normative che regolano la materia della cooperazione internazionale in materia penale, prevedeva la sola prevalenza delle convenzioni e del diritto internazionale generale (*e la conseguente sussidiarietà delle norme previste dal codice diprocedura penale*).

riconoscimento di sentenze e provvedimenti emanati all'interno dell'Unione Europea.

Come si è già avuto modo di vedere[280], il principio del mutuo riconoscimento riveste ruolo di pietra miliare nel progresso della collaborazione tra Stati finalizzata al contrasto della criminalità transnazionale.

Il raggiungimento di uno standard di fiducia che permetta il riconoscimento dei provvedimenti emessi da un'autorità giudiziaria non appartenente al proprio ordinamento statuale è, infatti, uno degli indici della sempre maggiore volontà degli Stati dell'Unione Europea di combattere insieme e in cooperazione le più gravi forme di criminalità.

Primo e imprescindibile aspetto di tale cooperazione non può che essere, infatti, rinvenuto nella circolazione dei provvedimenti giudiziari statali sulla base di un livello di approssimazione legislativa degli ordinamenti che possa tradursi, nella sostanza, in fiducia reciproca.

Il nuovo art. 696 *bis* c.p.p. sancisce espressamente che le decisioni e i provvedimenti giudiziari emessi dalle competenti autorità degli altri Stati membri possono essere riconosciuti ed eseguiti nel territorio dello Stato italiano, salvo che non sussistano fondate ragioni per ritenere che l'imputato o il condannato verrà sottoposto ad atti che configurano una grave violazione dei principi fondamentali del nostro ordinamento giuridico, dei diritti fondamentali della persona riconosciuti dall'articolo 6 TFUE o dei diritti, delle libertà e dei principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea[281].

Tale impedimento rientra perfettamente nel quadro di una politica di cooperazione giudiziaria fondata sulla fiducia reciproca. Infatti, benché l'approssimazione legislativa di cui si è accennato riguardi proprio un eguale livello di tutele e garanzie di cui tutti i Paesi appartenenti all'Unione Europea dovrebbero essere portatori, una politica che richiede la rinuncia degli Stati a porzioni di sovranità potrà funzionare solo se prevede un paracadute di

[280] Cfr. *supra* Cap. I.

[281] Si da atto sin d'ora che un'importante novità della nuova normativa risiede all'interno dell'art. 696 *septies* che estende l'ambito di applicazione del principio di mutuo riconoscimentoanche alle ipotesi di responsabilità da reato degli enti. Ipotesi che non trovava alcun riferimento espresso fino all'emanazione del decreto legislativo in commento.

salvataggio nel caso in cui si presenti, in concreto, un abbassamento degli *standard* di tutela richiesti dall'Unione Europea.

In assenza di motivi che facciano ritenere doveroso il ricorso a tale clausola di salvezza l'autorità competente dovrà, pertanto, riconoscere ed eseguire (senza ritardo e con modalità idonee ad assicurarne la tempestività e l'efficacia) i provvedimenti giudiziari emessi dalle autorità straniere[282].

Una delle più rilevanti novità risiede nel fatto che la normativa fonda la propria ragion d'essere nel procedimento di assistenza nell'ambito dell'attività probatoria sulla trasmissione diretta delle richieste tra autorità giudiziarie, con qualsiasi mezzo ritenuto idoneo a garantire l'autenticità della documentazione e della provenienza.

Trasmissione diretta che, appunto, dovrebbe essere volta proprio a snellire le procedure di assistenza e, allo stesso tempo, dare prova della consapevolezza che si possa prescindere l'utilizzo di ulteriori filtri e vagli di legittimità prima del riconoscimento.

Ai sensi dell'art. 696 *quater* c.p.p., infatti, l'autorità giudiziaria competente riceve le decisioni e i provvedimenti da riconoscere ed eseguire nel territorio dello Stato e trasmette direttamente alle competenti autorità giudiziarie degli altri Stati membri le decisioni e i provvedimenti da riconoscere ed eseguire, dandone comunicazione al Ministro della Giustizia (nei casi e nei modi previsti dalla legge).

Inoltre, il comma 3 dell'art. 696 *quater* prevede che la documentazione e gli accertamenti integrativi, nonché le ulteriori informazioni necessarie all'esecuzione delle decisioni e dei provvedimenti dei quali sia chiesto il riconoscimento, siano oggetto di trasmissione diretta tra le autorità giudiziarie degli Stati membri.

Si scorge, quindi, già da un primo sguardo della normativa riformata, il passaggio da una cooperazione di tipo autoritario in cui il ruolo del Ministro rivestiva assoluta centralità (quale riflesso del potere politico) e l'indagato/imputato veniva inquadrato come un oggetto della trattativa

[282] Provvedendo senza formalità nel caso in cui l'interessato abbia preliminarmente prestato consenso all'esecuzione delle decisioni e dei provvedimenti giudiziari. Cfr. art. 696 *octies* c.p.p..

piuttosto che un soggetto titolare di diritti ad una cooperazione di tipo garantista[283].

Il nuovo approccio cooperativo è fondato sulla ricerca di accordi e punti di incontro che facciano fronte alle esigenze che conseguono alla globalizzazione. Il Ministro perde la sua centralità per dare spazio alle autorità giudiziarie.

Prima della modifica legislativa, infatti, i protagonisti della cooperazione (sostanzialmente rinvenibile in via principale negli strumenti di assistenza giudiziaria) erano il Ministro della Giustizia, la Procura Generale e la Corte d'appello i quali, nell'ambito delle rispettive competenze, potevano riconoscere e dar corso (o far eseguire) ai provvedimenti ricevuti dall'autorità straniera previa la valutazione relativa alla conformità degli atti richiesti alla legge ed ai principi fondamentali dell'ordinamento.

Orbene, nella nuova disciplina si può riscontrare, da un lato, la totale scomparsa della Procura Generale e della Corte d'appello in favore di una competenza conferita alla Procura distrettuale, sia per quanto concerne gli strumenti di cooperazione pura, che di assistenza giudiziaria e, dall'altro, lo sfumare, nei suoi tratti essenziali, del potere che caratterizzava il Ministro nella regolamentazione *pre-riforma*. Oggi, infatti, egli assume il ruolo di mero garante dell'osservanza delle condizioni eventualmenteposte dall'autorità straniera per dare esecuzione alle decisioni di cui è stato chiesto il riconoscimento, nonché delle condizioni poste dall'autorità italiana per l'esecuzione dei propri provvedimenti nel territorio di altro Stato.

Con la codificazione del principio del mutuo riconoscimento e la previsione che l'autorità giudiziaria riconosca ed esegua, *sic et simpliciter*, le decisioni e i provvedimenti giudiziari degli altri Stati membri senza, pertanto, sindacarne le ragioni di merito[284], si procede indubbiamente ad una svolta epocale della cooperazione giudiziaria in materia penale.

---

[283] Si condivide e riporta il pensiero di P. TONINI espresso in occasione del Convegno tenutosi presso l'università di Siena, Dipartimento di Giurisprudenza, in data 2 febbraio 2018 dal titolo *La cooperazione giudiziaria internazionale davanti alla sfida della globalizzazione*.

[284] Salvo che sia specificamente garantito il rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento.

Arrivando, adesso, alle modifiche dettate specificamente in tema di rogatoria, ritroviamo la disciplina di riforma all'interno degli artt. 6 e 7 del d.lgs. n. 149 del 2017.

In materia di rogatoria dall'estero (anche detta passiva) e, quindi, delle disposizioni concernenti i casi in cui uno Stato membro dell'Unione Europea[285] o uno Stato terzo inviino all'autorità competente italiana la richiesta di rogatoria per il compimento di attività di acquisizione e ricerca probatoria, il decreto di attuazione ha previsto l'intera sostituzione degli artt. 723, 724 e 725 c.p.p..

Il nuovo art. 723 c.p.p., in tema di poteri del Ministro della giustizia, prevede, oggi, che questi provveda sulla domanda di assistenza giudiziaria di un'autorità straniera, trasmettendola per l'esecuzione all'autorità giudiziaria competente entro trenta giorni dalla ricezione della stessa.

Il suo potere di blocco, oggi - salvo in caso di pericolo per la sovranità, la sicurezza o altri interessi essenziali dello Stato qualora si tratti di rapporti con Stati terzi - risulta limitato alle ipotesi in cui le Convenzioni in vigore tra gli Stati membri, ovvero gli atti adottati dal Consiglio e dal Parlamento dell'Unione Europea, prevedano un suo intervento.

Non risulta più, quindi, quel potere generico di blocco riconosciuto dalla precedente disciplina. Nel caso in cui tale potere sia previsto, l'articolo 723 c.p.p. individua un'ipotesi di blocco obbligatoria e due facoltative.

La prima è da rinvenire nel comma 5 e riguarda i casi, già conosciuti nella precedente versione, in cui sia evidente che gli atti richiesti sono espressamente vietati dalla legge o contrari ai principi fondamentali dell'ordinamento giuridico italiano o, ancora, nell'ulteriore ipotesi tradizionale in cui vi siano fondate ragioni per ritenere che considerazioni relative alla razza, alla religione, al sesso, alla nazionalità, alla lingua, alle opinioni politiche o alle condizioni personali o sociali possano influire negativamente sullo svolgimento o sull'esito del processo e non risulta che l'imputato abbia liberamente espresso il suo consenso

---

[285] Come si vedrà meglio nel Cap. III, in realtà, l'introduzione di uno strumento di cooperazione giudiziaria del calibro dell'ordine europeo di indagine penale avrà laconseguenza di relegare la rogatoria alle sole ipotesi di richieste provenienti da Stati terzi rispetto all'Unione Europea.

alla rogatoria.

Al ricorrere di tali ipotesi, pertanto, il Ministro, disporrà con decreto di non dare corso all'esecuzione della domanda di assistenza giudiziaria[286].

Per quanto riguarda, invece, le ipotesi facoltative di blocco, il comma 6 dell'art. 723 c.p.p. prevede che, nei casi in cui la richiesta di assistenza abbia ad oggetto la citazione di un testimone, di un perito o di un imputato davanti all'autorità giudiziaria straniera, il Ministro abbia la facoltà di non dare corso alla rogatoria quando lo Stato richiedente non offra idonea garanzia in ordine all'immunità della persona citata e, in ogni caso, qualora lo Stato richiedente non dia "idonee garanzie di reciprocità"[287].

In tutti i suddetti casi, il Ministro della Giustizia dovrà dare comunicazione del blocco alle autorità giudiziarie interessate[288].

Se, invece, non emerge alcuna delle ragioni sopra indicate, o non sussiste una convezione tra Stati che richiede l'intervento del Ministro, questi dovrà trasmettere la richiesta ai sensi dell'art. 724 c.p.p. al Procuratore della Repubblica, per la sua esecuzione.

L'autorità competente all'esecuzione delle richieste di assistenza viene, infatti, individuata nel Procuratore della Repubblica presso il Tribunale del capoluogo del distretto in cui devono essere compiuti gli atti richiesti[289], il

---

[286] Si noti la differenza con l'ipotesi prevista dal comma 3 dell'art. 723 c.p.p., che prevede che, nei rapporti con Stati diversi da quelli membri dell'Unione europea, tale potere possa essere esercitato (riservando, pertanto, una scelta discrezionale) anche in tutte le ipotesi di pericolo per la sovranità, la sicurezza o altri interessi essenziali dello Stato.

[287] Disposizione già conosciuta e presente nella precedente disciplina e prevista, peraltro, già dall'apertura della normativa del Libro XI c.p.p. in cui il nuovo comma 4 dell'art. 696 c.p.p. premette che in ogni caso il Ministro possa esercitare un potere di blocco in assenza di tali garanzie di reciprocità.

[288] Si può notare, quindi, che il ruolo attribuito all'autorità centrale – identificata nel Ministro della Giustizia – sia relegato a specifiche ipotesi e che, invece, di regola, questi debba essere semplicemente informato dell'attività di assistenza da parte dell'autorità giudiziaria competente – attraverso l'invio di una copia della richiesta –, senza alcun potere di intervento nella fase di scambio e trasmissione delle relative domande. Cfr. sul tema, L. CAMALDO, *L'attuazione della Convenzione di Bruxelles del 2000: l'assistenza giudiziaria in materia penale assume una configurazione a "geografia variabile"*, in Diritto Penale Contemporaneo, 19 luglio 2017.

[289] Si precisa che il decreto (e conseguentemente, il nuovo art. 724 c.p.p.) disciplina espressamente l'ipotesi in cui, la richiesta di assistenza, abbia ad oggetto più atti, da eseguire in diversi distretti, nonché la trasmissione di più richieste, tra loro collegate (art. 8, c. 3 d.lgs.

quale provvede senza ritardo e con decreto motivato.

La nuova disposizione prevede, peraltro, l'intervento del giudice per le indagini preliminari in tutti i casi in cui l'autorità estera richieda che l'atto sia compiuto dall'organo giurisdizionale ovvero quando l'intervento del giudice sia imposto dal rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento giuridico interno.

Come si è avuto già modo di ritenere, l'attribuzione della competenza all'esecuzione della richiesta al pubblico ministero e al giudice per le indagini preliminari, corrisponde perfettamente alle previsioni in materia di ordine europeo di indagine penale rendendo, così, ancor più coerente il quadro complessivo della disciplina della cooperazione giudiziaria[290].

Tale scelta è certamente riconducibile all'obiettivo di snellimento e speditezza della procedura.

Ciò è ancora più evidente se si pensa alla disciplina del rifiuto da parte dell'autorità giudiziaria italiana.

Oggi, l'art. 724 c.p.p., prevede che l'esecuzione della domanda di assistenza giudiziaria sia negata in tutti i casi in cui gli atti richiesti siano vietati dalla legge o, comunque, contrari a principi dell'ordinamento giuridico dello Stato.

Ricorre, inoltre, ancora una volta, il principio della doppia incriminazione per cui, se il fatto per cui procede l'autorità straniera non è previsto come reato dalla legge italiana e non risulta che l'imputato abbia liberamente espresso il suo consenso alla domanda di assistenza giudiziaria, questa non dovrà avere seguito.

Infine, ultimo motivo di rifiuto è da individuare nella ricorrente ipotesi in cui vi siano fondate ragioni per ritenere che considerazioni relative alla razza,

---

149/2017). Nel primo caso, l'esecuzione è affidata al Procuratore del distretto nel quale deve essere compiuta la maggior parte degli atti o, in subordine, a quello nel cui distretto deve essere eseguito l'atto di maggior importanza investigativa. Qualora l'autorità giudiziaria richiesta ritenga che l'esecuzione spetti ad altro Procuratore, trasmette immediatamente a quest'ultimo gli atti, informandone l'autorità richiedente. Ove sorga un contrasto tra uffici del pubblico ministero, è prevista l'applicazione degli artt. 54, 54 *bis* e 54 *ter* c.p.p., dedicati alla soluzione ditali contrasti (negativi o positivi). Nel caso, invece, di trasmissione di più richieste tra loro collegate, l'esecuzione è attribuita secondo un criterio temporale: vi provvederà, infatti, il Procuratore che ha ricevuto la prima richiesta, al precipuo fine di assicurare la continuità investigativa.

[290] Intendendo il termine cooperazione nel suo significato più ampio e, pertanto, scevro dalle implicazioni che differenziano gli strumenti tipici dell'assistenza da quelli della cooperazione.

alla religione, al sesso, alla nazionalità, alla lingua, alle opinioni politiche o alle condizioni personali o sociali possano influire sullo svolgimento o sull'esito del processo e non risultiche l'imputato abbia liberamente espresso il suo consenso alla domanda di assistenza giudiziaria.

Conseguentemente, oltre i casi di rifiuto, l'art. 724 c.p.p. (allo stesso modo del precedente dettato normativo) prevede che l'esecuzione della richiesta di assistenza giudiziaria venga sospesa in tutti i casi in cui da essa possa derivare pregiudizio ad indagini o a procedimenti penali in corso.

La differenza rispetto alla disciplina precedente è evidente e risiede, come anticipato, oltre che nel marginale ruolo del Ministro, anche nella totale scomparsa della Corte d'appello.

Mentre nella nuova normativa è previsto semplicemente che il pubblico ministero (o il giudice per le indagini preliminari) non debba eseguire la richiesta in casi tassativamente previsti ed indicati dall'art. 724 c.p.p., la precedente disciplina prevedeva, invece, accanto al generico potere di blocco del Ministro, che fosse sempre necessario un previo parere favorevole da parte della Corte d'appello del luogo in cui gli atti venivano richiesti.

Il procedimento, quindi, risultava molto più lungo di quello previsto dalla riforma.

Il vecchio art. 724 c.p.p., infatti, prevedeva che il Procuratore Generale, una volta ricevuti gli atti dal Ministro, dovesse presentare la propria requisitoria alla Corte d'appello che avrebbe dovuto fissare udienza per decidere sulla richiesta.

Oggi non è richiesto nessuno di questi passaggi e la procedura ne risulta, pertanto, decisamente più efficace (quantomeno in termini di "tempo").

Nel caso in cui non sussistano ragioni ostative, il Procuratore (o il giudice per le indagini preliminari nelle ipotesi cui si è fatto riferimento poc'anzi) procederà dando immediata esecuzione alla rogatoria ai sensi dell'art. 724 c.p.p. e, pertanto, compirà gli atti richiesti secondo le disposizioni del codice di procedura penale (salva l'osservanza delle forme espressamente richieste dall'autorità giudiziaria straniera allo scopo di assicurarne l'effettiva utilizzabilità processuale, e ferma restando la compatibilità di tali forme con i principi dell'ordinamento nazionale).

Qualora il rispetto di tali formalità non sia possibile, l'autorità straniera ne sarà informata da parte del Procuratore, il quale preciserà le condizioni a cui verrà subordinato l'accoglimento dellarichiesta[291].

Sempre con riferimento all'esecuzione, mentre il precedente art. 725 c.p.p. prevedeva che la Corte d'appello delegasse a tal fine un suo componente (o il giudice per le indagini preliminari), il nuovo disposto rinvia alle disposizioni del codice di procedura penale in materia (con evidenti conseguenze nella titolarità della competenza all'esecuzione dell'atto).

Peraltro, novità importante in termini di concreta collaborazione interstatale, è data sicuramente dalla previsione che l'autorità giudiziaria italiana possa autorizzare, con decreto motivato, la presenza al compimento degli atti richiesti di rappresentanti o incaricati dell'autorità richiedente (dando comunicazione dell'avvenuta autorizzazione al Ministro della Giustizia) delineando, così, una compartecipazione all'attività richiesta.

Inoltre, se nel corso dell'esecuzione il Procuratore della Repubblica rileva l'opportunità del compimento di atti ulteriori non indicati nella richiesta, ne informa senza ritardo l'autorità straniera ai fini di un'integrazione che possa permetterne l'esecuzione.

Già dalla lettura di questi nuovi articoli risulta evidente il cambio di approccio del legislatore interno, oggi decisamente più disposto a trovare un dialogo con le autorità giudiziarie straniere che gli richiedano assistenza, teso al raggiungimento di soluzioni che permettano che si pervenga ad una collaborazione giudiziaria tra Stati concreta, effettiva e proficua.

Arrivando, ora, al procedimento dettato per le rogatorie all'estero (dette anche attive) e, quindi, alle ipotesi in cui lo Stato italiano abbia necessità di acquisire del materiale probatorio all'interno di altro Stato (membro dell'U.E.

[291] Si noti come questa sia una previsione finalizzata al buon esito del procedimento rogatoriale. Tali obblighi informativi, infatti, allo stesso modo di quelli sanciti in materia di ordine europeo di indagine penale, sono finalizzati all'instaurazione di un dialogo mirato al raggiungimento di un punto d'incontro che permetta l'esecuzione della richiesta di assistenza. Il decreto al suo art. 6 e l'art. 725 c.p.p. prevedono, inoltre, un analogo obbligo di informazione (con finalità evidentemente differenti) per l'ipotesi in cui vi sia un ritardo nell'esecuzione della procedura. In questo caso l'autorità procedente dovrà necessariamente precisare le ragioni del ritardo.

o terzo), la nuova disciplina è contenuta nell'art. 7 del d.lgs. 149 del 2017.

Anche l'art. 727 c.p.p. in tema di rogatoria attiva è stato parzialmente riformato.

La prima parte dell'articolo risulta immutata e, pertanto, continua a prevedere che le richieste di assistenza giudiziaria per comunicazioni, notificazioni e per attività di acquisizione probatoria siano trasmesse al Ministro della Giustizia.

In questo caso, quindi, a differenza della rogatoria passiva, non vi è un vero e proprio scambio diretto tra autorità, essendo necessario che la richiesta transiti per il Ministro.

L'autorità politica dovrà, quindi, provvedere all'inoltro all'autorità estera entro trenta giorni dalla ricezione e comunicare, senza ritardo, all'autorità giudiziaria richiedente la data di ricezione della domanda.

Specularmente a quanto espresso con riferimento alla rogatoria passiva, il comma 2 prevede che il Ministro abbia la facoltà di disporre con decreto che non si dia corso all'inoltro della richiesta di assistenza giudiziaria, ma limitatamente ai casi in cui le convenzioni in vigore tra gli Stati membri dell'Unione Europea (o le disposizioni del diritto dell'Unione Europea) prevedono il suo intervento e alle ipotesi di pericolo per la sovranità, la sicurezza o altri interessi essenziali dello Stato (qualora si tratti di rapporti con Stati terzi).

Il Ministro di Giustizia dovrà comunicare, quindi, tempestivamente all'autorità richiedente l'avvenuto inoltro o il decreto con cui provvede a non dare corso alla richiesta. Anche qui troviamo un'importante differenza rispetto a quanto previsto dal vecchio art. 727 c.p.p.

Mentre, infatti, la vecchia normativa stabiliva in trenta giorni il termine per l'emissione del decreto con cui viene deciso di non dar corso alla rogatoria, la nuova disciplina prevede un non meglio definito (e pericolosamente discrezionale) "tempestivamente"[292].

[292] Nell'ottica di uno snellimento della procedura anche in termini temporali, pertanto, si ritiene che l'avverbio "tempestivamente" utilizzato nel nuovo art. 727 c.p.p. richiami un termine inferiore rispetto a quello precedentemente previsto.

Esattamente come già sancito all'interno del precedente comma 4 dell'art. 727 c.p.p., trascorsi trenta giorni dalla ricezione della richiesta, se il Ministro non provvede né all'inoltro né all'emissione del decreto di blocco, l'autorità giudiziaria italiana potrà provvedere all'invio diretto all'agente diplomatico o consolare italiano, informandone il Ministro.

Nell'ipotesi di inerzia del Ministro, pertanto, l'autorità italiana potrà agire direttamente in prima persona.

Tale possibilità è prevista, peraltro, anche nel successivo comma 5 (che contiene la stessa disciplina del vecchio dettato normativo) nei casi di urgenza. Tuttavia, in tale ipotesi, resta comunque salvo il potere di blocco del Ministro che può intervenire fino alla trasmissione della domandada parte dell'agente diplomatico o consolare all'autorità straniera[293].

Le ipotesi in cui l'autorità giudiziaria può mettersi direttamente in contatto con l'autorità diplomatica, pertanto, ricalcano sostanzialmente le medesime ipotesi previste dai vecchi commi 4 e 5 dell'art. 727 c.p.p..

La differenza tra le due fattispecie è ancora il presupposto individuato alla base dell'inoltro diretto. Nel caso del comma 4, l'invio diretto è reso necessario dall'esigenza di supplire all'eventuale inerzia del Ministro nella trasmissione della domanda. Con riferimento a questa fattispecie ci si sarebbe aspettati da parte del legislatore unintervento finalizzato ad accorciare i tempi della procedura.

Tuttavia, il d.lgs. 149 del 2017 non è intervenuto in proposito, lasciando inalterato il termine di trenta giorni prima che l'autorità possa procedere direttamente.

Sembrerebbe, quindi, che con riferimento a questa parte della disciplina l'obiettivo di snellire le procedure di assistenza giudiziaria, fondamento della riforma non sia stato raggiunto.

---

[293] Sul punto si veda, e*x multis,* G. DE DONATO, *L'attività del Ministro della Giustizia in tema di rogatorie attive e passive* in G. LA GRECA - M.R. MARCHETTI, *Rogatorie penali e cooperazione giudiziaria internazionale,* Torino, Giappichelli, 2003. Si veda la giurisprudenza della Cassazione Penale: *"In tema di rapporti giurisdizionali con Autorità straniere, le domande di assistenza diverse dalla rogatoria e dalla richiesta di interrogatori e confronti ben possono essere oggetto di comunicazione diretta tra le Autorità giudiziarie degli Stati contraenti , nessuna violazione di legge è ravvisabile nel mancato, preventivo inoltro della richiesta del Ministro della giustizia."* in Cass. Sez. I, sent. n. 15996 del 9 marzo 2006.

Il sollievo, per lo meno, è dato dal fatto che in questa prima ipotesi il Ministro (come già previsto nel vecchio testo) non avrà più alcun potere di blocco della procedura espletata dall'autorità giudiziaria proprio in ragione della sua precedente inerzia.

Differente è l'ipotesi contenuta nel comma 5 in cui l'autorità giudiziaria, sulla base di una valutazione discrezionale circa la sussistenza di una condizione d'urgenza, decide di saltare il tramite del Ministro per provvedere direttamente all'inoltro della rogatoria.

È evidente che, in questo caso, il presupposto della trasmissione diretta sia completamente diverso da quello precedentemente analizzato poiché frutto di una valutazione discrezionale effettuata personalmente dall'autorità giudiziaria senza il limite del decorso del tempo.

Proprio per questo motivo il legislatore ha ritenuto di dover mantenere la previsione che il Ministro debba essere preventivamente informato dell'iniziativa al fine di poter emettere, al ricorrere dei presupposti, ildecreto di blocco previsto dal comma 2 dell'art. 727 c.p.p..

La trasmissione diretta della richiesta di assistenza giudiziaria sarà possibile, inoltre, in tutti i casi in cui ciò sia previsto da un accordo internazionale.

In tale ipotesi sarà necessaria la trasmissione di copia senza ritardo da parte dell'autorità procedente italiana al Ministro di Giustizia affinché questi sia comunque informato dell'attivazione della procedura.

L'art. 727 comma 7 c.p.p., nella sua nuova formulazione, disciplina anche le trasmissioni dirette in virtù di convenzioni internazionali con Paesi terzi e prevede che l'autorità giudiziaria italiana provveda alla trasmissione diretta decorsi dieci giorni dal momento in cui il Ministro ne abbia ricevuto copia. In questa evenienza, pertanto, il potere di blocco del Ministro è stato individuato nel termine di dieci giorni.

Tale previsione, per quanto contempli ancora un intervento politico nella procedura, pare essere maggiormente in linea con le ragioni che hanno spinto il legislatore italiano ad intervenire nella disciplina in quanto limita fortemente i tempi di intervento da parte del Ministro accorciando, così, il termine per la trasmissione.

Il prosieguo dell'art. 727 c.p.p. *post* riforma risulta immutato.

Ancora una volta in maniera del tutto speculare alla previsione nell'ambito della procedura passiva, infatti, il comma 8 prevede l'immediata trasmissione della copia delle richieste di assistenza giudiziaria formulate nell'ambito di procedimenti relativi ai delitti di cui all'articolo 51, commi 3 *bis* e 3 *quater* c.p.p., al Procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo così come previsto dal vecchio comma 5 *ter*.

L'ultimo comma della nuova disciplina, invece, ricalca il vecchio comma 5 *bis* e prevede che quando, a norma di accordi internazionali, la richiesta di assistenza giudiziaria possa essere eseguita secondo quanto previsto dall'ordinamento giuridico dello Stato, l'autorità giudiziaria italiana debba indicare all'autorità dello Stato estero le modalità e le forme stabilite dalla legge ai fini dell'utilizzabilità degli atti richiesti.

Tale contenuto era stato inserito nel 2001 dalla legge di ratifica dell'Accordo Italia- Svizzera[294] proprio al fine di porre, al ricorrere di determinate esigenze, una deroga al principio cardine delle manifestazioni della cooperazione giudiziaria internazionale *locus regit actum*.

Una deroga di questo tipo risulta pienamente coerente con lo spirito collaborativo che deve guidare gli Stati nei fenomeni di cooperazione giudiziaria internazionale. Pertanto, si ritiene perfettamente in linea con lo spirito della riforma la scelta del legislatore di mantenere inalterata questa parte dell'art. 727 c.p.p..

Per quanto concerne il seguito della procedura, una volta inoltrata la rogatoria, lo Stato richiesto, ai sensi di quanto previsto dal comma 9 del nuovo art. 727 c.p.p., procederà nel rispetto delle regole del proprio ordinamento e di quelle pattizie. Nell'ambito di queste ultime, le autorità roganti hanno la possibilità di chiedere che gli atti siano svolti secondo modalità specifiche[295]

[294] Legge n. 367 del 5 ottobre 2001 di *Ratifica ed esecuzione dell'Accordo tra Italia e Svizzera che completa la Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale del 20 aprile 1959 e ne agevola l'applicazione […] e conseguenti modifiche al codice penale ed al codice di procedura penale*, pubblicata in GU n. 234 del 8 ottobre 2001.

[295] Sul punto l'accordo Italia-Svizzera cit. Parte della dottrina interpreta la disposizione contenuta oggi all'interno del comma 9 dell'art. 727 c.p.p. come concernente non solo le modalità che compongono le fattispecie dell'atto, ma, anche quelle che costituiscono mere condizioni di

purché non in contrasto con i principi dell'ordinamento dello Stato richiesto. Ancora una volta si riscontra l'esigenza di ottenere risultati probatori utili e, quindi, utilizzabili alla stregua dei parametri richiesti dalla disciplina processuale dello Stato richiedente. Esigenza che trova, quindi, l'unico limite nel contrasto con i principi fondamentali propri dello Stato o dell'UnioneEuropea.

Suscita dubbi l'assenza di sanzioni nell'ipotesi in cui, pur se previsto da regole pattizie, lo Stato italiano abbia omesso di domandare puntualmente che l'atto oggetto della rogatoria sia compiuto secondo le regole del proprio codice di procedura penale. La conseguenza è che, se l'atto in presenza della richiesta *de qua* viene compiuto senza il rispetto delle modalità sollecitate, èinutilizzabile. Al contrario, in assenza della richiesta, l'atto compiuto con le modalità di cui sopra risulta apparentemente utilizzabile poiché non si rinviene alcuna sanzione specifica. Non manca chi ha ritenuto in proposito che, in tale ipotesi, gli atti compiuti sarebbero invalidi[296] basandosi sull'assunto che l'inutilizzabilità degli atti non possa essere fatta dipendere dall'arbitrio dell'autorità richiedente.

Altra parte della dottrina[297] resta, invece, ferma sul dato che, vigendo in materia il principio di tassatività, in assenza di una puntuale previsione l'‟atto non potrebbe essere considerato inutilizzabile.

Ancora una volta si pone d'ostacolo la diatriba secolare *lex loci vs. lex fori*.

Il tema dell'inutilizzabilità degli atti probatori acquisiti tramite gli strumenti di assistenza e cooperazione giudiziaria costituisce, da sempre, aspetto particolarmente problematico e foriero di diverse ipotesi interpretative.

Come si avuto modo di ritenere più volte nel corso del presente lavoro, l'assistenza giudiziaria comporta, *ictu oculi*, una collaborazione tra Stati sovrani nella quale ognuno di essi, di norma, rinuncia a pretendere che nell'esecuzione della rogatoria siano applicate rigorosamente tutte le forme previste dal proprio

---

regolarità. Cfr. *ex multis* M.R. MARCHETTI, *Ratificato l'Accordo Italia- Svizzera per una migliore assistenza giudiziaria in materia penale*, cit.; A. PRESUTTI, *Legge sulle rogatorie internazionali e inutilizzabilità della prova,* Riv. It. Dir. Proc. Pen.,cit., 1175.

[296] Cfr. P. FERRUA, *Rogatorie: una legge che smentisce la riforma del giusto processo,* Dir. e Giust, 2001, 36.

[297] Si rimanda ancora a M.R. MARCHETTI, *Ratificato l'Accordo Italia-Svizzera per una migliore assistenza giudiziaria in materia penale*, cit.

ordinamento interno[298].

Da ciò dovrebbe discendere che la sanzione dell'inutilizzabilità non consegua ad ogni violazione delle modalità previste dall'ordinamento italiano, ma solo alla violazione di modalità esecutive che possono essere richieste in base ad accordi internazionali che siano state specificatamente indicate dall'autorità giudiziaria richiedente[299].

Da questo punto di vista sembrerebbe che l'art. 729 c.p.p., che detta la disciplina in ordine all'utilizzabilità degli atti assunti con rogatoria, abbia fatto passi avanti rispetto a quanto precedentemente previsto[300].

Il nuovo dettato, infatti, specifica che, nei casi in cui lo Stato estero abbia posto condizioni per l'utilizzabilità degli atti richiesti, l'autorità giudiziaria è vincolata al loro rispetto.

---

[298] Così la Corte di Cassazione Penale: *"La validità degli atti compiuti all'estero su rogatoria va riscontrata con riferimento alla legge del luogo, salvo unicamente l'eventuale contrasto coni principi fondamentali dell'ordinamento giuridico italiano, tutelati a livello costituzionale"*. Cfr. Cass. Pen., Sez. I, sent. n. 6796 del 04 febbraio 1997 (ud. del 13-12-1996), Covello (CED. Cass. n. 206777);

[299] In applicazione a tale principio la Corte di Cassazione aveva annullato con rinvio lasentenza con cui era stata dichiarata inutilizzabile "*contra alios*" la dichiarazione resa a seguitodi rogatoria in Germania da un coimputato senza le modalità previste *ex* art 63 c.p.p. In tale sede la Corte ha ribadito che l'unico limite all'utilizzabilità è rappresentato dalla contrarietà delle prove raccolte alle norme del nostro ordinamento riguardanti l'ordine pubblico. Cfr. Cass.Pen., Sez. I, sent. n. 41302 del 30 ottobre 2003 (ud. del 3 marzo 2003), Acri (CED. Cass. n. 226069).

[300] Il precedente articolo 729 c.p.p., già ampiamente innovato dalla legge n. 367 del 2001 di ratifica dell'Accordo Italia-Svizzera, al suo primo comma prescriveva, in termini generali, che: "La violazione delle norme di cu all'art 696 comma 1, riguardanti l'acquisizione o la trasmissione di documenti o di altri mezzi di prova a seguito di rogatoria all'estero comporta l'inutilizzabilità dei documenti o dei mezzi di prova acquisiti o trasmessi. Qualora lo Stato estero abbia posto condizioni all'utilizzabilità degli atti richiesti, l'autorità giudiziaria è vincolata al rispetto di tali condizioni". Con riferimento a questo primo comma, la previsione di inutilizzabilità si riferiva a due distinte fattispecie di violazioni: l'una relativa alle norme in tema di acquisizione e, l'altra, a quelle in tema di trasmissione di documenti o altri mezzi di prova a seguito di rogatoria all'estero (entrambe veicolate dal richiamo all'art. 696 c.p.p.). Per quanto concerne l'inutilizzabilità sancita per l'inosservanza delle disposizioni convenzionali relative all'acquisizione, la norma destava perplessità in quanto portava ad interpretazioni che prevedevano la più grave delle sanzioni anche per violazioni semplicemente formali. La disposizione *de quo* si presta a un duplice rilievo (Cfr. E. SELVAGGI, *La nuova legge sulle rogatorie*, cit. 3250) sul piano esterno e su quello interno. Da un lato, infatti, la legge dello Stato ha il limite della territorialità (Sul tema, diffusamente, A. GIOIA, *Territorio in diritto internazionale,* in Digesto delle discipline Pubblicistiche, quarta edizione, XV, 257 ss.) e, quindi, se si vogliono introdurre nuovi strumenti che si discostano dalla prassi internazionale in vigore,

imponendo così specifici doveri a Stati terzi, lo si deve fare con accordi internazionali. Dall'altro, è evidente che non sia possibile assimilare norme pattizie formulate in via generalee in vista di obiettivi generali di cooperazione internazionale, alla disciplina puntuale per il compimento di singoli atti prevista nell'ordinamento nazionale, presidiata da sanzioni graduatein funzione della gravità della violazione: in quest'ultimo caso, infatti, i precetti devono essere formulati in modo preciso e puntuale e non in forma generica. (Cfr. D. CARCANO, *L'irregolarità dello Stato estero blocca la prova*, cit.). L'art. 696 comma primo c.p.p. richiama la Convenzione di mutua assistenza del 1959 la quale, all'art. 15, afferma che le rogatorie sonotrasmesse attraverso il canale dei Ministeri della Giustizia. Va, innanzitutto, rilevato che le norme sulla modalità di trasmissione sono dettate nell'interesse degli Stati che avanzano, ricevono e restituiscono la rogatoria e che, pertanto, è ragionevole concludere che sia rimesso agli Stati stessi la previsione di prassi particolari, una volta che ritengano di soddisfare in questo modo i loro interessi. Le norme sulla trasmissione rientrano tra le norme meramente procedurali di tipo organizzativo-amministrativo, dettate, come si è detto, in funzione delle esigenze degli Stati interessati, e non involgono diritti individuali di rilevanza primaria. Inoltre,non è di poca importanza che gli Stati, una volta che abbiano osservato in modo uniforme e costante un determinato comportamento in conseguenza dell'interpretazione di una norma convenzionale, fanno si che si instauri una prassi consuetudinaria che, in campo internazionale, diventa diritto vivente e che non può essere modificata unilateralmente. La norma in esame, che impone di seguire una data formalità nella trasmissione introducendo la sanzione dell'inutilizzabilità degli atti trasmessi "in altro modo", non solo parrebbe porsi in contrasto con il diritto vivente dato dalla prassi instaurata tra gli Stati interessati ma, sostanzialmente, pretenderebbe di imporre a questi di interpretare diversamente da quanto fatto finora le norme convenzionali. In tale contesto si inseriva anche l'art.18 della legge di attuazione dell'Accordo Italia-Svizzera che suggerisce qualche breve riflessione. Tale disposizione, infatti, determinava l'invalidità degli atti assunti per rogatoria per cause non previste dalla normativa in vigore nel momento in cui gli atti stessi erano stati compiuti ponendosi in contrasto con la regola del *tempus regit actum*. La disciplina era destinata a regolare gli atti compiuti a seguito di rogatoria nel corso di procedimenti che al momento della sua entrata in vigore versassero nella fase delle indagini preliminari o, ove prevista, in quella dell'udienza preliminare. Quando, invece, gli atti viziati per cause di nullità o inutilizzabilità, fossero stati già acquisiti al fascicolo del dibattimento, in qualunque stato o grado si trovasse il procedimento, la regola era quella dell'impossibilità di rilevarli o dedurli dopo la prima udienza successiva all'entrata in vigore della legge (Cfr., sul tema, G. LATTANZI, E. SELVAGGI, *Formalismi inutili*, in Guida dir., 2001, 42; E. GALLUCCI, *Commento all'art. 18, l. 5 ottobre 2001, n. 367*, in *Legisl. Pen.*, 2002). A prescindere dai numerosi dubbi di legittimità costituzionale (M. CHIAVARIO, *Una legge discussa, una questione stimolante e la ricerca di alternative*, in AA. VV., *Rogatorie internazionali e dintorni. La legge n. 367 del 2001 tra giudici e Corte costituzionale,* in *Amicuscuriae*. Atti sem. prev. Ferraresi (Ferrara, 29 gennaio 2002), Torino, Giappichelli, 2002, 14 ss.;

A. PUGIOTTO, *Retroattività legislativa ed affidamento delle parti processuali nella sicurezza giuridica,* in *Rogatorie internazionali e dintorni*, cit., 243 ss., R. PINARDI, *Rogatorie internazionali, imputati eccellenti e principio di "continuità" della funzione giurisdizionale (riflessioni sulla legittimità costituzionale di una norma dal sapore procedimentale)*, in *Rogatorie internazionali e dintorni*, cit., 233 ss.), aveva destato notevoli perplessità la deroga al criterio generale previsto in materia processuale dall'art. 11 comma 1, disp. prel. c.c. Infatti, il principio *tempus regit actum* delle norme processuali evitando di intaccare l'efficacia di atti compiuti nel rispetto della normativa vigente al tempo della loro esecuzione, persegue lo scopo

Tuttavia, in piena conformità con il principio di tassatività che governa la materia, la medesima disposizione prevede la sanzione dell'inutilizzabilità solo nei casi in cui questa sia specificamente prevista dalla legge italiana.
Il comma 1 *bis* della precedente disciplina racchiusa nell'art. 729 c.p.p., invece, rendeva a priori inutilizzabili tutti gli atti compiuti dall'autorità straniera con modalità diverse da quelle indicate dall'autorità italiana, sganciando, così, l'ipotesi di invalidità dell'atto al principio di tassatività.

È evidente che, in un bilanciamento di interessi, nell'ambito della cooperazione giudiziaria non si possa che propendere per una disciplina che assicuri il buon esito delle operazioni di collaborazione e, quindi, la spendibilità di quanto richiesto allo Stato di esecuzione all'interno del procedimento in

---

di consentire l'innesto di nuove previsioni nei procedimenti pendenti senza creare scompensi e ritardi e, quindi, in sostanza, si pone a salvaguardia delle ragioni di efficienza processuale. Inoltre, la disciplina in questione parrebbe eccessiva anche per la rilevabilità del vizio di invalidità qualora ci si trovi durante la fase del giudizio di Cassazione. Giova ricordare in proposito la disciplina transitoria dettata in occasione della legge attuativa dei principi del giusto processo (l. n. 63 del 1 marzo 2001), volta a salvaguardare valori fondamentali di rango costituzionale, che dispose un'applicazione graduale delle "nuove" regole in tema di valutazione della prova, temperata da talune eccezioni e, soprattutto, e con l'esclusione tassativa della possibilità di chiedere l'applicazione delle nuove regole ove il giudizio sia in sede di Cassazione (Sul giusto processo, AA.VV., *Equo processo, normative italiane ed europee a confronto*, a cura di L. FILIPPI, Padova, Cedam, 2006). L'anomalia più rilevante della disciplina consisteva nella possibilità di rinnovazione degli atti inutilizzabili. L'art. 26, comma 2, della citata l. n. 63 del 2001, recita infatti che *"è consentito al pubblico ministero rinnovare l'esame dei soggetti indicati dagli artt. 64 e 197 bis c.p.p."* secondo formalità prestabilite. L'intento del legislatore era di garantire la funzionalità del sistema evitando il rischio di dispersione di elementi conoscitivi già acquisiti. Nella disciplina in esame la prevista ripetibilità sembrerebbe, invece, finalizzata alla definitiva neutralizzazione di atti probatori conformi alla fattispecie legale. La sua efficacia, peraltro, resta subordinata sia all'oggettiva ripetibilità dell'atto sia alla volontà manifestata dallo Stato estero richiesto di aderire ad una rinnovazione di rogatoria già correttamente evasa secondo la legge vigente al momento della richiesta. La sanzione sopraggiunta, secondo l'art. 18, sembrerebbe colpire qualunque deviazione (anche di mera forma) dalla fattispecie legale e potrebbe colpire anche i contributi probatori utili alla difesa. Una critica che ancora oggi merita di essere rilevata è, pertanto, chein questa materia la sintesi di esigenze diverse che il legislatore ha proposto nell'art. 18 da un lato ha inciso negativamente sulla "nuova" disciplina delle rogatorie appesantendo modi e tempi dell'assistenza giudiziaria internazionale e, dall'altro, non ha offerto un'adeguata contropartita sul piano di una più efficace salvaguardia delle posizioni soggettive coinvolte.

corso nello Stato di emissione.

Ciò, evidentemente, non può significare che le garanzie raggiunte da ogni ordinamento in materia di prova debbano passare in secondo piano rispetto alle esigenze di cooperazione.

Al contrario, tali garanzie, corollario dei principi fondamentali propri di ogni ordinamento giuridico, costituiranno per gli Stati unico limite nell'esecuzione delle richieste evitando, così, che sia permesso il ricorso a strumenti di assistenza e cooperazione al fine di introdurre all'interno del processo atti che non sarebbero utilizzabili in un caso interno analogo poiché in totale contrasto con i principi fondamentali che governano la materia[301].

II.1.2 Il contenuto della rogatoria.

Nei paragrafi precedenti si è avuto modo di sostenere come le rogatorie internazionali possano avere, come oggetto, qualsiasi attività di comunicazione, notificazione ed acquisizione probatoria.

Assumono, quindi, ruolo centrale quell'insieme di attività istruttorie finalizzate all'accertamento della responsabilità dell'imputato e, comunque, a ricercare gli elementi su cui fondare la decisione circa l'esercizio dell'azione penale o quella nel merito.

Per questo motivo rientrano nel contenuto della rogatoria non soltanto i mezzi di prova (esame delle parti e dei testimoni, ricognizioni, confronti, esperimenti giudiziali, perizie, acquisizioni documentali), ma anche ogni mezzo di ricerca della prova quali ispezioni, perquisizioni, sequestri, intercettazioni di conversazioni e comunicazioni.

La riforma, per l'importanza che riveste, ha riguardato anche alcuni atti di indagine e di acquisizione probatoria.

Gli artt. 6 e 7 del d.lgs. 149 del 2017, infatti, hanno provveduto ad una disciplina puntuale di alcuni strumenti che precedentemente non erano contemplati in maniera esplicita all'interno del codice.

[301] In sostanza ciò che si vuole evitare è l'introduzione all'interno del processo "dalla finestra" di ciò che il legislatore ha faticosamente ottenuto che "uscisse dalla porta" poiché non in linea con le garanzie fondamentali proprie dell'ordinamento italiano.

Gli strumenti cui si fa riferimento ricalcano, sostanzialmente, quelli introdotti e disciplinati dalla Direttiva sull'ordine europeo di indagine e, conseguentemente, dal suo decreto di attuazione emanato nel giugno del 2017.

In particolare, per quanto riguarda la rogatoria dall'estero, il legislatore ha inserito all'interno del codice di procedura penale gli artt. 726 *quater,* 726 *quinquies* e 726 *sexies* c.p.p. che disciplinano, rispettivamente, il trasferimento temporaneo all'estero di un soggetto detenuto in Italia, l'audizione della persona sottoposta ad indagini, dell'imputato, del testimone, del consulente tecnico e del perito mediante videoconferenza (o altro strumento audiovisivo) e, infine, l'audizione del testimone o del perito mediante teleconferenza.

Per quanto concerne il trasferimento all'estero di persona detenuta in Italia, l'art. 726 *quater* c.p.p. ricalca le garanzie e i presupposti sanciti in materia di ordine europeo di indagine[302].

Unica differenza risiede nelle autorità individuate come competenti alla procedura di trasferimento posto che è la stessa procedura generale della rogatoria che prevede la presenza di soggetti (come l'autorità politica) parzialmente diversi da quelli individuati per l'ordine europeo di indagine.

Infatti, in tema di rogatoria, sulle richieste di trasferimentotemporaneo a fini di indagine di persone detenute o internate, previste da accordi internazionali in vigore per lo Stato, provvede il Ministro della Giustizia, sentita l'autorità giudiziaria procedente o il magistrato di sorveglianza quando si tratti di soggetto condannato o internato, una volta acquisite tutte le informazioni necessarie[303].

Sarà, pertanto, compito del Ministro anche quello di indicare il termine entro il quale la persona deve essere riconsegnata.

Per quanto riguarda, invece, l'audizione dei soggetti nelle modalità degli artt. 726 *quinquies* e 726 *sexies* c.p.p., il legislatore ha riportato la stessa procedura prevista in caso di ordine europeo di indagine con l'unica differenza della

[302] Per questo motivo per gli aspetti affini o, addirittura, perfettamente coincidenti, si rimanda interamente al Cap. III par. III.4.1.2.

[303] Ci si riferisce alle informazioni relative alla situazione processuale, alle condizioni di salute e alle eventuali esigenze di sicurezza.

specificazione che tali attività sono ammesse "nei casi previsti dagli accordi internazionali".

L'art. 7 del d.lgs. 149 del 2017 introduce, invece, gli artt. 729 *bis*,729 *ter*, 729 *quater* e 729 *quinquies* c.p.p.

Per quanto concerne il trasferimento temporaneo in Italia di persona detenuta all'estero e l'audizione mediante videoconferenza o altra trasmissione audiovisiva, disciplinati rispettivamente dai nuovi artt. 729 *ter* e 729 *quater* c.p.p., la disciplina coincide pressoché *in toto* con quanto previsto dal d.lgs. n. 108 del 2017. Emerge, tuttavia, una differenza importante tra l'art. 729 *quinquies* c.p.p. e l'art. 39 del decreto di attuazione della Direttiva OEI.

In tema di audizione a distanza della persona sottoposta ad indagini o dell'imputato l'art. 729 *quinquies* c.p.p. risulta essere, infatti, più garantista rispetto all'art. 39 sopra citato poiché, mentre quest'ultimo si limita a prevedere che l'audizione possa essere svolta con tali modalità solo in presenza del consenso del soggetto che deve essere sentito, in tema di rogatoria è previsto, altresì, che l'indagato e l'imputato chiamati a deporre siano necessariamente assistiti dal difensore[304].

Nell'ambito della procedura attiva il legislatore ha introdotto la disciplina di due ulteriori attività: l'acquisizione di atti e informazioni daautorità straniere (art. 729 *bis* c.p.p.) e la costituzione di squadre investigative comuni (art. 729 *quinquies* c.p.p.).

La documentazione relativa ad atti e a informazioni spontaneamente trasmessi dall'autorità di altro Stato può essere acquisita al fascicolo del pubblico ministero ma con la precisazione che l'autorità giudiziaria italiana rimanga vincolata al rispetto di tutte le condizioni eventualmente poste all'utilizzabilità degli atti e delle informazioni trasmesse.

Tale attività risulta oggi essere tra gli strumenti di collaborazione giudiziaria interstatale più efficaci poiché permette – con una incomparabile semplicità - l'accesso a una documentazione già raccolta e custodita in altro Stato, la cui conoscenza è idonea ad assumere un ruolo decisivo sia in fase di

[304] Cfr. art. 729 *quater* comma 5.

indagini che all'interno di un eventuale processo penale in corso[305].

L'art. 729 *quinquies* c.p.p., infine, si occupa della costituzione di squadre investigative comuni e prevede che possa essere richiesta dal Procuratore della Repubblica nei soli casi in cui sia previsto da eventualiconvenzioni in vigore tra gli Stati membri, ovvero richiesto dalle disposizioni del diritto dell'Unione Europea.

Al di fuori del territorio dell'Unione, invece, il Procuratore può richiedere la costituzione di una o più squadre nei soli casi previsti dagli accordi internazionali e nei limiti del rispetto delle modalità e delle condizioni stabilite dalla legge.

Pare interessante sottolineare che, con riferimento a tali ultime attività, l'intervento dell'autorità politica sia assolutamente marginale dato che, nello scambio spontaneo di informazioni e documenti, il legislatore omette di prevedere la presenza o l'intervento del Ministro e, per quanto riguarda la costituzione delle squadre investigative comuni, la disciplina prevede unicamente che gli venga data "comunicazione" della costituzione della squadra.

Parte della dottrina[306] ritiene che tra gli atti oggetto di rogatoria possa rientrare, oltre alle attività di indagine e alle prove disciplinate espressamente dalla legge, ogni altra prova che sia ai sensi di quanto richiesto dall'art. 189 c.p.p. comunque "*idonea ad assicurare l'accertamento dei fatti*" e "*non pregiudichi la libertà morale*" dell'imputato[307].

---

[305] Sullo scambio di informazioni si rinvia a quanto verrà approfondito all'interno del Cap. IV del presente lavoro.

[306] Così sostenuto nel lavoro di A. GAITO, *Dei rapporti giurisdizionali con autorità straniere,* Padova, Cedam, 1985.

[307] Art. 189 c.p.p. *"Quando è richiesta una prova non disciplinata dalla legge il giudice può assumerla se essa risulta idonea ad assicurare l'accertamento dei fatti e non pregiudica la libertà morale della persona. Il giudice provvede all'ammissione sentite le parti sulle modalità di assunzione della prova".*

II.1.2.1 Il sequestro.

Può costituire oggetto di rogatoria sia il sequestro conservativo che quello preventivo.

La circostanza che l'art. 727 c.p.p. non l'abbia previsto in modo esplicito, non ha, infatti, impedito che la giurisprudenza ampliasse l'oggetto della rogatoria anche ad altri provvedimenti.

In particolare, per quanto riguarda il sequestro conservativo la giurisprudenza[308] ha affermato che è consentita l'esecuzione, mediante rogatoria internazionale anche di tale atto, senza che rilevi che l'art. 727 c.p.p. primo comma elenchi quali atti ammissibili solo le comunicazioni, le notificazioni e gli atti di acquisizione probatoria. Infatti, si applicherebbe al sequestro conservativo l'art. 3 della Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale del 1959 che prevede l'obbligo per la parte richiesta di far eseguire, nelle forme previste dalla sua legislazione, le rogatorie concernenti il compimento di atti di istruzione.

Per quanto concerne, invece, il sequestro preventivo, la giurisprudenza si è spinta fino ad affermare che tale provvedimento sia da ritenersi legittimo anche qualora il decreto prescinda dall'attivazione della procedura di rogatoria, fermo restando che, nel caso in cui lo Stato richiesto presti la propria assistenza oltre i limiti del proprio ordinamento, l'interessato non possa eccepire alcuna nullità poiché i limiti *de quibus* attengono esclusivamente ai rapporti tra gli Stati e non fanno sorgere diritti soggettivi in capo ai singoli[309].

Tale giurisprudenza ha, infatti, sostenuto che "è legittimo il provvedimento di sequestro preventivo disposto senza l'attivazione di una rogatoria internazionale, in riferimento a beni esistenti all'estero, dovendosi distinguere il momento decisorio della misura, che rientra nella competenza dell'autorità giudiziaria interna secondo la normativa nazionale, da quello esecutivo, su cui il controllo è di esclusiva competenza dell'autorità straniera

[308] Vedi Cass. Pen. Sez. VI, sent. n. 40807 del 20 ottobre 2004 (ud. del 16 settembre 2004) CED. Cass. n. 229926.

[309] Cass. Pen., Sez. II, n. 20131 del 2 aprile 2003, Del Mistro, in Cass. Pen. 2004, 2110.

secondo la sua legislazione"[310].

Peraltro, la valutazione sulla necessità del sequestro richiesto ed eseguito all'estero, nonché quella relativa al suo mantenimento ai fini del procedimento penale spetta allo Stato richiedente[311]. Solo questo ha, infatti, la possibilità di stabilire, in base al reato per cui procede e agli altri elementi in suo possesso, se il sequestro eseguito dall'autorità giudiziaria straniera, sia utilizzabile o non per il procedimento e rientri in uno di quei casi in cui, secondo la disciplina prevista dallo Stato, sia consentito il sequestro di quel determinato bene.

In caso di rogatoria attiva si ritiene che sussista, comunque, un limite per il giudice italiano poiché non potrà conoscere della regolarità degli atti di esecuzione del sequestro compiuti dall'autorità giudiziaria straniera o dagli organi di polizia da questa delegati[312].

Ciò perché, essendo il sequestro eseguito secondo la legislazione dello Stato richiesto, solo il giudice di tale Stato sarà competente ad esaminare e risolvere ogni questione eventualmente sorta concernente la regolarità del procedimento acquisitivo avvenuto secondo la propria legge.

A questo proposito, occorre soffermarsi sulle questioni concernenti l'impugnabilità del provvedimento di sequestro dinnanzi al giudice italiano.

Sul tema, mentre la dottrina ha ripetutamente sostenuto la legittimità dell'impugnazione, la giurisprudenza ha adottato nel tempo posizioni contrastanti[313].

Vi era un contrasto tra chi riteneva che il sequestro disposto dall'autorità straniera non fosse impugnabile di fronte ad un'autorità giurisdizionale

[310] Cfr. Cass. Pen. Sez. II, sent. n. 1573 del 22 novembre 2005 (ud. Del 22 novembre 2005), Zummo (CED. Cass. n.. 232990).

[311] Cfr. Cass. Pen. Sez. I, sent. n. 5938 del 26 febbraio 1998 (ud. del 23 ottobre 1997), Russo (CED. Cass. n. 209890).

[312] Cfr. Cass. Pen. del 26 febbraio 1998 cit.

[313] Cfr., Cass. pen., Sez. IV, 31 gennaio 2008, n. 9496, in Foro It., 5, II, 2008, 267 e seg.; Cass. pen., Sez. IV, 24 maggio 1995, n. 1755, in Cass. Pen., 1996, 3070; Cass. pen., Sez. IV, 30 aprile 1993, n. 563, in CED Cass., rv. 196181; Cass. pen., Sez. IV, 27 novembre 1992, n. 1385, in CED Cass., rv. 193891; Cass. pen., Sez. III, 1º ottobre 1992, n. 1586, in CED Cass., rv 192084. In dottrina, tuttavia, Cfr. *ex multis* E. CALVANESE, *La cooperazione giudiziaria in materia di sequestro* in Cass. Pen. 2003, 3894; L. PRIMICERIO, *Riesaminabilità del decreto di sequestro eseguito perrogatoria all'estero* in Cass. Pen. 2003, 2996; A. GAUDIERI, *op. cit*..

italiana[314] e chi[315], invece, ne affermava la pacifica sindacabilità sulla base del fatto che, provenendo la richiesta di sequestro dallo Stato italiano, risulterebbero esperibili i meccanismi di impugnazione e di controllo del codice di procedura penale e, quindi, in particolare, la richiesta di riesame[316] *ex* art. 324 c.p.p..

Al riguardo si sono pronunciate le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, sottolineando come nelle rogatorie vi fosse una scissione tra decisione ed esecuzione che non può, in alcun modo, ricadere sull'interessato privandolo della possibilità di impugnare il provvedimento dinnanzi al giudice italiano.

Orbene, "*La separazione tra giurisdizione sul sequestro e giurisdizione sull'esecuzione, impone l'impugnabilità anche disgiunta delle due decisioni, pure quando il sequestro non venga adottato separatamente, ma risulti implicito nella richiesta di assistenza*"[317].

II.1.2.2 Le intercettazioni telefoniche.

Le intercettazioni telefoniche rientrano tra quei mezzi di ricerca della prova che la giurisprudenza ha ricondotto nell'ambito dell'oggetto della rogatoria in ragione del loro ruolo centrale nelle indagini preliminari.

Anche in questo caso non è stata prevista una disciplina *ad hoc*.

L'unica Convenzione[318] che, in qualche modo, le regolamenta si occupa delle intercettazioni satellitari e di quelle relative alla telefonia mobile.

La possibilità di intercettare dal territorio nazionale un'utenza straniera che sia in contatto telefonico con una nazionale (e viceversa) mediante la c.d.

---

[314] Cfr. *ex multis* Cass. Pen. Sez. VI,12 dicembre 2001, Castellucci, in Cass. Pen. 2002, 2859.

[315] Cfr. *ex multis* Cass. Pen. Sez. I, 8 febbraio 1996, Crespi, Cass. Pen. 1998, 585.

[316] In dottrina, tuttavia, A. GAITO, *Rogatorie*, in AA.VV., Procedura penale, Torino, 2019, 1021 e segg. ritiene che ''dovendosi ritenere applicabili le forme del procedimento camerale tipico (art. 127), l'ordinanza è da considerare immediatamente ricorribile per cassazione. Con riguardo al termine per proporre la richiesta di riesame la giurisprudenza ha precisato che questo decorre dal momento in cui si debba ragionevolmente desumere che il soggetto legittimato sia venuto a conoscenza dell'esecuzione della misura. Cfr Cass. Pen. Sez VI, Pacifico, cit.

[317] Cfr. Cass. Pen. S.U. 16 aprile 2003, Monnier, Cass. Pen. 2003, 2992.

[318] Ci si riferisce alla convenzione europea di assistenza giudiziaria che contiene tale disciplina all'interno del Titolo III, agli artt. 17-22. Cfr. Z. SECCHI, *Classificazione delle rogatorie e degli atti rogabili* in G. LA GRECA – M.R. MARCHETTI, *Rogatorie penali e cooperazione giudiziaria internazionale*, 169 cit.

tecnica dell'instradamento permette di effettuare un'intercettazione al di fuori delle regole e dei limiti posti dalle norme in tema di assistenza giudiziaria fermo restando, però, il divieto di intercettazioni effettuate in violazione dei presupposti richiesti dal codice di procedura penale all'art. 267 che ne comporterebbe la relativa inutilizzabilità[319].

L'importante, quindi, è che vengano rispettate tutte le condizioni che sarebbero richieste nel caso in cui l'intercettazione venisse disposta all'interno del territorio nazionale[320].

Nel prosieguo della trattazione, con riferimento alle intercettazioni disposte con lo strumento dell'ordine europeo di indagine, si avrà modo di appurare come risulti quasi ininfluente il luogo in cui sia in uso il relativo apparecchio[321].

La giurisprudenza, infatti, afferma che ai fini dell'individuazione della giurisdizione competente, sia rilevante solo il luogo della nazionalità dell'utenza essendo tali apparecchi soggetti alla regolamentazione tecnica e giuridica allo Stato cui appartiene l'ente gestore del servizio[322].

Ciò significa che, allorquando le relative operazioni si svolgano sul territorio dello Stato italiano, l'utenza telefonica mobile in uso all'estero possa essere intercettata senza bisogno di attivare una rogatoria[323].

Analogamente, seguendo lo stesso discorso effettuato per l'intercettazione telefonica sull'apparato mobile, non sembrerebbe necessaria l'attivazione di una rogatoria internazionale neanche nel caso di intercettazione

---

[319] Cfr. Cass. Pen. Sez. IV, 13 giugno 2003, Lengu, CED 226174; Cass. Pen. Sez. VI, 7 marzo 2000, Rosmini, Dir. Giust., 2000, 14, 30.

[320] Cass. Sez. IV, 28 agosto 2008, Volante, CED Cass. n. 239288.

[321] Sul punto la Cassazione afferma che: *"Le intercettazioni telefoniche svolte in territorio di altro Stato sono valide ed utilizzabili nel nostro ordinamento processuale, per il principio locus regit actum desumibile dall'art 27 delle preleggi, sempre che le Autorità straniere non abbiano posto condizione all'utilizzabilità degli atti richiesti, come previsto dall'art. 729 cpp"* vedi Cass. Pen., Sez. I, sent. n. 1772 del 24 luglio 1993 (ud. del 26 aprile 1993), Raspa (CED. Cass. n.. 194754); C. Giust. UE, sent. 16 dicemrbe 2021 HP, C-724/19. *Contra* Corte di giustizia UE, sent. 8 dicembre 2020, C-584/19.Per quanto concerne l'ordinamento italiano, un chiaro divieto probatorio discende dall'esigenza, come si è appena detto imposta dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, che la violazione delle norme europee dia origine a conseguenze perlomeno analoghe a quelle che si determinerebbero in un caso interno analogo e, quindi, sarebbero da ritenere inutilizzabili dati di traffico raccolti all'estero sulla base di un OEI non autorizzato o convalidato da un giudice

[322] Cfr. Cass. Pen., Sez. I, sent. n. 37774 del 8 novembre 2002 (ud. del 16 ottobre 2002), Strangio (CED. Cass. n.. 222406). Sul tema molto interessanti gli spunti offerti da A. GAITO, *Riservatezza e intercettazioni tra norma e prassi*, I Libri., Roma, Aracne ed., 2011, conrecensione di R. MANI in Arch. Pen., 2012, 3, 1-4.

[323] Ancora Cass. Pen., Sez. I, sent. n. 37774 cit.

tra soggetti presenti a bordo di un'autovettura che avvenga mediante una microspia installata nel territorio nazionale nel quale si effettua l'attività di captazione[324].

Ebbene, le riflessioni in materia di intercettazioni telefoniche meritano di essere svolte alla luce di quanto è previsto oggi dalla Direttiva sull'ordine europeo di indagine e dal relativo decreto di attuazione.

Come emergerà nel prosieguo, infatti, per quanto si ritenga pacifico che vi siano dei casi in cui l'autorità giudiziaria non necessiti dell'assistenza dell'autorità straniera, non possiamo non porci, comunque, lo scrupolo che questa non debba essere quantomeno avvisata della captazione.

Proprio per questo motivo sarebbe stato auspicabile un intervento del legislatore volto, quantomeno, a disciplinare gli aspetti concernenti gli avvisi da comunicare all'autorità straniera in tutti i casi in cui la procedura di assistenza possa essere bypassata grazie ai vantaggi che il progresso tecnologico offre in ordine al caso concreto.

II.1.2.3 La prova testimoniale assunta con rogatoria.

Anche la prova testimoniale rientra tra gli atti eseguibili attraverso lo strumento della rogatoria.

La Corte di Cassazione, anche in applicazione della più volte citata Convenzione di assistenza giudiziaria in materia penale, ha avuto modo di affermare che "*sono utilizzabili le testimonianze assunte per rogatoria dall'autorità giudiziaria straniera nel rispetto del contraddittorio, garantito dalla presenza dei difensori al compimento dell'atto, dalla possibilità per costoro di porre domande ed interloquire sulle risposte per mezzo del giudice*"[325].

Il più generale diritto di interrogare i testimoni a carico è garantito, a livello europeo, dall'art. 6 comma 3 lett. d) della convenzione europea dei

[324] Lo stesso vale anche nel caso in cui il veicolo in questione si sposti in territorio straniero ed ivi si svolgano alcune delle conversazioni intercettate. Cfr. Cass. Pen., Sez. IV 6 novembre 2007, Assisi, CED Cass. n. 238951.

[325] Cfr. Cass. Pen., Sez. I, sent. n. 19343 del 28 aprile 2009 (ud. del 28-04-2009), R.S. (CED. Cass. n. 243938).

diritti dell'uomo[326], che garantisce ad ogni accusato il diritto di *"esaminare o far esaminare i testimoni a carico"*.

Allo stesso tempo tale disposizione, inserita in un quadro in cui il principio del giusto processo fondato sul contraddittorio è ampiamente riconosciuto, richiede che i mezzi di prova siano di norma prodotti alla presenza dell'imputato in un pubblico processo[327].

Tale statuizione non deve indurre a ritenere che ogni dichiarazione debba essere assunta in pubblica udienza dibattimentale.

Anche le dichiarazioni effettuate nell'ambito delle indagini preliminari, per esempio, possono essere utilizzabili, con specifici limiti e condizioni, senza che ciò si ponga in contrastocon quanto stabilito dalla CEDU.

Le dichiarazioni di cui si parla potranno essere utilizzate a condizione che i diritti di difesa siano rispettati e, quindi, che, per esempio, l'imputato abbia avuto l'opportunità di contro esaminare il teste nel momento in cui viene resa la testimonianza o in un momento immediatamente successivo[328].

È pur vero che, come si è avuto modo di vedere in precedenza, nell'ambito della cooperazione giudiziaria non si può pretendere che lo standard di tutela in materia di acquisizione probatoria sia quello conosciuto all'interno di ogni ordinamento. Ciò non significa che debba essere concesso un abbassamento al

[326] D'ora in avanti CEDU. La convenzione è consultabile all'indirizzo www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/.../CONVENTION_ITA_WEB.pdf .

[327] Cfr. sent. Corte Edu , 15 giugno 1992, Lùdi c. Svizzera, serie A n. 238, 21, par. 47, e Corte Edu, 20 settembre 1993, Saìdi c. Francia, serie A n. 261-C, 56, par. 56.

[328] Cfr. Corte Edu, 27 settembre 1990, Windish c. Austria, serie A n. 186, 10, par. 26.Addirittura, in tema di testimonianza assunta per rogatoria, la giurisprudenza della Corte di Cassazione ha sostenuto la validità della prova testimoniale assunta nel giudizio avanti al giudice straniero senza la presenza (pur richiesta) del giudice italiano poiché eseguita perfettamente in linea con i principi cardine del nostro ordinamento in materia di prove. Cfr. Cass. Pen., S.U. sent. n. 15208 del 25 febbraio 2010, (CED. Cass. n.. 246588). Ancora, con riguardo all'utilizzabilità delle dichiarazioni indizianti rese dal co-indagato nell'interrogatorio assunto per rogatoria, la giurisprudenza della Cassazione ha ritenuto "utilizzabili nei confronti del co-indagato le dichiarazioni rese dal concorrente nel medesimo reato nel corso dell'interrogatorio assunto all'estero per rogatoria, ancorché lo stesso, in conformità a quanto previsto dalla legge dello Stato richiesto, non sia stato preventivamente avvisato dell'utilizzabilità anche nei suoi confronti delle medesime dichiarazioni atteso che l'art 64, comma terzo, lett. a) c.p.p. non è norma inderogabile di ordine pubblico". Cfr. Cass. Pen., Sez. VI, sent. n. 34412 del 15 giugno 2010, (CED. Cass. n.. 248242).

di sotto dei limiti previsti dai principi fondamentali cardine del nostro ordinamento ma, semplicemente, che debba essere ritenuto ammissibile un affievolimento delle garanzie alla luce di un bilanciamento di interessi e diritti in gioco che potrà ricorrere, come avviene in presenza di un ordine europeo di indagine, al paracadute del principio di proporzionalità[329].

II.1.2.4 La videoconferenza

La possibilità di avvalersi di una modalità di acquisizione della prova qual è la videoconferenza assume rilevanza centrale nella cooperazione internazionale[330].

Essa, infatti, rappresenta uno strumento che rende possibile l'acquisizione di testimonianze, perizie e, se favorevole, dell'esame dell'imputato direttamente da parte dell'autorità procedente con il vantaggio di applicare la *lex fori* e di salvaguardare il principio di oralità[331].

La conferma dell'utilità di tale forma di acquisizione si rinviene nella constatazione che a tale strumento si è fatto ricorso, in mancanza di una generale disciplina - che, come si è visto in precedenza, è stata emanata solo con il decreto di riforma del 2017 - tramite la stipulazione di accordi *ad hoc*[332].

Lo strumento di cui si parla, infatti, prima dell'entrata in vigore della riforma, era disciplinato dall'art. VI dell'Accordo Italia-Svizzera[333], dalla

[329] Sul tema, si veda diffusamente il Cap. III del presente lavoro.

[330] Cfr. Cass. Pen., Sez. I, sent. n. 14483 del 20 febbraio 2006, (CED. Cass. n. 234084); in dottrina cfr. B. PIATTOLI, *Videoconferenze e cooperazione nel processo penale*, Milano, Giuffrè, 2005; M. PISANI, *Rogatorie internazionali e videoconferenze*, in Riv. Dir. Proc., 2002.

[331] Z. SECCHI, *Il detenuto oltre confine va in videoconferenza*, in Guida al Dir., 2001, 42.

[332] *Ex multis* cfr. ancora Z. SECCHI, *Classificazione delle rogatorie ed individuazione degli atti rogabili*, cit., 169; M. PISANI, *Un primo caso di collegamento audiovisivo per una rogatoria per l'estero*, in Riv. It. Dir. Proc. Pen. 2002, 386.

[333] Pare opportuno dare conto, seppur brevemente, della disciplina dettata dall'Accordo Italia-Svizzera. Innanzitutto, è previsto che lo strumento della videoconferenza possa essere utilizzato nei casi in cui vi è oggettiva impossibilità o non opportunità che il soggetto compaia personalmente dinnanzi all'autorità giudiziaria che richiede l'utilizzo di tale modalità. Tali cause di impossibilità o non opportunità devono quindi emergere dalla richiesta stessa. Per quanto riguarda, invece, le condizioni cui la videoconferenza è assoggettata, la disciplina prevede che questa non debba risultare in contrasto ai principi fondamentali del diritto dello Stato richiesto. Inoltre, perché tale modalità di acquisizione sia utilizzabile, lo Stato richiesto deve disporre degli strumenti tecnici necessari. Questa seconda condizione è, tuttavia, superabile allorché, nel caso in cui lo Stato richiesto non sia in possesso degli strumenti necessari di cui sopra, lo Stato richiedente gli fornisca tali strumenti.

convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale e dal II Protocollo addizionale alla convenzione.

Il Legislatore, essendo la videoconferenza uno strumento destinato a svilupparsi nel tempo lo aveva inserito, tramite l'art. 16 l. 5 ottobre 2001 n. 367, tra le norme di attuazione del codice di procedura penale; nello specifico, con l'art. 205 *ter* quale supporto normativo necessario a dare attuazione nel nostro ordinamento alle norme pattizie sul tema.

Si è detto che la videoconferenza transnazionale rende possibile l'acquisizione di testimonianze, perizie e, se favorevole, anche dell'esame dell'imputato. Logica conseguenza di questa statuizione è che i soggetti che possono intervenire sono i testimoni, i periti, nonché la persona sottoposta a procedimento penale. Più in particolare, però, è utile sottolineare che la disciplina è in parte diversificata a seconda che si tratti dei primi due o dell'indagato o imputato. Per quanto riguarda il testimone o il perito, che vengono citati a comparire secondo le forme prescritte dalla legislazione dello stato richiesto, si applicano le disposizioni di cui al paragrafo 5 dell'articolo in questione. Ciò significa che al collegamento dovrà essere presente un'autorità giudiziaria della parte richiesta, e che questa potrà anche essere assistita da un interprete, con il compito di identificare la persona da ascoltare e di assicurare il rispetto dei principi dell'ordinamento, e di intervento nel caso di eventuale violazione. Sempre secondo questa disciplina, è possibile inoltre concordare misure di protezione del teste o del perito che può essere, ove necessario, assistito da un interprete e avvalersi della facoltà di non rispondere nei casi previsti dalla normativa interna di entrambi gli Stati coinvolti. Infine, la norma stabilisce che la videoconferenza è condotta direttamente dall'autorità giudiziaria dello Stato richiedente ed in conformità al proprio diritto. Si diceva, quindi, che la videoconferenza può essereutilizzata anche nei confronti di persone sottoposte a procedimento, e che in questo caso la disciplina prevista è parzialmente diversificata. La prima differenza da rilevare è che, nel caso in cui si voglia utilizzare la videoconferenza per l'esame di un imputato o indagato, sorge il rispetto di un ulteriore condizione: il consenso dell'interessato. Questi, oltre che conferire il proprio consenso, deve essere assistito da un difensore che si può trovare con lui nello Stato estero ovvero davanti all'autorità giudiziaria procedente. In questo caso permane comunque in capo ad esso il diritto di colloquiare riservatamente con il proprio assistito. L'autorità giudiziaria richiesta redige, poi, verbale, attestante tra l'altro che l'audizione si è svolta in assenza di condizionamenti e coercizioni, e lo trasmette all'autorità richiedente. Per quanto riguarda, invece, la regolamentazione interna, si evidenzia come non vi sia una perfetta coincidenza tra le disposizioni di questa e quella patrizia. Ciò si rileva, in particolare, con riguardo al fatto che il video collegamento con l'imputato pare possibile solo nell'ipotesi in cuiquesto sia detenuto all'estero. In tale ipotesi, inoltre, la norma prevede che il suo rifiuto a partecipare alla videoconferenza determini il venir meno del legittimo impedimento costituito dalla detenzione all'estero con conseguente possibilità di procedere nel nostro Stato anche in "assenza" di costui. Cfr. M. R. MARCHETTI, *Ratificato l'Accordo Italia-Svizzera per una migliore assistenza giudiziaria in materia penale,* cit., 111.

La disciplina risulta, come anticipato, ulteriormente modificata in virtù dell'emanazione del d. lgs. n. 149 del 2017.

L'audizione di determinati soggetti attraverso la videoconferenza, infatti, rientra tra gli strumenti investigativi e di acquisizione probatoria che il legislatore della riforma ha deciso di inserire espressamente nel libro XI del c.p.p..

Per quanto riguarda la rogatoria c.d. passiva, è stato introdotto l'art. 726 *quinquies* c.p.p. il quale prevede che, nei casi previsti dagli accordi internazionali, l'audizione e la partecipazione all'udienza davanti all'autorità giudiziaria straniera della persona sottoposta ad indagini, dell'imputato, del testimone, del consulente tecnico o del perito che si trovi nello Stato, possa essere eseguita mediante videoconferenza o altra forma di collegamento audiovisivo a distanza.

L'autorità giudiziaria competente procederà, quindi, all'esecuzione della richiesta, salvo che sia contraria ai principi fondamentali dell'ordinamento e, nel caso in cui si tratti di audizione della persona sottoposta alle indagini o dell'imputato, previa acquisizione del loro consenso.

Per quanto concerne le modalità dell'audizione o della partecipazione, queste verranno concordate, come accade in caso di ordine europeo di indagine penale, dall'autorità giudiziaria italiana e quella richiedente, ferma restando l'applicazione delle norme contenute nel codice di procedura penale per ciò che concerne la citazione della persona di cui è richiesta l'audizione o la partecipazione a distanza.

L'autorità giudiziaria italiana provvederà, quindi, all'identificazionedella persona che è richiesto che venga sentita (o che partecipi al compimentodi quell'attività probatoria) e, ove necessario, sarà prevista la presenza di un interprete, nonché la traduzione degli atti in tutti i casi in cui la legge lo preveda. La necessità della nomina di un interprete e della traduzione degli atti è dovuta al fatto che si tratta di una condizione ormai ritenuta imprescindibile perché sia effettivamente garantito il diritto di difesa.

L'imputato, infatti non potrebbe in alcun modo difendersi senza conoscere perfettamente ciò che accade durante l'espletamento delle attività

processuali[334].

Trattandosi, in questo caso, di richiesta da parte dell'autorità estera, è previsto (al pari di quanto sancito dall'art. 18 del d.lgs. n. 108 del 2017) che l'audizione sia direttamente condotta da questa secondo il proprio diritto interno ma in presenza dell'autorità nazionale che, assistita se del caso da un interprete, assume il ruolo di garante del rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento giuridico italiano.

Al termine delle operazioni verrà, quindi, redatto processo verbale che sarà sottoscritto dall'autorità giudiziaria procedente e verrà, successivamente, trasmesso all'autorità richiedente.

L'art. 729 *quater* c.p.p., invece, è stato dettato per quanto concerne le ipotesi di rogatoria c.d. attiva e prevede una disciplina del tutto speculare a quella dettata dall'art. 726 *quinquies* c.p.p.

La norma prevede, infatti, che, nei casi previsti dagli accordi internazionali, l'audizione e la partecipazione all'udienza davanti all'autorità giudiziaria italiana della persona sottoposta ad indagini, dell'imputato, del testimone o del perito che si trovi all'estero e che non possa essere trasferito in Italia, possano essere eseguite mediante videoconferenza (o altra forma di collegamento audiovisivo)[335] previa acquisizione del consenso del soggetto che deve essere sentito.

Le modalità della citazione, dell'audizione o della partecipazione a distanza, nonché le eventuali misure relative alla protezione della persona di cui é richiesto l'esame o la partecipazione all'udienza, sono concordate dalle autorità giudiziarie italiana e straniera competenti[336].

Sarà, in questo caso, compito dell'autorità straniera identificare la persona da sentire o di cui è chiesta la partecipazione all'udienza e di comunicare tempestivamente i diritti che ad essa vengono riconosciuti

[334] L'audizione dei soggetti sopra elencati attraverso lo strumento della videoconferenza è disciplinata anche all'interno del decreto di attuazione della Direttiva 41/2014 dettata in materia di ordine europeo di indagine, il quale sarà puntualmente analizzato nel successivo Capitolo III.
[335] Si sottolinea che, questa volta, l'utilizzo del solo termine "audiovisivo" esclude il ricorso a diversi strumenti quali la teleconferenza, che non trova puntuale disciplina tra gli strumenti cui può ricorrere lo Stato italiano nell'ambito della richiesta di assistenza giudiziaria ad altro Stato.
[336] Si confrontino le disposizioni in tema di videoconferenza dettate nell'ambito dell'ordine europeo di indagine, che risultano perfettamente coincidenti. Cfr. *infra*, cap. III.

dall'ordinamento italiano e da quello straniero (tra cui quelli relativi alla traduzione e alla interpretazione) al fine di garantirne l'effettivo esercizio.

Ancora una volta secondo lo stesso schema individuato dal decreto di attuazione della Direttiva sull'ordine europeo di indagine, la disposizione prevede che, se necessario, l'autorità giudiziaria possa mettere a disposizione dello Stato richiesto i mezzi tecnici per procedere all'audizione mediante videoconferenza al fine di garantire il compimento dell'atto e, quindi, sempre nell'ottica di una maggiore efficienza della normativa in tema di collaborazione tra Stati.

Infine, sempre nell'ambito della partecipazione e audizione a distanza, pare di assoluta innovazione l'art. 726 *sexies* c.p.p. che disciplina, per la prima volta, l'audizione mediante teleconferenza.

L'articolo prevede, infatti (in termini oltremodo generici) che, nei casi previsti dagli accordi internazionali, l'audizione del testimone o del perito che si trovi nello Stato e la cui comparizione davanti all'autorità richiedente non sia possibile od opportuna può essere eseguita anche mediante teleconferenza ai sensi di quanto già espressamente sancito riguardo alla videoconferenza.

Tale previsione, lo si sottolinea, è regolata solo con riferimento alla procedura passiva e, quindi, a quei casi in cui sia un altro Stato a richiedere il compimento dell'atto al fine di poter utilizzare i risultati ottenuti all'interno di un processo in corso nel proprio territorio.

La scelta del legislatore di non inserire una puntuale disciplina della teleconferenza nell'ambito della procedura attiva – ribadita alla luce dell'utilizzo dello stesso approccio anche in materia di ordine europeo di indagine[337] - dimostra la volontà del legislatore italiano di mantenere tale strumento di acquisizione probatoria "estraneo" alle aule giudiziarie.

[337] Come si vedrà all'interno del Cap. III, infatti, anche nel decreto legislativo di attuazione della Direttiva OEI la teleconferenza viene disciplinata solo nell'ambito della procedura passiva.

II.1.3 Le pratiche alternative alla rogatoria tradizionale. Le rogatorie atipiche.

L'attività di acquisizione probatoria nel territorio estero oltre che essere svolta, come tradizionalmente previsto, dall'autorità giudiziaria dello Stato richiesto, può essere svolta, al ricorrere di determinate condizioni, anche dall'autorità giudiziaria italiana, oppure concelebrata da quella italiana e quella estera. In questi casi si suole parlare di "strumenti alternativi"[338] alla rogatoria, nati dall'emergere dell'esigenza di celerità caratterizzante il processo penale, esigenza non soddisfatta dall'istituto tradizionale della rogatoria.

II.1.3.1 La rogatoria concelebrata.

La rogatoria concelebrata è uno strumento di acquisizione probatoria che consente, previo consenso dell'autorità richiesta, che l'autorità giudiziaria italiana assista all'assunzione degli atti effettuata da quella dello Stato estero.

In tali casi il magistrato italiano non ha facoltà di esercitare poteri giurisdizionali, bensì si limita ad assistere e partecipare nella prospettiva della rilevanza della prova e della sua valutazione ai fini della piena utilizzabilità all'interno del processo italiano in corso[339]. Gli è consentito esclusivamente di suggerire domande o il compimento di atti che appaiano ai suoi occhi più opportuni e/o rilevanti con riguardo al processo.

Si tratta, pertanto, di una previsione che amplia notevolmente l'ambito dell'intervento dell'autorità rogante in tali fattispecie[340].

---

[338] Cfr. *ex multis*, G. DIOTALLEVI, *La c.d. "concelebrazione" delle rogatorie e gli atti diretti di giurisdizione all'estero,* in Cass. Pen. 1998, 915.

[339] Ancora G. DIOTALLEVI, *La c.d. "concelebrazione" delle rogatorie e gli atti diretti di giurisdizione all'estero,* cit.; Sul punto anche Cass. Sez. III sent. n°1396 del 14 gennaio 2022 "*È precluso al giudice italiano un vaglio in ordine alla legittimità delle modalità di esecuzione di un atto rogatoriale qualora non sia stata indicata alcuna specifica formalità nella richiesta di assistenza giudiziaria, ed a maggior ragione quando l'atto di indagine sia stato svolto in precedenza, nel corso di autonome investigazioni intraprese dallo Stato estero, fermo restando che tale atto, una volta introdotto nel procedimento italiano a seguito di relazioni rogatoriali, e quindi utilizzabile, sarà poi sottoposto a tutte le regole processuali e sostanziali proprie dell'ordinamento italiano (...)*".

[340] In sede convenzionale, la partecipazione dell'autorità giudiziaria italiana all'assunzione delle prove effettuata dall'autorità richiesta dello Stato estero, assume forme e ampiezza diversificate.

Affermata, quindi, la possibilità che la prova sia assunta (con il consenso dello Stato straniero) con la partecipazione dell'autorità giudiziaria italiana, sembra opportuno domandarsi quale disciplina si applichi in presenza di una rogatoria concelebrata.

In relazione a quanto ritenuto, al fine di una migliore definizione del quadro di riferimento, preme rammentare alcune pronunce della giurisprudenza sul tema.

La Corte di Cassazione ha affermato, al riguardo, che tale "atipicaforma di rogatoria internazionale non è sottratta alle norme convenzionali e consuetudinarie che regolano i rapporti tra gli Stati"[341].

Pronuncia che identifica nel principio di sovranità territoriale il limite oggettivo dell'attività degli organi statali[342].

La Corte intendeva sostanzialmente che, nonostante si tratti di una rogatoria atipica e, quindi, non rientrante negli schemi disciplinati e conosciuti dalla normativa di riferimento, non si potrà comunque uscire dai binari tracciati dalla legislazione che è posta a fondamento della materia che prevedono, prima di ogni altra cosa, il necessario rispetto dei principi fondamentali propri di ogni ordinamento.

Pare altrettanto opportuno precisare che la facoltà di concelebrazione non deve essere interpretata nel senso di requisito obbligatorio al fine della spendibilità all'interno del processo dei risultati probatori raccolti in territorio estero. Per questo motivo, nel caso in cui l'autorità giudiziaria italiana ometta

---

partecipano all'espletamento della rogatoria stessa di formulare domande e di proporre misure suppletive attinenti agli Stati stessi; la disciplina del Trattato Italia-USA, invece, contempla la possibilità per l'autorità giudiziaria, l'imputato ed il suo difensore di proporre domande anche oltre l'ambito di quelle formulate dall'autorità procedente, e di chiedere l'esecuzione diulteriori atti istruttori.

[341] Nel caso di specie, si tratta di attività rogata alle autorità tedesche che era disciplinata dall'art. IV dell'accordo aggiuntivo alla convenzione europea di assistenza giudiziaria inmateria penale del 20 aprile 1959 tra Italia e Germania che, rispetto alla predetta convenzione, non si limita a prevedere l'assenso dello Stato richiesto a che le parti assistano all'esecuzione della richiesta, bensì subordina tale partecipazione alla compatibilità con la legislazione dello Stato richiedente. Cfr. Cass. Pen. Sez. VI, 13 luglio 1999, n. 11109, in Cass. Pen. 2000, 11, 3106.

[342] In tal senso cfr. Cass. Pen. Sez. V, 14 ottobre 1996, Colecchia cit.; Cass. Pen. Sez. I, 19 febbraio 1979, Buscetta, in Cass. Pen., 1981, 965, 605.

di assistere all'assunzione della prova effettuata dall'autorità richiesta, ciò non determina alcun presupposto per sanzionare l'atto con l'invalidità[343].

Peraltro, oggi, la possibilità di eseguire una rogatoria concelebrata incontra l'appiglio normativo dell'art. 729 *quinquies* c.p.p. che, nell'ammettere la possibilità della costituzione di squadre investigative comuni, consente implicitamente lo svolgimento di attività di ricerca ed acquisizione probatoria insieme ad autorità straniere e, quindi, in maniera concelebrata.

II.1.3.2 L'acquisizione diretta delle prove.

Già sotto la vigenza del Codice Rocco si parlava della possibilità di acquisizione diretta della prova all'estero da parte delle autorità giudiziarie italiane.

L'art. 727 del codice di procedura penale, anche così come riformato, non impedisce espressamente che, con il consenso delle autorità dello Stato straniero, le prove siano raccolte direttamente dall'autorità giudiziaria italiana[344].

L'assenza di un principio generale di diritto internazionale e di disposizioni interne sul tema non esclude, infatti, che possano venire stipulate delle convenzioni che regolino espressamente tali forme di collaborazione.

Da tale postulato deriva che la rogatoria si presenta come strumento normale di acquisizione probatoria all'estero ogniqualvolta gli Stati non abbiano stabilito diversamente.

Giova, a questo punto, evidenziare fin d'ora un'importante differenza tra l'istituto in analisi e quello della rogatoria concelebrata di cui al paragrafo precedente.

Nel caso di acquisizione diretta da parte dell'autorità giudiziaria italiana, infatti, non basta il (pur necessario) consenso sollecitato nel caso concreto, ma è condizione indispensabile che tale modalità sia stata prevista e ratificata in un accordo reso esecutivo con un provvedimento nazionale.

---

[343] Cfr. Cass. Pen., Sez. I, 6 maggio 2004, Ciaglia, CED Cass. n. 228441.

[344] Cfr. Cass. Pen., Sez. V, sent. n. 873 del 05 febbraio 1997, Colecchia, CED. Cass. n. 206902.

La domanda che occorre porsi è, pertanto, quale disciplina deve essere applicata dall'autorità giudiziaria italiana nell'espletamento di tale attività.

Per risolvere tale problema, risulta necessario distinguere i casi in cuinel trattato sia prevista una disciplina particolare sulla modalità di acquisizione da quelli in cui questo ne sia sprovvisto.

Nel primo caso è evidente che dovranno essere osservate le disposizioniinserite nell'accordo che regola espressamente la materia. Nel caso, invece, in cui non siano inserite disposizioni puntuali in tal senso, si ritiene[345] che l'autorità giudiziaria dello Stato rogante, sulla base della facoltà accordatagli dicompiere attività direttamente nello Stato richiesto, possa osservare le disposizioni del proprio ordinamento.

In ogni evenienza e, in particolare, nella seconda ipotesi, l'autoritàrichiedente non potrà compiere atti che vadano contro i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico straniero e, sempre in ragione della prevalenza del principio di sovranità territoriale, l'attività e le modalità acquisitive saranno subordinate al consenso del Paese richiesto.

Tale commistione tra la *lex loci* e la *lex fori* è stata la base dell'elaborazione della categoria delle rogatorie atipiche in base alla quale sonoritenute ammissibili variazioni, anche incisive, rispetto a quanto previsto per la rogatoria classica.

II.1.3.3 Le investigazioni difensive all'estero

Il tema dell'acquisizione delle prove all'estero implica aspetti di primaria rilevanza, specie sotto il profilo dei diritti della difesa.

In dottrina e in giurisprudenza esiste, a tal proposito, un dibattito concernente la possibilità o meno per il difensore di svolgere personalmente sulterritorio straniero delle indagini difensive attraverso lo strumento della rogatoria.

---

[345] N. GALANTINI, *La cooperazione internazionale per la ricerca e l'acquisizione della prova* in O. DOMINIONI, *Argomenti di procedura penale internazionale*, Milano, UNICOPLI,1982. Sul tema della circolazione della prova all'estero e dei suoi rapporti con il mutuo riconoscimento, cfr. M. DANIELE, *Ricerca e formazione della prova*, in R. E. Kostoris (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, cit., p. 455 ss.; R. BELFIORE, *La prova penale "raccolta" all'estero*, Roma, Aracne, 2014; G. DARAIO, *La circolazione della prova nello spazio giudiziario europeo*, in L. Kalb (a cura di), *"Spazio europeo di giustizia" e procedimento penale italiano*, Torino, Giappichelli, 2012, p. 503 ss.; M. R. MARCHETTI, *Dalla convenzione di assistenza giudiziaria in materia penale dell'unione europea al mandato europeo di ricerca delle prove e all'ordine europeo di indagine penale*, in T. Rafaraci (a curadi), *La cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale nell'unione europea dopo il Trattato di Lisbona*,cit., p. 135 ss.; G. ILLUMINATI (a cura di), *Prova penale e Unione europea*, Bononia University Press, Bologna, 2009; S. ALLEGREZZA, *Cooperazione giudiziaria, mutuo riconoscimento e circolazione della prova penale nello spazio giudiziario europeo*, in T. Rafaraci (a cura di), *L'area di libertà, sicurezza e giustizia, alla ricerca di un equilibrio fra priorità repressive ed esigenze di garanzia*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 691 ss; G. MELILLO, *Il mutuo riconoscimento e la circolazione della prova*, in *Cass. pen*. 2006, n. 1, p. 272 ss.

Possibilità che presupporrebbe la possibilità in capo ad esso di attivare personalmente la richiesta.

Nel tentativo di dare riconoscimento concreto alla cosiddetta parità delle armi tra accusa e difesa, la legge n. 397 del 2000[346] introdusse in Italia una disciplina organica delle investigazioni difensive tipizzando le attività di indagine del difensore e le modalità con cui devono essere poste in essere.

Venne così valorizzato quell'aspetto del diritto di difesa che rappresenta il mezzo per realizzare un corretto accertamento giudiziale attraverso la piena attuazione del principio del contraddittorio. Il ruolo del difensore muta assumendo quello di protagonista dell'attività di indagine inerente all'esercizio della difesa penale.

Ci si è, pertanto, domandati se la disciplina delle indagini difensive possa essere trasposta anche ai casi di cooperazione giudiziaria internazionale.

Parte della dottrina[347] ha ipotizzato che il difensore abbia la possibilità di compiere all'estero un'attività di indagine difensiva per larga parte coincidente con quella *ex* artt. 391 *bis* ss. c.p.p. con la speculare imposizione di attivare la richiesta di rogatoria.

Di diversa opinione è, invece, la giurisprudenza[348] che ritiene che i risultati delle indagini difensive *ex* artt. 391 *bis* ss. c.p.p. compiute all'estero siano inutilizzabili perché poste in essere da un soggetto non legittimato.

La giurisprudenza[349], infatti, ha più volte sostenuto che ai fini dell'utilizzabilità di atti compiuti all'estero, per tutte le parti processuali deve essere esperita la procedura disposta dal codice di procedura penale in materia di rogatorie. Pertanto, non essendo contemplata la possibilità per il difensore di formulare la richiesta di rogatoria in modo diretto, ne discenderebbe che tale tipo di atto non sia da questo esperibile.

---

[346] Legge 7 dicembre 2000 n. 397 che reca *Disposizioni in materia di indagini difensive*. Pubblicata in GU n.2 del 3 gennaio 2001.

[347] Cfr. *ex multis*, D. CURTOTTI NAPPI, *I nuovi orizzonti investigativi del difensore: le informazioni assunte all'estero,* in Osservatorio penale, 2007, 2, 14.

[348] Cfr. *ex multis*, Cass. Pen. Sez. I, 29 maggio 2007, Kaneva, in Riv. It. Dir. Proc. Pen, 2008, 1382.

[349] Cass. Pen. Sez. I, 19 giugno 2007 n. 23967, in Altalex Massimario, 15/2007.

Il difensore avrebbe, piuttosto, la necessità di passare attraverso una richiesta al pubblico ministero o al giudice per le indagini preliminari affinché costoro attivino la procedura della rogatoria.

Tuttavia, tale possibilità non è stata prevista neanche dal legislatore della riforma, al contrario di quanto avvenuto in materia di ordine europeo di indagine per cui l'impulso del difensore è stato esplicitamente regolato.

Inoltre, l'art. 391 *bis* c.p.p., nell'indicare espressamente quali atti può svolgere il difensore, non prevede che costui abbia la possibilità di compiere indagini difensive all'estero.

Ne consegue, anche per questo motivo, che gli sia impedito recarsi all'estero al fine di raccogliere personalmente dichiarazioni favorevoli all'indagato.

Anche in questo caso, dovrà rivolgersi all'autorità giudiziaria competente affinché questa attivi una domanda di assistenza giudiziaria mediante lo strumento della rogatoria internazionale.

Per quanto la giurisprudenza abbia confermato in più occasioni che non sia ammissibile tale attività, il tema rimane aperto.

Sul punto si reputa di particolare interesse, oltre che pienamente condivisibile, il contributo offerto daquella dottrina che si esprime in senso negativo in merito alla possibilità che il difensore svolga autonomamente indagini investigative all'estero *"non solo perché questo non sembra consentito dal sistema interno complessivamente considerato (essendo evidente come non possa farsi riferimento solo alla relativa normativa disegnata negli artt. 391bis ss., dovendosi anche tenere conto di quella contenuta nel libro XI, che regola la "proiezione esterna", fuori dei confini nazionali, del processo penale). Ma anche e soprattutto [...] perché l'attività del difensore all'estero, nel preteso svolgimento di poteri e funzioni riconosciute dal nostro codice, potrebbe costituire attività illecita (siccome non sorretta da alcuna previsione internazionale), con possibili conseguenze non solo sul piano della responsabilità penale per i comportamenti posti in essere nel territorio dell'altro Stato, ove prevista, ma anche con pari responsabilità, deve ritenersi,*

dello Stato cui il difensore "appartiene", sul piano internazionale." [350].

Occorre, pertanto, valutare il problema anche in termini di reciprocità e interrogarsi in merito all'ammissibilità nel nostro territorio dello *"svolgimento di attività difensiva da parte di difensori stranieri"* oltre che, in territorio straniero, di attività di indagine difensiva svolta da un soggetto che, ancora in tanti Paesi dell'Unione Europea[351], non è considerato legittimato al suo compimento.

Stessa dottrina ha avuto modo di argomentare, condivisibilmente, che *"la necessità di un'espressa previsione normativa, tanto sul piano interno quanto su quello internazionale, attraverso la predisposizione di regole chiare e prefissate in strumenti convenzionali, risulta poi evidente (quantomeno opportuna) proprio (o anche) sotto il profilo delle garanzie individuali".* Oltre che di sottolineare come vi sia una posizione pressoché unanime su *"l'inammissibilità di acquisizioni probatorie (da parte dell'autorità giudiziaria, segnatamente da parte dei pubblici ministeri) con metodi alternativi allo strumento rogatoriale (sia pure con riferimento alle acquisizioni di mezzi di prova e all'attività investigativa della polizia giudiziaria al di fuori dei canali della mutua assistenza)"* affermando, quindi, che*" potrebbe apparire contraddittorio sostenerne l'ammissibilità - sotto il profilo dei rapporti interstatuali - con riferimento alle indagini difensive"*[352].

Il tema delle attività di investigazione difensiva torna ciclicamente in voga, alla ricerca di nuovi spunti e appigli interpretativi da parte della dottrina italiana più affezionata al concetto di parità di armi tra accusa e difesa, che permettano di considerare l'avvocato quale soggetto legittimato al loro

---

[350] E. SELVAGGI, *Noi e gli altri: appunti in tema di atti processuali all'estero*, nota a Cass. Pen. Sez. I, 29 maggio 2007 n. 23967, in Cass. Pen. 2009, 5, 2049.

[351] Tra gli altri, anche la Spagna non conosce l'istituto delle investigazioni difensive e, pertanto, ammette che le indagini possano essere svolte esclusivamente dall'autorità giudiziaria.

[352] Ancora E. SELVAGGI, *Noi e gli atri: appunti in tema di atti processuali all'estero*, cit. Sul tema si veda anche l'approfondimento contenuto nel Cap. III in tema di ordine europeo di indagine.

compimento.

Tuttavia, anche il legislatore, con le ultime riforme che hanno riguardato la complessa materia della cooperazione giudiziaria, parrebbe continuare a propendere per l'interpretazione ormai pacifica della giurisprudenza che nega la legittimazione del difensore al compimento di indagini al di fuori dei confini del territorio nazionale.

Da ciò discende un'evidente penalizzazione del diritto di difesa nella sua espressione più ampia,per il quale si è tanto lottato all'interno dell'ordinamento italiano.

II.2 I precedenti tentativi di innesto del principio del mutuo riconoscimento al terreno della prova penale. Uno sguardo al passato.

Il modello tradizionale della cooperazione giudiziaria internazionale, sostanzialmente basato sulle forme classiche del cd. diritto convenzionale "rogatoriale", è stato soggetto ad un processo di profonda trasformazione, soprattutto per effetto delle prime applicazioni del principio del mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie ai settori più disparati [353].

Tale mutamento è percepibile sin dai primi anni del XXI secolo, in cui le istituzioni comunitarie avviarono un radicale processo di modifica degli istituti della cooperazione, prendendo le mosse dal principio enunciato nella conclusione n. 36 del Consiglio europeo di Tampere del 15 ottobre 1999, secondo cui: *"le prove legalmente raccolte dalle autorità di uno Stato membro dovrebbero essere ammissibili dinanzi ai tribunali degli altri Stati membri, tenuto conto delle norme ivi applicabili"* [354].

Si enucleava in tal modo una linea guida che, oggi, dando uno sguardo al passato e all'evoluzione che ha caratterizzato la materia, è stata sicuramente

[353] M. CHIAVARIO, *Cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale a livello europeo*, in Riv. It. Dir. Proc. Pen., 2005, 974 ss; A. CIAMPI, *L'assunzione di prove all'estero in materia penale*, Padova, Cedam, 2003, 47 ss.; M. A. GUTIÉRREZ ZARZA, *El principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia penal. Informe español*, in Revista de Derecho Penal, 2009, 27, 95-146; C. RODRÍGUEZ MEDEL NIETO, *Obtención y admisibilidad en España de la prueba transfronteriza: de las comisiones rogatorias a la orden europea de investigación*, cit., 223 ss.

[354] Cfr. Conclusione n. 36 Consiglio europeo di Tampere cit..

fondamentale per la successiva attività di elaborazione normativa degli organismi comunitari.

Il punto nodale di tale importanza risiede proprio nella combinazione del principio di ammissibilità della prova legalmente acquisita e circolante sul territorio dell'Unione Europea, con quello della sua compatibilità rispetto alle regole dettate in materia dallo Stato che ha richiesto il compimento dell'atto.

Si tratta dell'idea di una progressiva opera di ravvicinamento delle regole che fondano il diritto delle prove, ravvicinamento che costituisce una pre-condizione indispensabile per aumentare e rafforzare quella fiducia reciproca tra i diversi sistemi, che è alla base del principio del reciprocoriconoscimento delle decisioni giudiziarie penali[355].

Espressione emblematica di questo mutamento è data dalla Decisione quadro 2003/577/GAI[356] concernente l'esecuzione nell'Unione di provvedimenti di blocco di beni e di sequestro probatorio e dalla Decisione quadro 2008/978/GAI[357] relativa al mandato europeo di ricerca delle prove (MER).

Pare doveroso ricordare sin d'ora che l'evoluzione della normativa europea nel settore della cooperazione giudiziaria penale determina il superamento sia della Decisione quadro 2003/577/GAI che della successiva Decisione n. 978 del 2008. Invero, come accennato in premessa, la Direttiva 2014/41/UE, basata su un unico strumento denominato ordine europeo di

[355] Tali intenzioni si scorgono già nell'art. 82 ai paragrafi 2 e 3 del Trattato in cui il legislatore europeo, nell'ottica di un bilanciamento tra le esigenze europee e quelle dettate dalle peculiarità delle singole legislazioni nazionali, prevede che le norme minime contenute nelle direttive debbano tener conto delle differenze esistenti fra le "tradizioni giuridiche" e gli "ordinamenti giuridici" degli Stati membri dell'Unione europea nonché dando la possibilità di attivare lo specifico meccanismo di sospensione della procedura legislativa ordinaria nell'ipotesi in cui un membro del Consiglio ritenga che un progetto di Direttiva "incida su aspetti fondamentali del proprio ordinamento giuridico penale".

[356] Decisione adottata dal Consiglio G.A.I. dell'UE. il 22 luglio 2003 e pubblicata in GU, L 196 del 2 agosto 2003.

[357] Decisione adottata dal Consiglio G.A.I. dell'UE. il 18 dicembre 2008 e pubblicata in GU, L 350, del 30 dicembre 2008.

indagine (OEI), è volta a superare i contenuti di entrambe le decisioni quadro[358].

II.2.1 La Decisione quadro 2003/577/GAI

La Decisione quadro 2003/577/GAI tese ad attuare il principio del reciproco riconoscimento in relazione alle decisioni giudiziarie volte a prevenire atti di distruzione, trasformazione, trasferimento o alienazione di materiale probatorio ed emesse, dunque, in una fase d'urgenza[359].

Riprendendo il modello già sperimentato con la Decisione quadro sul mandato di arresto europeo[360], l'atto normativo del 2003 aveva, infatti, previsto la possibilità che gli Stati membri riconoscessero ed eseguissero nel loro territorio i provvedimenti di sequestro finalizzati all'acquisizione di fonti di prova ovvero alla successiva confisca.

Il suo recepimento da parte dell'ordinamento italiano è avvenuto, con ingiustificato ritardo, con il decreto legislativo del 15 febbraio 2016, n. 35[361].

---

[358] M. DANIELE - R.E. KOSTORIS, *L'ordine europeo di indagine penale. Il nuovo volto della raccolta transnazionale delle prove nel d.lgs. n. 108 del 2017*, Torino, 2018, 17 ss.; D. CIMADOMO, *Ordine europeo di indagine penale e garanzie della difesa. Brevi osservazioni a margine della direttiva 2014/41/UE*, in AA.VV., *L'ordine europeo di indagine. Criticità e prospettive* (a cura di T. BENE - L. LUPÀRIA - L. MARAFIOTI), Torino, 2016, 219 ss.; M. DANIELE, *Ricerca e formazione della prova. Sezione I - Profili generali*, in AA.VV., Manuale di procedura penale europea (a cura di R.E. KOSTORIS), Milano, 2022, 514 ss.; Id., *Ordine europeo di indagine*, in AA.VV., *Investigazioni e prove transnazionali*. Atti del XXX Convegno nazionale A.S.P.P., Roma 20-21 ottobre 2016, Milano, 2017, 53 ss.; A. MANGIARACINA, *L'acquisizione "europea" della prova cambia volto: l'Italia attua la Direttiva relativa all'ordine europeo di indagine penale*, in *Dir. Pen e Proc.*, 2, 2018,158 ss..; F. SIRACUSANO, *The European Investigation Order for Evidence Gathering Abroad*, in AA.VV., EU Criminal Justice. Fundamental Rights, Transnational Proceedings and the European Public Prosecutor's Office (a cura di T. RAFARACI, R. BELFIORE), Cham, 2019, 85 ss.; P. TONINI, C. CONTI, Manuale di procedura penale, Milano, 2022, 1134 ss. Per un approfondimento sul regime delle impugnazioni, volendo, v., A. GAUDIERI, *Opposizione al decreto di riconoscimento dell'ordine europeo di sequestro: scenari*, in Giur. It., 8-9, 2020, 2024 ss.

[359] L. BACHMAIER WINTER, *El exhorto europeo de obtención de pruebas en el procesopenal: estudio y perspectivas de la propuesta de decisión marco*, in *El Derecho procesal penal en la Unión Europea: tendencias actuales y perspectivas de futuro*, coordinato da M. T. ARMENTA DEU, F. GASCÓN INCHAUSTI, L. BACHMAIER WINTER, M. CEDEÑO HERNÁN, 2006, 131-178.

[360] Decisione del Consiglio 2002/584/GAI del 13 giugno 2002 relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri, pubblicata nella GU il 18 luglio 2002, L190 ed entrata in vigore il 7 agosto 2002.

[361] D.lgs n. 35 del 15 febbraio 2016, *Attuazione della Decisione quadro 2003/577/GAI del Consiglio, del 22 luglio 2003, relativa all'esecuzione nell'Unione europea dei provvedimentidi blocco dei beni o di sequestro probatorio* (16G00043) (GU Serie Generale n.59 del 11-3- 2016), in vigore dal 26 marzo 2016. Per quanto riguarda la Spagna, invece, il recepimento si ebbe con la la Ley 23/2014, del 20 de noviembre, *de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea*, pubblicata nel Boletín Oficial del Estado (B.O.E) n. 282 del 21 novembre 2014.

Ancora più ingiustificato se si pensa che l'attuazione arriva addirittura in un momento successivo rispetto all'emanazione della Direttiva OEI.

Nonostante il pressoché totale superamento della disciplina, pare opportuna una breve analisi dello strumento per lo meno per quanto concerne la sua attuazione nell'ordinamento italiano[362].

Il testo adottato recepisce le disposizioni dell'Unione nel senso di estendere il principio del reciproco riconoscimento alle ordinanze pre-processuali di blocco dei beni o di sequestro probatorio.

Si tratta di un testo composto da 13 articoli suddivisi in disposizioni generali e norme di recepimento interno, che riproducono pedissequamente le indicazioni contenute all'interno della Decisione.

Le prime due disposizioni sanciscono rispettivamente che il provvedimento è volto ad attuare la Decisione quadro 2003/577/GAI nell'ordinamento italiano, nei limiti in cui questa risulti compatibile con i principi dell'ordinamento costituzionale in tema di diritti fondamentali, e riportano le definizioni "italiane" di provvedimento di blocco o sequestro, per cui si intende ogni "provvedimento adottato dall'autorità giudiziaria dello Stato di emissione al fine di impedire provvisoriamente ogni operazione volta a distruggere, trasformare, spostare, trasferire o alienare beni previsti come corpo di reato o cose pertinenti al reato, che potrebbero essere oggetto di confisca nei casi e nei limiti previsti dall'art. 240 c.p."[363].

Troviamo poi l'elenco dei casi di riconoscimento ed esecuzione dei provvedimenti di blocco o sequestro adottati in un procedimento penale in

[362] Un primo commento del decreto legislativo è reperibile in F. LAI, *Las principales novedades en el espacio LSJ en Italia. Reflexiones acerca de las directivas sobre embargo, incautación y decomiso y sobre la reciente aplicación de la Decisión Marco 2003/577/JAI y dela Directiva 2014/42/UE*, reperibile nel lavoro monografico *Los retos del espacio de Libertad, Seguridad y Justicia de la UE en 2016* coordinato da A. GUTTIÉREZ ZARZA, La Ley Penal, Madrid, Wolters Kluwer, 2016.; A. TINOCO PASTRANA, *El embargo preventivo y el aseguramiento de pruebas en la Unión Europea. Novedades tras la Ley 23/2014 de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea y la directiva 2014/41/CE relativa a la orden europea de investigación en materia penal*, in Cuadernos Europeos de Deusto, Bilbao,2015, 52, 121-146.
[363] Art. 2 decreto legislativo 15 febbraio 2016, n. 35 cit.

corso all'estero, contenente un'elencazione tassativa dei reati in relazione ai quali non si applica il principio della doppia incriminabilità.

Le fattispecie penali ivi comprese sono sostanzialmente speculari a quelle di cui all'art. 3,par. 1, della Decisione quadro e, alcune di esse risultano addirittura definite piùaccuratamente dalla normativa nazionale[364].

Per quanto riguarda, invece, le fattispecie illecite non comprese nell'elenco si ripristina il principio generale della doppia incriminabilità (art. 3.2) in linea con quanto previsto dall'art. 3.4, della Decisione quadro secondo cui lo Stato di esecuzione può subordinare il riconoscimento e l'esecuzione del provvedimento alla condizione che i fatti peri quali esso è stato emesso costituiscano un reato ai sensi della legge di tale Stato indipendentemente dagli elementi costitutivi o dalla qualifica dello stesso ai sensi della legge dello Stato di emissione.

Ai sensi della disciplina dettata dagli articoli 4 e seguenti in materia di riconoscimento diretto del blocco o del sequestro, il Procuratore della Repubblica presso il Tribunale nel cui territorio si trova il bene (o la prova) riceve il provvedimento dall'autorità dello Stato di emissione.

Se il blocco o il sequestro è stato emesso a fini probatori, il soggetto individuato competente a procedere all'esecuzione del provvedimento estero è il pubblico ministero, il quale provvederà a tal fine con decreto.

Se, invece, il sequestro è finalizzato alla confisca, la competenza è del giudice per le indagini preliminari il quale, previa trasmissione del provvedimento estero da parte del pubblico ministero, provvede con ordinanza. Specularmente a quanto previsto a livello interno, alcuni delitti di grave allarme sociale (tra cui, ad esempio, l'associazione mafiosa e finalizzata al traffico di droga, il terrorismo, la tratta di persone, il sequestro di persona a scopo di

[364] Si parla, così, ad esempio, di "associazione per delinquere" in luogo di "partecipazione a un'organizzazione criminale" o, ancora, di "violenza sessuale" in relazione allo "stupro" menzionato dal provvedimento europeo. Differenze rilevanti riguardano, invece, alcuni reati, tra cui il reato di incendio, atteso che la norma di recepimento vi include la fattispecie dolosa e colposa, mentre la Decisione quadro contempla il solo incendio doloso e il favoreggiamento dell'ingresso e del soggiorno illegale che è declinato nell'atto di attuazione con specifico riguardo ai cittadini dei Paesi terzi. Inoltre, con riguardo ai fatti per cui è richiestala doppia incriminabilità, ove il sequestro sia finalizzato alla confisca il decreto legislativo precisa che si debba trattare di un reato previsto dalla legge italiana per cui è consentito il sequestro preventivo di cui all'art. 321, secondo comma, c.p.p. (art. 3, co. 3).

estorsione etc.) sono delegati alla competenza del Procuratore Nazionale Antimafia e Antiterrorismo al quale dovrà essere trasmessa la richiesta per le verifiche del caso.

L'art. 6 d.lgs. n. 35 del 2016 risulta essere certamente tra i più rilevanti del testo di recepimento poiché, riproducendo gli artt. 5 e 7 della Decisione quadro, prevede che l'autorità giudiziaria italiana provveda senza ritardo al riconoscimento, con proprio provvedimento, del blocco o sequestro.

A tutela dell'effettività della cooperazione, ricercata anche nella speditezza delle procedure, la disciplina richiede che sia data "immediata" esecuzione alla richiesta osservando le formalità e le procedure eventualmente pretese dall'autorità giudiziaria dello Stato di emissione (sempre, ovviamente, nelrispetto dei principi giuridici fondamentali dello Stato di esecuzione).

In perfetta sintonia con l'art. 7 della Decisione, nel prosieguo dell'articolo si elencano i casi di possibile rigetto della richiesta di riconoscimento o di esecuzione del provvedimento (art. 6, co. 4) individuati nella mancanza oincompletezza del certificato, nell'ipotesi di immunità della persona il cui benedeve essere confiscato, nel caso di violazione del principio del *ne bis in idem* e,infine, allorquando non ricorrano i presupposti del provvedimento indicati nel precedente art. 3. É opportuno sottolineare che, in relazione al certificato ricevuto dall'autorità giudiziaria estera, emerge una evidente lacuna in termini di diritti e garanzie in quanto non si prevede la sua traduzione in italiano (diversamente, peraltro, da quanto previsto dall'art. 12 in caso di assistenza giudiziaria richiesta dall'Italia, c.d. assistenza giudiziaria attiva).

Tale mancanza diventa problematica e *contra ius* oltre che con riferimento ai principi generali che governano il giusto processo, anche alla luce dell'art. 201 delle disp. att. c.p.p. il quale prevede che le domande provenienti da un'autorità straniera, nonché i relativi atti e documenti, debbano essere accompagnati da una traduzione in lingua italiana.

Senza tralasciare, peraltro, che la stessa Decisione quadro all'art. 9 prevede l'obbligo di traduzione del certificato nella lingua ufficiale dello Stato di esecuzione. Senza dubbio, sarà la giurisprudenza ad evidenziare problematiche (e possibili soluzioni) legate all'anomalia menzionata,

considerandola una deroga o un limite alla regola prevista dal nostro ordinamento. Certo è che un'interpretazione sistematica delle discipline dettate in materia di cooperazione internazionale e dei numerosi interventi legislativi (sia interni che a livello europeo e internazionale) che sono stati effettuati in tema di diritto di difesa e diritto alla traduzione degli atti processuali, richiederebbe la piena applicazione di tale principio e, pertanto, la traduzione del certificato inviato all'autorità straniera.

Pertanto, si ritiene che la (seppur grave) lacuna normativa sopra menzionata possa essere pacificamente superata grazie ad un'interpretazione in tal senso che, semplicemente, si limitia dare per assodata l'appartenenza del diritto alla traduzione degli atti ai diritti fondamentali corollario del più generico diritto di difesa.

L'art. 7 del decreto legislativo individua tre possibili motivi di rinvio dell'esecuzione del provvedimento da parte dell'autorità giudiziaria italiana (conformemente a quanto previsto dall'art. 8 della Decisione).

Le ipotesi prese in considerazione dal dettato normativo sono individuate nei casi in cui: a) dall'esecuzione possa derivare un pregiudizio per le indagini nell'ambito di un procedimento penale già in corso (in questo caso il periodo "ragionevole" richiesto dalla Decisione viene tradotto dal legislatore italiano nel termine di sei mesi); b) i beni o la prova siano già sottoposti a blocco o sequestro nell'ambito di un altro procedimento penale (circostanza al verificarsi della quale il rinvio sarà consentito fino al momento della revoca del provvedimento); c) se il bene sia oggetto di un provvedimento di blocco o sequestro finalizzato ad una successiva confisca e sia già stato oggetto dianalogo provvedimento nell'ambito di altri procedimenti (in tale ipotesi ilrinvio sarà consentito fino alla sospensione dell'efficacia di tale provvedimento).

Al venir meno di una di tali cause l'autorità giudiziaria provvederà senza ritardo a dare esecuzione al provvedimento dandone notizia aquella dello Stato di emissione e il vincolo sul bene o sulla prova, derivante dal riconoscimento ed esecuzione del provvedimento di blocco o di sequestro, permarrà fino alla

decisione definitiva sulla richiesta di trasferimento del bene all'estero o sulla richiesta di confisca[365].

Sempre in perfetta corrispondenza con l'art. 11 del testo europeo, l'art. 9 disciplina il regime delle impugnazioni del riconoscimento e dell'esecuzione del provvedimento, prevedendo un sistema analogo al regime previsto dal codice processuale penale con riguardo alle misure cautelari reali (art. 322 c.p.p.).

Le ultime disposizioni disciplinano poi, nel pieno rispetto di quanto sancito nella Decisione, la procedura di assistenza giudiziaria attiva, in cui è l'autorità giudiziaria italiana a formulare la richiesta di assistenza per l'esecuzione in un Paese dell'Unione Europea di un proprio provvedimento penale.

L'art. 11 d.lgs. n. 35 del 2016 prevede, infatti, che l'autorità giudiziaria italiana possa trasmettere e chiedere l'immediato riconoscimento ed esecuzione del sequestro probatorio o preventivo disposto durante un procedimento penale direttamente all'autorità giudiziaria dello Stato membro sul cui territorio si trovi l'oggetto del provvedimento.

L'assistenza dell'autorità giudiziaria di esecuzione avviene in stretta analogia con la procedura di assistenza giudiziaria passiva poc'anzi esposta con la differenza che, come anticipato, per la procedura attiva viene specificato che la richiesta prenda avvio con la trasmissione diretta in lingua italiana del provvedimento e del certificato redatto sulla base del formulario allegato al decreto legislativo[366].

Il testo del decreto legislativo di attuazione risulta, quindi, perfettamente completo e rispettoso delle prescrizioni contenute all'interno del provvedimento europeo.

L'adeguamento dei vari ordinamenti interni, tuttavia, è avvenuto secondo modalità differenti.

[365] Cfr. art. 8 d.lgs n.35 del 2016 cit.
[366] Cfr. art. 12 d.lgs n.35 del 2016 cit.

La suddetta constatazione porta a ritenere che potrebbero ravvisarsi problemi connessi a tali divergenze[367].

Prendiamo ad esempio la disciplina dei reati che non prevedono la necessità della doppia incriminazione, in relazione alla quale non tutti gli Stati membri hanno attuato pedissequamente l'elenco di cui all'art. 3 della Decisione quadro, si pensi al Belgio che ha stabilito esplicitamente che l'aborto e l'eutanasia non rientrano nella fattispecie di reatodi «omicidio volontario, lesioni personali gravi».

Ciò non solo non giova certamente alla politica di un pieno e corretto mutuo riconoscimento, ma potrebbe far emergere un contrasto con la Decisione quadro alla luce del fatto che dovrebbe essere solo l'ordinamento dello Stato di emissione e non di quello di esecuzione a stabilire se una fattispecie di reato rientri o meno nell'elenco.

Ancora, l'art. 7 della Decisione quadro elenca i motivi facoltativi di non riconoscimento o di non esecuzione considerati legittimi.

In generale, è stata rispettata la maggior parte di questi motivi di rifiuto, tuttavia, alcuni Stati membri li hanno recepiti come motivi obbligatori, trattandosi invece di motivi di carattere facoltativo. Peraltro, oltre ai motivi di non riconoscimento o di non esecuzione riportati nella Decisione quadro, alcuni legislatori nazionali (eccettoquello italiano) hanno introdotto ulteriori motivi di rifiuto, sebbene l'elenco dell'art. 7 avesse carattere tassativo.

Ulteriore appunto è che, forse anche per la novità della materia, il meccanismo di reciproco riconoscimento in discorso ha un ambito di operatività ridotto: da un lato, salvo per una specifica lista di reati, il riconoscimento e l'esecuzione dei provvedimento di blocco o di sequestro può essere condizionato al requisito della doppia incriminazione, secondo quanto solitamente previsto nelle convenzioni di cooperazione giudiziaria; dall'altro, la Decisione quadro del 2003 si limita a regolare le norme comuni per il riconoscimento e l'esecuzione della decisione giudiziaria che determina il vincolo di

[367] Cfr. F. LAI, *Las principales novedades en el espacio LSJ en Italia. Reflexiones acerca de las directivas sobre embargo, incautación y decomiso y sobre la reciente aplicación de la Decisión Marco 2003/577/JAI y de la Directiva 2014/42/UE*, cit.

indisponibilità sui beni che ne sono oggetto, ma non disciplina il successivo trasferimento del bene "congelato" o sequestrato, cioè la circolazione del risultato probatorio.

Di conseguenza, la successiva ed eventuale richiesta di trasferimento del bene resta disciplinata dalle tradizionalinorme convenzionali in tema di assistenza giudiziaria[368].

La necessità del superamento della disciplina 2003 era emersa in un momento immediatamente successivo alla sua emanazione, quando si rese indifferibile l'esigenza di disciplinare all'interno di un ulteriore provvedimento europeo uno strumento che completasse la disciplina del blocco e sequestro dei beni per poter rendere il reciproco riconoscimento unico strumento della collaborazione tra Stati in materia di ricerca ed acquisizione probatoria.

Tale esigenza, peraltro viene ribadita anche nell'ultima riforma in materia dettata dall'emanazione della Direttiva 2014/41/UE sull'ordine europeo di indagine alcui punto 3) del considerando si sottolinea testualmente che: *"La Decisione quadro 2003/577/GAI del Consiglio rispondeva alla necessità dell'immediato riconoscimento reciproco dei provvedimenti intesi a impedire atti di distruzione, trasformazione, spostamento, trasferimento o alienazione di prove. Tuttavia, poiché tale strumento è limitato alla fase di blocco o di sequestro, un provvedimento di blocco o di sequestro deve essere accompagnato da una distinta richiesta di trasferimento della fonte di prova nello Stato che emette il provvedimento (lo «Stato di emissione») in conformità delle norme applicabili all'assistenza giudiziaria in materia penale. Ne deriva una procedura in due fasi che compromette la sua efficienza. Inoltre, tale regime coesiste con gli strumenti tradizionali di cooperazione e pertanto le Autorità competenti se ne avvalgono raramente nella pratica".*

Va, infatti, ricordato che, nonostante la sua recentissima attuazione all'interno dell'ordinamento italiano, l'evoluzione della normativa europea nel settore della cooperazione giudiziaria penale può rendere datata e superata la Decisione quadro 2003/577/GAI (come, del resto, la successiva Decisione

[368] E. ANDOLINA, *Misure reali e spazio giudiziario europeo, in Diritto del commercio internazionale: pratica internazionale e diritto*, 2009, 23, 4, 853-890.

quadro 2008/978/GAI relativa al mandato europeo di ricerca delle prove di cui ora si dirà) restando in vigore solo con riguardo agli aspetti non disciplinati dalla Direttiva 2014/41/UE relativa all'ordine europeo di indagine e, pertanto, solo con riferimento alle norme in materia di blocco dei beni.

II.2.2 La Decisione quadro 2008/978/GAI

Pur all'interno di un quadro politico altalenante, la linea di indirizzo programmatico tracciata all'inizio del nuovo millennio è stata successivamente portata avanti dagli organismi comunitari nonché confermata nel Programma dell'Aia del 2004[369].

Nel punto 3.1 del citato programma, le problematiche inerenti al tema della raccolta ed ammissibilità dei mezzi di prova, venivano affrontate ancora una volta nella prospettiva del mutuo riconoscimento. Nel correlativo Piano d'azione, adottato nel novembre 2005, era stata esplicitamente ribadita, oltre all'elaborazione di una Proposta volta a completare il mandato europeo di raccolta delle prove, l'esigenza di un ravvicinamento normativo attraverso la predisposizione di un'ulteriore proposta su "norme minime relative all'assunzione delle prove nella prospettiva della reciproca ammissibilità".

Riaffiora costantemente, dunque, quella "combinazione bilanciata dei principi di reciproca ammissibilità e compatibilità delle prove, che già in occasione del Consiglio europeo di Tampere i diversi Stati membri hanno inteso porre a fondamento della struttura delle nuove relazioni intergiurisdizionali in un settore così delicato della cooperazione penale" [370].

Nella stessa prospettiva si colloca il Trattato di Lisbona, i cui artt. 67, par. 3 e 82, parr. 1 e 2, lett. a), b) e d) prevedono, come già affermato, che allorquando si renda necessario per facilitare il reciproco riconoscimento di sentenze o altri provvedimenti giudiziari nonché per una effettiva cooperazione (sia giudiziaria che di polizia) nelle materie penali, l'Unione Europea possa

[369] Programma dell'Aia 4-5 novembre 2004, COM (2005) 184 in GU C 236 del 24 settembre 2005. Per il contenuto si veda l'indirizzo: http://eur-lex.europa.eu.

[370] G. DE AMICIS, *Limiti e prospettive del Mandato europeo di ricerca della prova*,Milano, Giuffré, 2002, 3; A. DI STASI, *Il perfezionamento dello spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia: avanzamenti e criticità,* in AA.VV., *Tutela dei diritti fondamentali e spazio europeo di giustizia* (a cura di A. Di Stasi), Napoli, 2019, 117 e ss.

stabilire[371] "norme minime" aventi ad oggetto "l'ammissibilità reciproca delle prove tra gli Stati membri", nonché "i diritti della persona nella procedura penale" e "altri elementi specifici della procedura penale", individuati dal Consiglio in via preliminare mediante una Decisione (deliberata all'unanimità dal Consiglio stesso, previa approvazione del Parlamento europeo)[372].

La Decisione quadro sul mandato europeo di ricerca delle prove[373], nonostante i suoi numerosi punti critici e la sua scarsa riuscita[374], ha costituito un ulteriore passo verso la realizzazione dell'obiettivo di sostituire progressivamente, anche nella delicata materia della ricerca ed acquisizione delle fonti di prova, gli strumenti tradizionali dell'assistenza giudiziaria con le forme del reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie[375].

Proprio per questo motivo, nonostante tale provvedimento oggi non sia più in vigore, pare fondamentale analizzarne i tratti fondamentali e riflettere sugli aspetti maggiormente critici anche al fine di poter apprezzare maggiormente i frutti della successiva evoluzione normativa in materia.

Le istituzioni comunitarie avevano inteso creare, infatti, le condizioni per l'utilizzo di uno strumento unico[376], dotato di un quadro di disposizioni

---

[371] Tali norme minime possono essere stabilite, come già visto, attraverso lo strumento della Direttiva adottata con la procedura della c.d. codecisione che prevede il coinvolgimento del Parlamento europeo.

[372] M. CHIAVARIO, *Giustizia europea e processo penale: nuovi scenari e nuovi problemi*, in Legisl. Pen., 2008, 468.

[373] Per un primo commento sulla genesi dell'istituto cfr. S. ALLEGREZZA, *Cooperazione giudiziaria, mutuo riconoscimento e circolazione della prova penale nello spazio giudiziario europeo* in T. RAFARACI, *L'area di libertà, sicurezza e giustizia: alla ricerca di un equilibrio fra priorità repressive ed esigenze di garanzia*, Milano, Giuffrè, 2007.

[374] Sul punto M. JIMENO BULNES, *Orden europea de investigación en materia penal*, in M. JIMENO BULNES (a cura di), *Aproximación legislativa versus reconocimiento mutuo en el desarrollo del espacio judicial europeo: una perspectiva multidisciplinar*, Barcelona, Bosch editor, 2016, 1, 152-153.

[375] M. JIMENO BULNES, *Orden europea de investigación en materia penal*, cit., 160-161.

[376] Si trattava di una nuova forma di assistenza di tipo non "rogatoriale", direttamente instaurabile tra le diverse autorità giudiziarie interessate, che vede scomparire il ruolo di filtro delle autorità centrali ormai limitato a una funzione di mero supporto tecnico-amministrativo. L'art. 8.2 della Decisione quadro affiancava, infatti, all'ordinaria modalità di trasmissionediretta del mandato (ossia, direttamente tra l'autorità di emissione e quella di esecuzione, con ogni mezzo che consenta di conservare una traccia scritta in modo da stabilirne l'autenticità) lapossibilità di affidare alle rispettive autorità centrali le attività di trasmissione e ricezione del

normative generalmente applicabili a tutte le ipotesi di acquisizione dei mezzi di prova nel territorio dell'Unione Europea al fine di pervenire a una ulteriore declinazione del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie che integrasse le disposizioni contenute nella Decisione quadro sulla esecuzione extraterritoriale dei provvedimenti di blocco dei beni o di sequestro probatorio di cui si è parlato nel paragrafo precedente.

Una delle caratteristiche che maggiormente avrebbe dovuto far risaltare gli aspetti positivi di questa Decisione era data dal fatto che, il principio del mutuo riconoscimento, suscettibile di essere applicato a tutti i settori della cooperazione giudiziaria penale, avrebbe potuto ricomprendere ogni tipo di provvedimento, *in personam* o *in rem*, definitivo o provvisorio, cautelare o finale, emesso dalle competenti autorità giudiziarie degli Stati membri interessati.

Tutto ciò sarebbe stato possibile grazie allo strumento della cd. "eurordinanza", che consente la circolazione dei provvedimenti nazionali diretti all'acquisizione di oggetti, documenti e dati da un altro Stato membro nell'ambito dello spazio giudiziario europeo e la loro diretta esecuzione, senza alcuna procedura di conversione.

Resta, tuttavia, esclusa dal campo di applicazione del mandato[377] la possibilità di richiedere alla competente autorità di esecuzione di condurre interrogatori e raccogliere dichiarazioni o altri tipi di audizioni di soggetti indiziati, testimoni o periti, di procedere ad ispezioni personali o a prelievi di materiali biologici o dati biometrici direttamente dal corpo di una persona, nonché di acquisire elementi informativi in tempo reale e di ottenere dati sulle comunicazioni conservati dai fornitori di servizi di comunicazioni elettroniche accessibili al pubblico o da una rete pubblica. Ciò aveva comportato, quindi, che restassero fuori dall'applicazione di tale strumento le prove dichiarative, la prova scientifica, i risultati delle intercettazioni e i tabulati telefonici e telematici per i quali avrebbero dovuto necessariamente continuare ad applicarsi i classici

mandato e della relativa corrispondenza ufficiale. Vedi G. DE AMICIS, *Limiti e prospettive del Mandato europeo di ricerca della prova* cit.

[377] Cfr. art. 4, par. 2, della Decisione quadro 2008/978/GAI.

strumenti di assistenza giudiziaria, dato di non irrilevante criticità.

Criticità dettata da un'evidente possibile concorrenza tra l'emissione del mandato di ricerca delle prove (limitata ai soli atti che rientrano nel suo ambito di applicazione) con il tradizionale strumento rogatoriale (*proponibile, in via ordinaria, per tutti gli altri atti di acquisizione probatoria*) senza, peraltro,la previsione di alcun criterio di raccordo.

La frammentarietà tanto combattuta, pertanto, non era stata certamente superata con l'emanazione della Decisione del 2008.

Ancora, la Decisione quadro in esame non si era preoccupata di affrontare l'aspetto dei profili problematici inerenti alla "qualità" del materiale probatorio oggetto della procedura di riconoscimento ritenendo, probabilmente, sufficiente l'articolazione bilanciata delle vie di ricorso dinanzi alle competenti autorità giudiziarie di entrambi gli Stati coinvolti nell'attivazione della procedura[378].

Ad ulteriore criticità è da sottoporre la previsione, tra i motivi di rifiuto dell'esecuzione del mandato - oltre ai casi di incompletezza o irregolaritàformale e alle altre ipotesi tradizionali[379] - della c.d. clausola di territorialità, secondo la quale ove il reato sia stato commesso (interamente o per una parte essenziale) nel territorio dello Stato richiesto sarà possibile per l'autorità di esecuzione opporre un rifiuto reclamando la propria competenza sull'indagine.

Ipotesi per la quale, peraltro, è stata addirittura prevista la necessità della consultazione di *Eurojust* prima dell'adozione della Decisione di rifiuto dell"esecuzione[380].

Tale previsione costituisce un evidente passo indietro nell'evoluzione degli strumenti di assistenza elaborati dall'Unione Europea e sipone in palese contrasto con le esigenze emerse all'interno dei Piani d'azione, Protocolli e

[378] Ancora G. DE AMICIS, *Limiti e prospettive del mandato europeo di ricerca della prova,* cit.

[379] Ci si riferisce alle ipotesi di pregiudizio agli interessi fondamentali della sicurezza nazionale, violazione del principio del *ne bis in idem*, sussistenza di forme di immunità o privilegio secondo le regole proprie dello Stato di esecuzione etc.

[380] Cfr. art. 13, par. 1, lett. f) e 4. della Decisione quadro 2008/978/GAI.

Raccomandazioni presupposto dell'emanazione della Decisione quadro in commento.

In conclusione, nonostante i rilevanti limiti oggettivi sopra evidenziati in ordine al perimetro del suo campo di applicazione ristretto alla ricerca ed acquisizione di prove documentali, materiali e dati informativi e le evidenti perplessità sulla sua effettiva utilità, l'adozione del mandato di ricerca della prova sembra aver costituito, comunque, un passaggio degno di menzione nel processo di costruzione di un sistema europeo di raccolta e circolazione delle fonti di prova.

Il ristretto ambito di applicazione, unitamente al persistente carattere di frammentarietà e complessità del quadro normativo disciplinante le procedure di acquisizione delle prove nel territorio europeo, hanno suggerito, pertanto, alle istituzioni comunitarie una nuova, ulteriore, impostazione metodologica, che tenesse conto, da un lato, delle indiscutibili esigenze legate ad una piena attuazione del principio cardine del mutuo riconoscimento e, dall'altro lato, della necessaria "flessibilità" del tradizionale sistema di assistenza giudiziaria.

II.3 La Direttiva sull'ordine europeo di indagine penale 2014/41/UE

Come già affermato in premessa, nel programma di Stoccolma del 2009 il Consiglio, nell'ambito dell'istituzione di un sistema globale di acquisizione delle prove di dimensione transfrontaliera basato sul principio del riconoscimento reciproco, aveva esplicitamente richiesto la creazione di uno strumento unico e globale che andasse a sostituire tutti gli altri già esistenti in materia[381].

[381] Per un commento critico, L. CAMALDO, *La direttiva sull'ordine europeo di indagine penale* (*OEI*)*: un congegno di acquisizione della prova dotato di molteplici potenzialità, ma di non facile attuazione*, in www.penalecontemporaneo.it, 27 maggio 2014; M. DANIELE, *L'impatto dell'ordine europeo di indagine penale sulle regole probatorie nazionali*, in Dir. Pen. Cont., 3, 2016, 64; F. SIRACUSANO, *Tra semplificazione ed ibridismo: insidie e aporie dell'Ordine europeo di indagine penale*, in www.archiviopenale.it, 2, 2017, 15 e ss.; Per un approfondimento europeo sul tema cfr. B. VIDAL FERNÁNDEZ, *De la "asistencia" judicial penal en Europa a un "Espacio Común de Justicia Europeo"* in C. ARANGÜENA FANEGO, *Cooperación judicial penal en la Unión Europea: La Orden Europea de Detención y Entrega*, Lex Nova: Universidad de Valladolid, Instituto de Estudios Europeos, 2005, 19-73; O. MAZZA, *Il principio del mutuo riconoscimento nella giustizia penale, la mancata armonizzazione e il mito taumaturgico della giurisprudenza europea*, in *Riv. dir. proc*., 2009, p. 398 ss.; R. DEL COCO, *Ordine europeo di indagine e poteri sanzionatori del giudice, in Dir. Pen. Con. 21 dicembre 2015.*

Proprio in questo contesto si inserisce la Direttiva 2014/41/UE, la quale prevede in materia di ricerca e formazione della prova quell'unico strumento tanto ricercato, denominato ordine europeo d'indagine (OEI)[382].

Tale Direttiva è volta, da un lato, a superare sia i contenuti della Decisione quadro 2008/978/GAI che quelli della Decisione quadro 2003/577/GAI e, dall'altro, a sostituire la Convenzione di Bruxelles del 2000 nei rapporti di cooperazione all'interno dell'Unione Europea con riguardo alle parti corrispondenti. Nonostante l'entrata in vigore della Direttiva sull'ordine europeo di indagine e la sua attuazione per gli Stati dell'Unione che inizialmente ancora non l'avevano attuata, venne previsto come la Convenzione di Bruxelles avrebbe continuato, con riguardo ai Paesi membri, a trovare applicazione, ma solo con riguardo ai fenomeni non regolati dalla Direttiva[383].

Nella sua concretezza, la Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 3 aprile 2014 è volta, quindi, a istituire un unico strumento denominato "ordine europeo d'indagine" (OEI) che garantisce l'acquisizione delle prove da uno Stato all'altro nell'ambito dei procedimenti penali transfrontalieri, al fine di superare la frammentarietà e la complessità del quadro giuridico preesistente alla luce dell'esigenza di uniformità emersa ed espressa in innumerevoli occasioni in passato, e dell'urgente bisogno di uno strumento che tenesse conto della necessaria flessibilità del sistema tradizionale di assistenza giudiziaria[384].

[382] R. BELFIORE, *Su alcuni aspetti del decreto di attuazione dell'ordine europeo di indagine penale*, in Cass. pen., 1, 2018, 400 ss.; A. CABIALE, *Pubblicata la direttiva 2014/41/UE sull'ordine europeo d'indagine penale: semplificazioni, (s)fiducia reciproca e compromessi, per tentare di superare le rogatorie*, in Proc. pen. e giust., 5, 2014, 15 ss.; M. CAIANIELLO, *l'O.E.I. dalla direttiva al decreto n. 108 del 2017*, in AA.VV., *L'ordine europeo di indagine penale. Il nuovo volto della raccolta transnazionale delle prove nel d.lgs. n. 108 del 2017* (a cura di M. Daniele - R.E. Kostoris), Torino, 2018, 17 ss.; D. CIMADOMO, *Ordine europeo di indagine penale e garanzie della difesa. Brevi osservazioni a margine della direttiva 2014/41/UE*, in AA.VV., *L'ordine europeo di indagine. Criticità e prospettive* (a cura di T. Bene - L. Lupària - L. Marafioti), Torino, 2016, 219 ss.; M. DANIELE, *Ricerca e formazione della prova*. Sezione I - Profili generali, in AA.VV., Manuale di procedura penale europea (a cura di R.E. Kostoris), Milano, 2022, 514 ss.; Id., *Ordine europeo di indagine*, in AA.VV., Investigazioni e prove transnazionali. Atti del XXX Convegno nazionale A.S.P.P., Roma 20-21 ottobre 2016, Milano, 2017, 53 ss.; A. MANGIARACINA, *L'acquisizione "europea" della prova cambia volto: l'Italia attua la Direttiva relativa all'ordine europeo di indagine penale*, in Dir. pen. e proc., 2, 2018,158 ss.; F. SIRACUSANO, *The European Investigation Order for Evidence Gathering Abroad*, in AA.VV., EU Criminal Justice. Fundamental Rights, Transnational Proceedings and the European Public Prosecutor's Office (a cura di T. Rafaraci, R. Belfiore), Cham, 2019, 85 ss.; P. TONINI, C. CONTI, Manuale di procedura penale, Milano, 2022, 1134 ss.; A. GAUDIERI, *Opposizione al decreto di riconoscimento dell'ordine europeo di sequestro: scenari*, in Giur. It., 8-9, 2020.

[383] Si pensi, ad esempio, alla materia delle notificazioni o di rapporti tra Autorità amministrative.

[384] C. RODRÍGUEZ MEDEL NIETO, *Obtención y admisibilidad en España de la prueba transfronteriza: de las comisiones rogatorias a la orden europea de investigación*, cit. VI; R. GARCIMARTÍN MONTERO, *The European Investigation Order and the Respect for Fundamental Rights in Criminal Investigations,* in EUCRIM 1/2017, 45 - 49.

Anticipando brevemente quanto verrà ampiamente approfondito nel capitolo successivo, ai sensi dell'articolo 1 della Direttiva, l'ordine europeo d'indagine (OEI) è una decisione giudiziaria emessa o convalidata da un'autorità competente di uno Stato membro ("Stato di emissione") per il compimento di uno o più atti di indagine specifici in un altro Stato membro ("Stato di esecuzione") ai fini di acquisire materiale probatorio eventualmente già in possesso delle autorità competenti dello Stato di esecuzione.

Uno degli elementi di forza dell'ordine europeo di indagine è proprio la circostanza che, basandosi su una decisione giudiziaria, in applicazione del principio del reciproco riconoscimento, gli Stati membri hanno l'obbligo di darvi esecuzione[385].

L'emissione del provvedimento può essere richiesta sia da una persona sottoposta alle indagini che da un imputato o da un avvocato che agisce per conto di questi ultimi, nel quadro dei diritti della difesa applicabili conformemente al diritto e alla procedura penale nazionale e l'ordine deve essere emesso secondo il modello allegato alla Direttiva (allegato A) da: "un giudice, un organo giurisdizionale, un magistrato inquirente o un pubblico ministero; oppure deve essere convalidato da questi ultimi, prima della trasmissione all'autorità di esecuzione, qualora sia stato disposto da un'altra autorità" e "in relazione a un procedimento penale o nel quadro di procedimenti amministrativi aventi implicazioni penali".

Tuttavia, l'istituzione di una squadra investigativa comune con l'acquisizione di prove nell'ambito di tale squadra, richiedono disposizioni

[385] Si precisa che l'istituzione di una squadra investigativa comune e l'acquisizione di prove nell'ambito di tale squadra richiedono disposizioni specifiche e continueranno a essere regolate dagli strumenti già esistenti in materia.

specifiche che continueranno a essere regolate dagli strumenti già esistenti in materia[386].

La Direttiva stabilisce procedure e garanzie per lo Stato di emissione (capo II) e per lo Stato di esecuzione (capo III).

A tal riguardo l'autorità di emissione può emettere un ordine europeo di indagine solamente quando ritiene che l'emissione dell'O.E.I. sia necessaria e proporzionata ai fini del procedimento, tenendo conto dei diritti della persona sottoposta a indagini o imputata e che l'atto (o gli atti) di indagine in esso richiesti avrebbero potuto essere emessi alle stesse condizioni in un caso interno analogo.

L'ordine europeo di indagine è, quindi, trasmesso dall'autorità di emissione all'autorità di esecuzione con ogni mezzo che consenta di conservare una traccia scritta che permetta a quest'ultimo di stabilirne l'autenticità[387].

Sarà, poi, compito dell'autorità di esecuzione che riceve l'ordine, quello di trasmettere una comunicazione di ricevuta, senza ritardo e comunque entro una settimana dalla ricezione, compilando e inviando il modulo B allegato alla Direttiva.

Salvo che l'autorità di esecuzione adduca uno dei motivi indicati dall'articolo 11[388] della Direttiva, il riconoscimento e l'esecuzione dell'ordine avvengono senza alcuna ulteriore formalità (*coerentemente con quanto preteso dall'applicazione del principio di mutuo riconoscimento*) con la semplice adozione immediata di tutte le misure necessarie, secondo le stesse modalità

[386] Ci si riferisce alla Convenzione relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea, del 12 luglio 2000, e alla Decisione quadro 2002/465/GAI del Consiglio.

[387] Vedi M. JIMENO BULNES, *Orden europea de investigación en materia penal*, cit., 177.

[388] Il riconoscimento o l'esecuzione dell'ordine europeo di indagine possono pertanto essere rifiutati qualora: il diritto dello Stato di esecuzione preveda immunità o privilegi che rendono impossibile l'esecuzione dell'O.E.I., o specifiche norme relative alla libertà di stampa; l'esecuzione leda interessi essenziali di sicurezza nazionale; l'esecuzione dell'OEI sia contraria al ne bis in idem; la condotta riguardo alla quale è stato emesso l'O.E.I. non costituisca reato in base al diritto dello Stato di esecuzione, a meno che riguardi un reato elencato nelle categorie figuranti nell'allegato D, come i reati di terrorismo o la tratta di esseri umani, e questo sia punibile nello Stato di emissione con una pena o una misura di sicurezza detentiva della durata massima di almeno tre anni.

che sarebbero osservate qualora l'atto di indagine fosse stato disposto da un'autorità dello Stato di esecuzione.

Secondo una previsione posta a garanzia dello Stato di esecuzione, infine, qualora l'atto di indagine richiesto nell'ordine non sia previsto dal diritto dello Stato di esecuzione oppure non sia disponibile in un caso interno analogo, l'autorità di esecuzione dispone, ove possibile, un atto di indagine alternativo[389]. La previsione appena citata dimostra, ancora una volta, il cambio radicale di approccio del legislatore alla materia della cooperazione internazionale.

Infatti, mentre in precedenza gli Stati si manifestavano sempre restii a dare completa fiducia agli altri Paesi membri dell'Unione - anche, probabilmente, a causa dell'eccessivo attaccamento alla sovranità di cui sono titolari – oggi è evidente la propensione degli Stati alla ricerca di una soluzione, di un compromesso, volti al buon esito delle operazioni di collaborazione e, pertanto, al fine ultimo di un effettivo ed efficace contrasto alle forme di criminalità transnazionale.

Fatta questa breve, ma doverosa premessa sulle linee generali del nuovo strumento di acquisizione probatoria, si può procedere ad un'analisi più approfondita della disciplina e, soprattutto, dell'impatto della Direttiva e della sua attuazione all'interno degli Stati membri dell'Unione Europea.

[389] R. GARCIMARTÍN MONTERO, *The European Investigation Order and the Respect for Fundamental Rights in Criminal Investigations*, cit. 47 e, in particolare, 48.

CAP. III L'ORDINE EUROPEO DI INDAGINE

Premessa. III.1 La Direttiva e gli snodi del procedimento probatorio. III.1.1 I vagli di ammissibilità previsti dalla Direttiva. III.1.2 Le questioni relative all'utilizzabilità dei risultati probatori raccolti. III.2 L'attuazione della Direttiva in Europa. Un primo sguardo comparativo. III.3 Il percorso di attuazione della Spagna. Le indicazioni della *Fiscalia General del Estado*. III.3.1 Il progetto di riforma della Ley 23/2014 sul reciproco riconoscimento. III.3.1.1 Il regime di emissione e trasmissione dell'ordine europeo di indagine penale da parte dello Stato Spagnolo. III.3.1.1.1 L'emissione dell'ordine per ilcompimento di atti di indagine specifici. III.3.1.2 L'esecuzione da parte della Spagna di un ordine europeo di indagine penale. III.3.1.2.1 L'esecuzione con riferimento a specifici atti di indagine. III.4 L'attuazione da parte dell'Italia con il decreto legislativo 21 giugno 2017 n. 108. III.4.1 La disciplina della procedura passiva. III.4.1.1 Il vaglio di ammissibilità degli atti istruttori. III.4.1.2 Le disposizioni dettate per particolari atti di indagine. III.4.1.2.1 Le intercettazioni. III.4.1.3 I provvedimenti di sequestro. III.4.2 La procedura attiva. III.4.2.1 Il ruolo del difensore: l'annosa questione delle investigazioni difensive all'estero. III.4.2.2 La disciplina dei particolari atti di indagine richiesti dall'Italia. III.4.2.2.1 Il tema delle intercettazioni. III.5 Riflessioni conclusive.

Premessa

Come anticipato nel capitolo precedente, la Direttiva 2014/41/UE del 3 aprile 2014, relativa all'ordine europeo d'indagine penale, introduce un nuovo strumento di acquisizione probatoria dotato di molteplici potenzialità[390].

Infatti, ispirandosi al principio del mutuo riconoscimento, il provvedimento del 2014 muove da una nuova impostazione volta a realizzare un sistema globale di acquisizione probatoria da adottare nelle fattispecie di dimensione transfrontaliera.

Tale nuovo sistema, idoneo a sostituire tutti gli strumenti esistenti nel settore[391] e ad essere utilizzato per tutti i tipi di prove, si caratterizza per essere

[390] Hanno affrontato il tema prima della sua entrata in vigore *ex multis*, L. BACHMAIER WINTER, *La Orden Europea de Investigación: la propuesta de Directiva europea para la obtención de pruebas en el proceso penal*, in Revista española de Derecho Europeo, 2011, 37, 71-93; F. JIMENEZ-VILLAREJO FERNANDEZ, *Orden europea de investigación: ¿adiós a las comisiones rogatorias?*, in C. ARANGÜENA FANEGO (coord.), *Cooperación civil y penal en el nuevo escenario de Lisboa*, Comares, Granada, 2011, 175-203.

[391] Sul punto C. ARANGÜENA FANEGO, *Orden europea de investigación: próxima implementación en España del nuevo instrumento de obtención de prueba penal transfronteriza*, in Revista de Derecho Comunitario Europeo, sep-dic. 2017, 58, 909-910.

provvisto di precise e celeri modalità di esecuzione e di motivi di rifiuto circoscritti[392].

L'ordine europeo d'indagine consiste in una decisione giudiziaria, emessa o convalidata da un'autorità competente di uno Stato membro (denominato Stato di emissione), affinché siano compiuti uno o più atti d'indagine specifici in un altro Stato membro (c.d. Stato di esecuzione), oppure al fine di ottenere prove già in possesso delle autorità competenti e poter acquisire i relativi risultati in un processo pendente.

L'obiettivo perseguito con la sua introduzione è, dunque, quello di sostituire – nei limiti già ricordati[393] - gli attuali strumenti di cooperazione e assistenza giudiziaria in materia di ricerca e di acquisizione della prova, con un nuovo e più agile modello a carattere orizzontale, applicabile a qualsiasi atto d'indagine penale[394].

---

[392] Perfettamente in sintonia con il Considerando n. 6. della Direttiva, che afferma: *"Nel programma di Stoccolma, adottato dal Consiglio europeo del 10-11 dicembre 2009, il Consiglio europeo ha considerato di perseguire ulteriormente l'istituzione di un sistema globale di acquisizione delle prove nelle fattispecie aventi dimensione transfrontaliera, basato sulprincipio del riconoscimento reciproco. Il Consiglio europeo ha rilevato che gli strumenti esistenti nel settore costituiscono una disciplina frammentaria e che è necessaria una nuova impostazione che, pur ispirandosi al principio del riconoscimento reciproco, tenga conto altresì della flessibilità del sistema tradizionale di assistenza giudiziaria. Il Consiglio europeo ha pertanto chiesto la creazione di un sistema globale in sostituzione di tutti gli strumenti esistenti nel settore, compresa la Decisione quadro 2008/978/GAI del Consiglio, che contempli per quanto possibile tutti i tipi di prove, stabilisca i termini di esecuzione e limiti al minimo i motivi di rifiuto*". Si veda, sul tema: J. R. VOGEL, *La prueba transnacional en el proceso penal: un marco para la teoría y praxis*, in V. MORENO CATENA, L. ARROYO ZAPATERO, Centro de Estudios Jurídicos, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2006, 45-60; A. TINOCO PASTRANA, *L'ordine europeo di indagine penale*, cit. 346-358. Con riferimento al cambio di prospettiva dimostrato dall'emanazione di questo provvedimento si veda M. JIMENO BULNES, *Orden europea de investigación en materia penal*, cit., 164. In particolare, in tema di motivi di rifiuto vedi 183-184.

[393] Cfr. *supra* paragrafo II. 2.3.

[394] Fatta eccezione soltanto per la costituzione di squadre investigative comuni e per il materiale probatorio da esse raccolto. Cfr. art. 3 della Direttiva OEI. Sul significato da darsi a "qualsiasi atto di indagine" si veda la riflessione di M. JIMENO BULNES, *Orden europea de investigación en materia penal*, cit., 170-172. Sul tema vedi anche C. ARANGÜENA FANEGO, *Orden europea de investigación: próxima implementación en España del nuevo instrumento de obtención de prueba penal transfronteriza*, cit., 916-917.

Questo strumento trova le sue basi nel concetto di mutuo riconoscimento[395], sul presupposto di una fiducia reciproca degli Stati membri nei rispettivi ordinamenti penali fondata, in particolare, sul comune attaccamento ai principi della libertà, della democrazia, del rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali quali presupposti dello Stato di diritto.

Nonostante il suo indiscutibile valore per il contrasto alla moderna criminalità transnazionale, esso presta il fianco a necessarie valutazioni critiche in ragione dell'assenza di alcune garanzie processuali che costituiscono le fondamenta di molti ordinamenti.

Queste valutazioni critiche sono immediata conseguenza del fatto che dalla Direttiva non deriva una vera e propria unificazione delle discipline in materia di prova né, tantomeno, una compiuta armonizzazione delle legislazioni.

Ciò postula, dunque, che le regole probatorie previste dai singoli ordinamenti siano ancora diverse, in quanto espressione del diverso modo di intendere il bilanciamento dei valori in gioco da parte dei singoli legislatori nazionali.

La tecnica utilizzata dal legislatore europeo con la Direttiva sembra, infatti, mutare l'attuale conformazione delle prescrizioni in tema di prova codificate in puntuali regole legislative, in principi flessibili il cui contenuto deve essere riempito caso per caso dalla giurisprudenza[396].

Proprio con riferimento a quest'aspetto, uno degli interrogativi ricorrenti in dottrina, riguarda le possibili ripercussioni dell'entrata in vigore dell'ordine europeo d'indagine rispetto al patrimonio di garanzie difensive ed epistemiche

[395] Tale concetto fu preso in considerazione già durante il Consiglio europeo di Cardiff del 15 e 16 giugno 1998. Il punto 45, lettera f), del piano d'azione del Consiglio e della Commissione, adottato il 3 dicembre 1998 sul modo migliore per attuare le disposizioni del trattato di Amsterdam concernenti uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia prevedeva, appunto, l'avvio di un processo inteso a facilitare il reciproco riconoscimento delle decisioni e l'esecuzione delle sentenze in materia penale entro due anni dall'entrata in vigore del Trattato. Il tema era stato, poi, riproposto dal Consiglio europeo di Tampere dell'ottobre 1999 (cfr. *supra,* Cap. I) secondo cui il reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie doveva diventare il fondamento della cooperazione giudiziaria tanto in materia civile, quanto in materia penale in seno all'Unione.

[396] M. DANIELE, *La metamorfosi del diritto delle prove nella Direttiva sull'ordine europeo di indagine penale*, in Diritto Penale Contemporaneo (*penalecontemporaneo.it*), 2015, 4, 87.

faticosamente costruite nel corso dei secoli[397] nel campo del diritto delle prove.

Anche in questa sede, nell'analisi della disciplina del nuovo strumento di cooperazione giudiziaria, sarà dedicato uno spazio di riflessione alle ricadute sugli standard di garanzia previsti dal sistema processuale in materia probatoria.

III.1 La Direttiva e gli snodi del procedimento probatorio.

In relazione a quanto preliminarmente ritenuto, si rendono necessarie alcune considerazioni preminenti.

É vero, infatti, che la totale assenza di vere e proprie "regole probatorie" all'interno della disciplina europea, frutto della perdurante incapacità degli Stati di accordarsi su una disciplina comune, costituisce uno dei principali profili di fragilità se si considera che le regole di esclusione probatoria, bilanciando fra loro il metodo di accertamento dei fatti da adottare, la tutela dei diritti fondamentali e le esigenze repressive, costituiscono il baricentro di qualsiasi sistema processuale.

É altrettanto vero, però, che la Direttiva può dirsi frutto del (forse) unico compromesso possibile per il raggiungimento dell'auspicato fine della reale cooperazione tra Stati tramite una procedura snella, rapida ed efficace giacché il principio di mutuo riconoscimento consente il superamento di qualunque processo intermedio di omologazione dei provvedimenti emanati all'interno dell'Unione con loro riconoscimento automatico.

La scelta del legislatore europeo è stata, dunque, quella di non introdurre una Direttiva che si traducesse in uno strumento di approssimazione legislativa[398], bensì in una disciplina generale che, nel corretto bilanciamento delle esigenze della *lex fori* e dalla *lex loci*, e sempre alla luce degli ancestrali

[397] M. DANIELE, *L'impatto dell'ordine europeo di indagine penale sulle regole probatorie nazionali*, in Diritto Penale Contemporaneo, 2016, 3, 63 ss.
[398] In questo senso, M. JIMENO BULNES, *Orden europea de investigación en materia penal*, cit., 158.

principi di necessità e proporzionalità, favorisse una cooperazione giudiziaria effettiva e funzionale[399].

Non si ritengono, tuttavia, ingiustificate le profonde preoccupazioni tra gli studiosi del diritto[400].

Ad una prima lettura del provvedimento potrebbe affermarsi che tali preoccupazioni non dovrebbero attenere alla fase dell'ammissione delle prove stante la previsione di un controllo, sia da parte dell'autorità di emissione, che di quella di esecuzione, funzionali (almeno formalmente) a garantire un vaglio di legittimità a 360 gradi, in quanto espressione di valutazioni effettuate alla luce sia della *lex fori* che della *lex loci*[401]. Le maggiori perplessità, infatti, riguardano la fase dell'esecuzione dell'ordine, con particolare riferimento ai profili concernenti le garanzie processuali e le questioni sull'utilizzabilità.

Per cogliere se e quanto la forma diverga dalla sostanza è necessario, però, procedere con l'analisi di quanto disposto dalla disciplina del provvedimento europeo in tema di ammissione degli atti istruttori.

III.1.1 I vagli di ammissibilità previsti dalla Direttiva.

L'art. 6 della Direttiva prevede che l'autorità di emissione verifichi in primo luogo che l'adozione del provvedimento europeo, alla luce dei diritti propri della persona sottoposta a indagini (o dell'imputato), sia necessaria e proporzionata ai fini del procedimento per cui è stata emessa e, in secondo luogo che, in un caso interno analogo, l'atto (o gli atti) d'indagine sarebbe emesso "alle stesse condizioni".

Tale condivisibile prescrizione è volta a evitare che l'OEI possa essere impiegato quale mezzo per eludere la corrispondente normativa nazionale.

Il suo esito è, pertanto, la riproduzione a livello europeo di tutte le regole di ammissibilità previste dalla *lex fori*.

---

[399] M. JIMENO BULNES, *Orden europea de investigación en materia penal*, cit., 167.

[400] M. DANIELE, *L'impatto dell'ordine europeo di indagine penale sulle regole probatorie nazionali*, cit.

[401] E. AMODIO, *Diritto di difesa e diritto alla prova nello spazio giudiziario europeo*, in Foro ambr., 2001, 552 ss..

Il che, in particolare, comporta la previsione implicita di tutti i presupposti di volta in volta previsti dalla legge dello Stato di emissione per il compimento del singolo atto d'indagine richiesto.

Il risultato applicativo di tale previsione, quindi, a seconda del mezzo di prova, può condurre a prevedere, ad esempio, oltre l'emissione (o la convalida) da parte di un magistrato appartenente alla Procura, anche la necessità di un'autorizzazione preventiva (o della convalida) da parte di un giudice, laddove quest'ultima fosse espressamente richiesta in rapporto all'omologo atto nazionale[402].

Ancora, non va trascurato che il requisito dell'ammissibilità dell'atto istruttorio alle stesse condizioni in un caso interno analogo ha una rilevante implicazione in ordine al regime di utilizzabilità delle prove raccolte in virtù di un ordine europeo di indagine. Esso determina, infatti, anche l'applicabilità di tutte quelle regole di esclusione previste dalla *lex fori* legate all'*an* delle operazioni istruttorie con la conseguenza che, in caso di vizio, si potrebbe eccepire l'invalidità delle prove raccolte in violazione di tali regole.

Il vaglio previsto dal primo periodo dell'art. 6 della Direttiva non rimane privo di efficacia poiché, nel caso in cui l'autorità di esecuzione ritenga che le condizioni in esso prescritte non siano rispettate, avrà la possibilità di consultare l'autorità di emissione "in merito all'importanza di eseguire l'OEI"[403] e procedere, poi, alle conseguenti valutazioni del caso.

Tale previsione dimostra che la Direttiva non ha accolto integralmente il principio del mutuo riconoscimento nel suo significato più intimo, che pretenderebbe il ferreo rispetto della *lex fori* anche nelle situazioni in cui la *lex loci* prevedesse regole istruttorie diverse.

Tale soluzione, infatti, sterilizzerebbe ogni tentativo di armonizzare (anche nel suo significato affievolito che rimanda all'approssimazione) le discipline nazionali poiché gli Stati, confidando nella spendibilità delle proprie norme ai fini della raccolta di prove all'estero, perderebbero interesse ad

[402] Una condizione che nel sistema italiano sarebbe indispensabile, ad esempio, per disporre un'intercettazione transnazionale ai sensi degli artt. 30 ss.

[403] Cfr. art. 6.3 Direttiva 41/2014.

accordarsi per la previsione di discipline comuni[404].

Ne discenderebbe, dunque, un sistema così complesso da generare confusione e, soprattutto, incoerenze.

In ciascun ordinamento nazionale, infatti, verrebbero a convivere forzatamente regole diverse, variabili in ragione delle peculiarità della *lex fori* dello Stato straniero di volta in volta interessato alla raccolta della prova. Peraltro, non si può trascurare il pericolo delle distorsioni applicative che eventuali discipline, irrispettose di adeguati standard epistemici o garantistici, potrebbero esercitare nei confronti delle regole interne, favorendo prassi devianti volte a privilegiare le esigenze repressive anche nei procedimenti relativi ai reati a dimensione strettamente nazionale.

La Direttiva ha, per converso, adottato un'impostazione "*che, pur ispirandosi al principio del riconoscimento reciproco" tiene "conto altresì della flessibilità del sistema tradizionale di assistenza giudiziaria*"[405]; flessibilità che emerge da diversi punti della Direttiva.

Si pensi, ad esempio, alla possibilità concessa all'autorità di esecuzione di adottare un atto istruttorio alternativo (*capace di produrre il medesimo risultato*) a quello indicato dall'autorità di emissione allorquando l'atto d'indagine richiesto nell'ordine non sia previsto dal diritto dello Stato di esecuzione oppure non sia disponibile in un caso interno analogo[406] o, ancora, il potere di ricorrere ad un atto d'indagine diverso da quello richiesto nell'ordine

---

[404] C. RODRÍGUEZ MEDEL NIETO, *Obtención y admisibilidad en España de la prueba transfronteriza: de las comisiones rogatorias a la orden europea de investigación*, cit., 262 per quanto concerne, invece, il raggiungimento di una certa uniformità con riferimento alle garanzie processuali proprie dei vari ordinamenti membri dell'Unione europea.

[405] Cfr. Considerando n. 6 Direttiva OEI cit.

[406] Cfr. art. 10.1 Direttiva 41/2014 cit. Mentre la "previsione" dell'atto istruttorio dal diritto dello Stato di esecuzione prevista dall'art. 10.1 a) si concretizza nella possibilità di rinvenire nella *lex loci* la disciplina dell'atto considerato nella sua sostanza, indipendentemente dal nomecon cui esso sia identificato e, quindi, si potrebbe considerare facilmente integrata in quelle ipotesi in cui l'atto, sebbene non espressamente previsto, trovasse comunque una regolamentazione, come quella rinvenibile nel nostro art. 189 c. in merito alle prove atipiche, più ambiguo appare il requisito della "disponibilità" dell'atto istruttorio in un "caso interno analogo". Tale requisito, ribadita dalla Direttiva anche in relazione ad alcuni atti specifici (ad es. le informazioni sui conti e le operazioni bancarie regolate agli artt. 26 e 27 della Direttiva o le operazioni di intercettazioni disciplinate agli artt. 30 e 31 della Direttiva), è richiesto in relazione ad atti che manifestano un impatto sui diritti fondamentali, come il diritto alla riservatezza o il diritto di proprietà.

europeo di indagine quando l'atto scelto dall'autorità di esecuzione assicuri lo stesso risultato di quello richiesto nell'ordine con mezzi meno intrusivi.

Come anticipato, entrambe le autorità hanno poteri di vaglio.

Tali poteri si manifestano soprattutto nella possibilità di rifiutare l'esecuzione dell'ordine nel caso in cui il diritto dello Stato richiesto preveda immunità o privilegi che rendono impossibile l'esecuzione.

Allo stesso modo sarà possibile non dar corso all'OEI in presenza di norme sulla determinazione e limitazione della responsabilità penale relative alla libertà di stampa e alla libertà di espressione attraverso altri mezzi di comunicazione o, ancora, allorché l'esecuzione leda interessi essenziali di sicurezza nazionale o metta in pericolo la fonte delle informazioni o comporti l'uso di informazioni classificate riguardanti attività di*intelligence* specifiche. Ancora, l'autorità di esecuzione può decidere di non eseguire l'atto d'indagine se lo stesso sia stato richiesto nel quadro di un procedimento avviato dalle autorità amministrative in relazione a fatti punibili penalmente in base al diritto nazionale dello Stato di emissione e non sia ammesso a norma del diritto dello Stato di esecuzione in un caso internoanalogo[407] oppure per un procedimento volto a perseguire una condotta che, commessa interamente o parzialmente nello Stato di esecuzione non costituiscereato per lo Stato di esecuzione[408].

Ulteriore motivo di non riconoscimento può essere dato dalla contrarietà al principio del *ne bis in idem* o dalla circostanza che il ricorso all'atto di indagine richiesto nell'ordine sia limitato dal diritto dello Stato di esecuzione a un elenco o a una categoria di reati o a reati punibili entro una certa soglia, fra cui non figura il reato oggetto del provvedimento.

La suddetta "disponibilità", secondo quanto può ricavarsi dal Considerando n. 10, dovrebbe riferirsi ai casi in cui l'atto istruttorio "è previsto dal diritto dello Stato di esecuzione, ma è legittimo solo in determinate circostanze" ad esempio, l'atto che potrebbe "essere svolto solo per reati di una certa gravità, contro persone rispetto alle quali grava già un certo grado di sospetto o con il consenso della persona interessata". Vengono pertanto in gioco anche qui i requisiti di ammissibilità degli atti istruttori previsti dal diritto nazionale. Si rimanda ancora a C. RODRÍGUEZ MEDEL NIETO, *Obtención y admisibilidad en España de la prueba transfronteriza: de las comisiones rogatorias a la orden europea de investigación*, cit., 423.

[407] Ossia l'ipotesi di cui all'art 4. 1 c) Direttiva 41/2014 cit.

[408] Ipotesi prevista dall'art 4. 1 e) Direttiva 41/2014 cit.

L'art. 11 della Direttiva prevede, inoltre, che se la condotta riguardo alla quale è stato emesso l'ordine europeo di indagine non costituisce reato in base al diritto dello Stato di esecuzione, questi ha la facoltà di non riconoscere il provvedimento europeo salvo che non riguardi un reato ricompreso in una delle efferate categorie criminose ricomprese all'interno dell'allegato D della Direttiva[409] e che, lo stesso, sia punibile nello Stato di emissione con una pena o una misura di sicurezza detentiva della durata massima di almeno tre anni.

La lettera f) dell'art. 11, infine, prevede, in maniera evidentemente molto ampia, la possibilità che l'autorità di esecuzione rifiuti l'esecuzione dell'ordine allorché sussistano seri motivi per ritenere che l'esecuzione dell'atto di indagine richiesto sia incompatibile con gli obblighi dello Stato di esecuzione ai sensi dell'articolo 6 TUE e di quelli derivanti dalla Carta dei diritti fondamentali.

Torna ancora una volta in gioco il dovere di osservare i diritti fondamentali degli individui garantiti dalla Carta di Nizza, dalla CEDU e dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati[410].

---

[409] In particolare, l'Allegato D della Direttiva, ricomprende le seguenti categorie: partecipazione a un'organizzazione criminale, terrorismo, tratta di esseri umani, sfruttamento sessuale di minori e pedopornografia, traffico illecito di stupefacenti e sostanze psicotrope, traffico illecito di armi, munizioni ed esplosivi, corruzione, frode, compresa la frode che degli interessi finanziari dell'Unione europea ai sensi della convenzione del 26 luglio 1995 relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee, riciclaggio di proventi di reato, falsificazione di monete, compresa la contraffazione dell'euro, criminalità informatica, criminalità ambientale, compreso il traffico illecito di specie animali protette e il traffico illecito di specie e di essenze vegetali protette, favoreggiamento dell'ingresso e del soggiorno illegali, racket ed estorsione, omicidio volontario, lesioni personali gravi, traffico illecito di organi e tessuti umani, rapimento, sequestro e presa di ostaggi, razzismo e xenofobia, rapina organizzata o a mano armata, traffico illecito di beni culturali, compresi gli oggetti d'antiquariato e le opere d'arte, truffa, contraffazione e pirateria di prodotti, falsificazione di atti amministrativi e traffico di documenti falsi, falsificazione dei messi di pagamento, traffico illecito di sostanze ormonali e altri fattori di crescita, traffico illecito di materie nucleari e radioattive, traffico di veicoli rubati, violenza sessuale, incendio doloso, reati rientranti nella competenza giurisdizionale della Corte penale internazionale, dirottamento di aereo/nave, sabotaggio.

[410] Pare opportuno rilevare che tale controllo, contenuto già nell'art. 1.4 della Direttiva, dovrebbe essere compiuto anche se non fosse espressamente contemplato in quanto l'art. 6 TUE pone un dovere generale per tutto il sistema euro unitario. Nondimeno, la sua espressa inclusione in

La creazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, si è già detto e ribadito in più occasioni[411], si fonda su una presunzione di conformità, da parte di tutti gli Stati membri, al diritto dell'Unione in particolare per quanto concerne i diritti che da sempre sono stati posti a suo fondamento.

L'effettivo contenuto di tali diritti è sempre frutto di un bilanciamento fra valori e principi spesso contrapposti. Pertanto, sotto questo profilo le indicazioni della giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione, della Corte europea dei diritti dell'uomo e delle Corti costituzionali nazionali non sempre sono convergenti.

Nonostante ciò, è pacifico che si debbano perlomeno raggiungere gli standard di tutela delineati dalla prescrizione dell'art. 52.3 della Carta di Nizza, ai sensi del quale il "significato" e la "portata" dei diritti richiamati dalla legislazione dell'Unione devono essere "uguali" a quelli conferiti dalla CEDU.

Tale dovere di rispetto dei diritti fondamentali, secondo la configurazione offerta dalla Corte europea, determina la riproduzione di quelle regole di ammissibilità previste dalla *lex loci* che risultino tali da integrare modalità di protezione dei diritti equivalenti a quelle rinvenibili nella giurisprudenza di Strasburgo che, in particolare, in rapporto agli atti coercitivi, non si esauriscono nell'attinenza del procedimento a determinati reati, come da qualcuno sostenuto[412], ma implicano ulteriori condizioni quali l'autorizzazione o il controllo successivo di un giudice indipendente, la presenza di una base probatoria e la possibilità, specie in mancanza di un vaglio giurisdizionale, di contestazioni successive da parte della difesa[413].

---

una norma di diritto derivato è significativa del fatto che la fiducia reciproca fra gli Stati non sia ancora un dato acquisito.

[411] Oltre che emergere anche dal considerando n. 19 della Direttiva 41/2014.

[412] M. PANZAVOLTA, *Ordine di indagine europeo e indagini bancarie: spunti di riflessione sul concetto di caso interno analogo e atto di indagine alternativo*, in A. DI PIETRO e M. CAIANIELLO (a cura di), *Indagini penali e amministrative in materia di frodi IVA e di imposte doganali. L'impatto dell'European Investigation Order sulla cooperazione,* Bari, Cacucci ed., 2016, 367 ss.

[413] Vedi M. DANIELE, *L'impatto dell'ordine europeo di indagine penale sulle regole probatorie nazionali*, cit., che rimanda alla nota sentenza della Corte Edu, 4 dicembre 2015, Zakharov c. Russia, par. 227 in tema di intercettazioni.

La disponibilità dell'atto in un caso interno analogo richiesta dall'art. 10.1 lett. b) dovrà, dunque, comportare necessariamente il rispetto di tutti questi requisiti.

Tuttavia, non può non rilevarsi che l'art. 10.2 prosegue sancendo che il parametro della disponibilità in un caso interno analogo non valga per una serie di atti istruttori, i quali dovrebbero essere sempre ammissibili in base alla *lex loci.*

La previsione appena citata, se letta unitamente alla sua lett. d) riguardante gli "atti non coercitivi definiti dal diritto dello Stato di esecuzione", ha provocato non poche preoccupazioni e conseguenti critiche da parte di chi rinveniva in tale rinvio alla *lex loci* una possibile disparità di trattamento in ragione della possibilità per alcuni Stati di qualificare come non coercitivi e, conseguentemente, accettare incondizionatamente atti ritenuti, invece,coercitivi secondo la legislazione di altri Stati[414].

Un tale problema, connesso ai diversi tassi di garanzia adottati nei singoli ordinamenti sembrerebbe, infatti, ineliminabile fino al raggiungimento di vere e proprie regole probatorie unificate per tutti gli Stati membri dell'Unione.

Pare, tuttavia, che tale lettura non tenga conto della premessa dell'art. 10.2 che, facendo salvo quanto previsto in tema di rifiuto[415], elimina ogni dubbio sul pericolo appena prospettato.

La disciplina concernente il perimetro del vaglio di ammissibilità che spetta all'autorità di esecuzione è completata dall'art. 5 della Direttiva che, nel prevedere l'"oggetto" e i "motivi" dell'ordine, le "informazioni" necessarie sulle persone coinvolte, la "descrizione della condotta penale" oggetto del procedimento e le "disposizioni di diritto penale applicabili nello Stato di emissione", la "descrizione" degli atti istruttori richiesti e degli elementi di

[414] Vedi, *ex multis*, R. BELFIORE, *Riflessioni a margine della Direttiva sull'ordine europeo di indagine penale*, in Cass. Pen., 2015, 3292 ss.

[415] Si pensi, ad esempio, al motivo di rifiuto statuito dall'art. 11.1 lett. a), relativo alla previsione da parte della *lex loci* di "immunità o privilegi che rendono impossibile l'esecuzione dell'OEI" e che, con riferimento, ad esempio alla nostra disciplina dell'assunzione di atti non coercitivi quale la testimonianza, potrebbe certamente includere quelle regole di ammissibilità delle testimonianze fondate sul privilegio familiare e sui segreti (artt. 199-202 c.p.p.).

prova da ottenere, permette all'autorità di esecuzione di garantire il rispetto dei requisiti di ammissibilità previsti dalla *lex loci*[416].

III.1.2 Le questioni relative all'utilizzabilità dei risultati probatori raccolti.

Arriviamo, quindi, all'ultimo tassello del procedimento probatorio: il vaglio di utilizzabilità di quanto raccolto tramite l'ordine europeo d'indagine all'interno del processo instaurato nello Stato di emissione.

Occorre rilevare sin d'ora che, per quanto tale aspetto non abbia una puntuale disciplina, è possibile scorgere all'interno della Direttiva, alcune indicazioni che riflettono pienamente scelte del legislatore europeo tanto precise da non indurre dubbi interpretativi[417].

Per quanto la Direttiva non contenga specifiche disposizioni che prevedono ipotesi d'inutilizzabilità del materiale probatorio raccolto, si può pervenire a casi d'inutilizzabilità alla luce di un'interpretazione sistematica coerente con le prescrizioni indicate all'interno del dettato normativo europeo.

Si pensi, ad esempio, alle "prove già in possesso dell'autorità di esecuzione" che, ai sensi del considerando n. 7 della Direttiva devono essere acquisite tramite ordine europeo d'indagine e, pertanto, sarebbero inutilizzabili

[416] Parte della dottrina ha sottolineato che tale disposizione non offre sufficienti informazioni nelle situazioni in cui il diritto dello Stato di esecuzione prevedesse la necessità di una base probatoria non essendo espressamente prevista la trasmissione all'autorità di esecuzione degli atti del procedimento. Cfr. M. DANIELE, *L'impatto dell'ordine europeo di indagine penale sulle regole probatorie nazionali*, cit. 69. L'autore ritiene che tale adempimento potrebbe ricomprendersi all'interno della disciplina delle procedure di consultazione di cui agli artt. 6.3 e 9.6 e nei doveri di informazione disciplinati agli artt. 11.4 e 16. Per verificare quanto previsto dalla disciplina italiana di attuazione vedi *infra.*

[417] Trattandosi di norme sovranazionali, risulterebbe eccessivo pretendere lo stesso livello di precisione ed esaustività delle norme nazionali, pertanto, in casi come questo, non può ritenersi spendibile la tesi in base alla quale i divieti probatori dovrebbero essere espressamente previsti attraverso formule normative tali da individuare chiaramente l'assenza di un potere istruttorio. Tale considerazione, infatti, può essere sostenuta solo in rapporto alle regole di esclusione nazionali, nell'ambito di un sistema chiuso e contraddistinto da invalidità tassativamente previste. Tuttavia, tali "impliciti" divieti probatori vengono recepiti dalle normative nazionali di trasposizione poiché, se così non fosse, sarebbe necessario ricorrere alla disapplicazione del diritto interno per contrasto con la Direttiva. Sul punto N.GALLO, *Un altro tassello giurisprudenziale in tema di Ordine Europeo di Indagine Penale (OEI) per l'acquisizione della digital evidence dal server estero,* in Arch. Pen. (*web*) fascicolo n. 3 Settembre-Dicembre 2023.

qualora fossero oggetto di una trasmissione informale fra gli Stati come accadeva per prassi operante in materia di rogatorie[418].

Il dato pare addirittura più evidente se si prende in considerazione l'art. 6.1 b) della Direttiva che prevede che l'autorità di emissione possa indicare nell'ordine e, quindi, richiedere allo Stato di esecuzione, solo un atto istruttorio che avrebbe potuto essere compiuto "alle stesse condizioni in un caso interno analogo" dal quale, implicitamente, discende l'inutilizzabilità delle prove raccolte in violazione delle regole della *lex fori*.

Deve ritenersi parimenti vietata dalla Direttiva la captazione delle chiamate in partenza dall'estero che venga effettuata senza il coinvolgimento dello Stato interessato.

Con tale condotta, infatti, si aggirerebbe l'art. 31 della Direttiva che prevede espressamente che, nei casi in cui l'assistenza tecnica dello Stato di esecuzione non sia necessaria, "lo Stato membro di intercettazione", ossia lo Stato di emissione, "ne dà notifica" all'autorità competente dello Stato membro che coincide con l'indirizzo di comunicazione della persona soggetta a intercettazione indicata nell'ordine penale[419].

Quest'ultimo esempio conferisce rilevanza alla *lex loci* poiché, ai sensi del suo comma 3, qualora l'intercettazione non sia "*ammessa in un caso interno analogo*", l'autorità dello Stato notificato può comunicare all'autorità di emissione che, "se necessario", i risultati della captazione già ottenuti "*non possono essere utilizzati o possono essere utilizzati solo alle condizioni da essa specificate*".

Diverse considerazioni vanno fatte, invece, con riferimento al regime di utilizzabilità delle prove sulla base delle modalità di raccolta impiegate.

In proposito, l'art. 14.7 afferma che va assicurato che "nei procedimenti penali dello Stato di emissione siano rispettati i diritti della difesa e sia garantito un giusto processo nel valutare le prove acquisite tramite l'OEI, fatte "*salve le norme procedurali nazionali* ".

[418] Cfr. *supra* Cap. II.

[419] Cfr. sul tema Cass. Sez. VI, 22 settembre 2015, n. 39925 e Corte Edu, 23 febbraio 2016, Capriotti c. Italia.

La materia sembrerebbe, quindi, aperta a margini di discrezionalità per i singoli ordinamenti statali[420].

A tale conclusione si arriva in perfetta coerenza con lo spirito della Direttiva, la quale non prevede regole precise di raccolta delle prove prediligendo, invece, clausole elastiche che richiedono unicamente il rispetto dei principi cardine degli ordinamenti nazionali.

Tuttavia, non si può negare che l'introduzione di una regola che attribuisca la più ampia discrezionalità ai singoli Stati membri si presta a dar luogo a innumerevoli controversie.

Ancora una volta, il pericolo legato all'esercizio della discrezionalità nella ponderazione degli interessi in gioco è arginato dal principio di proporzionalità[421] che, grazie alla sua valenza internazionale, impone l'adozione di criteri razionali che siano volti ad impedire che i diritti fondamentali siano oggetto di compressioni ingiustificate.

[420] Cfr. M. DANIELE, *L'impatto dell'ordine europeo di indagine penale sulle regole probatorie nazionali*, cit., 72 ss. L'autore prospetta tre soluzioni a riguardo: la prima che suggerisce l'utilizzo delle regole di inutilizzabilità nazionali previste "per i casi interni analoghi", che, tuttavia, si scontra con le numerose pronunce dei giudici della Corte di Giustizia che optano per la disapplicazione delle norme nazionali sulla base della necessità di tutela "del primato, dell'unità e dell'effettività del diritto dell'Unione"; la seconda che proponedi estendere le regole di esclusione previste dal c. italiano agli artt. 431 e 512 *bis* in merito alle prove raccolte attraverso lo strumento della rogatoria che, secondo l'autore, non tutelano appieno le garanzie che presidiano il diritto di difesa; terza e ultima soluzione prospettata e caldeggiata è quella della previsione di una regola di esclusione probatoria che si fondi sulla discrezionalità degli Stati in relazione al caso concreto.

[421] Per un approfondimento sul ricorso al principio di proporzionalità si vedano, *ex multis*: Corte Giust., 5 aprile 2016, C-404/15 e C-659/15, Aranyosi e Caldararu; Corte Giust., 8 aprile 2014, C-293/12 e C- 594/12, Digital Rights Ireland Ltd c. Minister for Coommunications, Marine and Natural Resources e Karntner Landesregierung e altri.

III.2 L'attuazione della Direttiva in Europa. Un primo sguardo comparativo.

Inizialmente, la Direttiva sull'ordine europeo di indagine penale è stata trasposta in molti Paesi aderenti, con atti normativi entrati in vigore tra il mese di maggio e il mese di dicembre del 2017 [422].

Il 22 maggio 2017 è stato individuato come il momento a partire dal quale il nuovo strumento – *ai sensi dell'art. 34 commi 1 e 2 della Direttiva* - avrebbe dispiegato effetto sostitutivo delle corrispondenti disposizioni contenute nelle fonti precedentemente elencate [423].

Tale "sostituzione" ha comportato che il nuovo strumento normativo non avrebbe travolto la previgente regolazione dei rapporti di assistenza prima che gli Stati membri interessati avessero trasposto nei rispettivi ordinamenti le nuove disposizioni.

Al contrario, non essendogli conferito effetto abrogativo [424], le convenzioni

[422] Nello specifico, in Belgio l'attuazione della Direttiva OEI ha avuto luogo in data 22 maggio 2017, in Croazia il 26 ottobre 2017, in Estonia il 6 luglio 2017, in Finlandia il 3 luglio 2017, in Francia 22 maggio 2017, in Germania il 22 maggio 2017, in Grecia il 21 settembre 2017, in Italia il 28 luglio 2017, in Lettonia il 20 maggio 2017, in Lituania il 15 giugno 2017, nei Paesi Bassi in data 17 giugno 2017, in Portogallo il 22 agosto 2017, nel Regno Unito il 31 luglio 2017 (con riferimento al quale si precisa che la vigenza dello strumento è espressamente estesa al territorio di Gibilterra, per il quale l'entrata in vigore è anticipata alla data del 22 maggio 2017 ed è previsto che, fino alla definizione degli accordi nel quadro della cd. Brexit, il Regno Unito debba ritenersi pienamente incluso nel perimetro operativo della Direttiva), in Slovacchia il 15 ottobre 2017 e in Ungheria il 23 maggio 2017, a Malta il 24 ottobre 2017, in Romania il 14 dicembre 2017, in Slovacchia il 7 dicembre 2017; in Svezia il 1° dicembre 2017.

[423] Stessa data indicata dall'art. 36 come termine di recepimento.

[424] L'interpretazione conservativa dei pregressi assetti convenzionali corrisponde all'opinione della grande maggioranza degli Stati membri, consultati dal Segretariato della Rete Giudiziaria Europea (EJN) e da *Eurojust* nel contesto di un esercizio nel quale si è sottolineata la funzione pragmatica di una lettura dell'art. 34, tesa a scongiurare gli effetti paradossali della diversa interpretazione che, invece, vorrebbe immediatamente decaduti gli strumenti previgenti alla scadenza del 22 maggio 2017 e regrediti i rapporti con gli Stati inadempienti al livello della cortesia internazionale a condizione di reciprocità. Cfr. Sul punto, EUROJUST-EJN, *Note on the meaning of "corresponding provisions" and the applicable legal regime in case of delayed transposition of the EIO Directive*, 2 maggio 2017. La tesi dell'effetto sostitutivo progressivo dell'OEI rispetto alle fonti preesistenti è stata sostenuta dai rappresentanti di Belgio, Bulgaria, Repubblica Ceca, Germania, Estonia, Grecia, Ungheria, Italia, Lettonia, Paesi Bassi, Austria, Polonia, Romania, Slovacchia, Finlandia, Lituania, Svezia e Croazia. Oltre a meglio conformarsi alle finalità della Direttiva, l'interpretazione indicata corrisponde a quella accolta dalla Corte di giustizia dell'Unione in relazione all'analoga previsione dell'art. 31comma 1 della Decisione quadro istitutiva del mandato di arresto europeo.

multilaterali e la Decisione quadro in tema di sequestro probatorio, avrebbero continuato a trovare applicazione nei rapporti tra gli Stati che hanno proceduto all'attuazione del provvedimento europeo (come l'Italia).

La direttiva costituisce lo strumento principale per l'acquisizione di prove nell'UE. Essa ha adottato un nuovo approccio basato sul principio del riconoscimento reciproco per l'ottenimento di prove in materia penale.

Orbene, nel complesso, essa ha fornito un valore aggiunto europeo rispetto agli strumenti precedenti, semplificando il processo di acquisizione di prove e imponendo termini concreti per farlo.

Pur riconoscendo gli sforzi compiuti dagli Stati membri fino ad oggi, emerge *ictu oculi* la difficoltà riguardo ad alcune disposizioni chiave della Direttiva, quali i motivi di non riconoscimento o di non esecuzione.

La Commissione, in relazione alle perplessità applicative, ha continuato e continuerà a valutare il rispetto della direttiva da parte degli Stati membri adottando misure adeguate ad assicurarne la conformità alle sue disposizioni in tutta l'Unione europea.

Tale situazione, però, pone preoccupazioni in merito alle ricadute che deriveranno per la cooperazione in termini di effettività.

III.3 Il percorso di attuazione della Spagna. Le indicazioni della Fiscalía General del Estado.

Tra gli Stati che inizialmente non avevano trasposto la disciplina dettata dalla Direttiva 41/2014, figura la Spagna che non solo non ha proceduto subito alla sua trasposizione ma, addirittura, fino a poco tempo fa, non aveva neanche presentato un progetto di legge per la sua realizzazione[425].

Solo con la *Ley* 3/2018, di modifica alla normativa 23/2014, c'è stato un adeguamento concreto.

Preliminarmente, è possibile affermare che l'ordinamento spagnolo si sia adeguato parzialmente ai suoi contenuti con la *Ley 23/2014, de reconocimiento*

[425] C. ARANGÜENA FANEGO, *Orden europea de investigación: próxima implementación en España del nuevo instrumento de obtención de prueba penal transfronteriza*, cit., 911 e 914.

mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea (LRM)[426], emanata il 20 novembre del 2014, che ha abrogato la totalità delle norme precedenti in materia di adeguamento degli strumenti di mutuo riconoscimento.

La *Ley* sul reciproco riconoscimento del 2014 ha costituito un'autentica codificazione dell'attuazione di tali strumenti; la modifica successiva del 2018, ne ha esaltato la portata. Tale legislazione, approfittando dell'esperienza pratica del sistema precedente, ha permesso l'introduzione di uno schema in cui fosse più agevole effettuare gli adeguamenti richiesti dall'emanazione dalle future direttive[427]. Tuttavia, per l'attuazione della Direttiva sull'ordine europeo di indagine, è emersa la necessità di ulteriori riforme della disciplina processuale spagnola, considerata sia l'età della legge (che risale, infatti, al 1882) che la presenza di lacune in materia di atti di indagine, anche alla luce di quanto espresso dalla giurisprudenza, in particolare quella del *Tribunal Supremo*[428].

La riforma della *Ley de Enjuiciamiento Criminal* (codice del processo penale spagnolo) avvenuta con la *Ley Orgánica 13/2015 para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica*, è stata portatrice di un importante passo in avanti con riferimento ai problemi di applicazione e interpretazione causati dall'assenza di una disciplina della materia delle indagini tecnologiche, introducendo una regolazione completa e innovativa di tali atti di indagine che ha, indubbiamente, risolto i dubbi generati in precedenza dalla sussistenza di numerosissime e chiare zone

---

[426] Si precisa che d'ora in avanti, quando si farà riferimento agli articoli della *Ley de reconocimiento mutuo* (di seguito indicata anche LRM), il rimando sarà effettuato alla nuova versione così come riformulata nel testo del recente *Proyecto de Ley* di riforma di novembre 2017 ed indicato con la dicitura abbreviata PLRLRM.

[427] Così A. TINOCO PASTRANA, *L'ordine europeo di indagine penale,* cit. 348 ss. La LRM è pubblicata in: *Boletin Oficial del Estado* (BOE) n. 282, del 21 novembre 2014, 95437-95593. Per un approfondimento degli strumenti attuati con la legge di mutuo riconoscimento spagnola si veda C. ARANGÜENA FANEGO, M. DE HOYOS SANCHO, RODRÍGUEZ MEDEL NIETO, *Reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea. Análisis teórico-práctico de la Ley 23/2014 de noviembre*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015. Si veda inoltre, sul tema, il lavoro di A. TINOCO PASTRANA, *El embargo preventivo y el aseguramiento de pruebas en los procesos penales en la UE. Novedades tras la Ley 23/2014, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea y la Directiva 2014/41/CE relativa a la orden europea de investigación en materia penal*, cit., 126.

[428] Ancora A. TINOCO PASTRANA, *L'ordine europeo di indagine penale,* cit. 348.

d'ombra[429].

L'apparenza è che anche tale riforma sia volta, nonostante l'assenza di un espresso riferimento in tal senso, proprio a facilitare la futura applicazione della Direttiva.

Come si è anticipato, neanche la *Ley* 23/2014 sul riconoscimento mutuo dei provvedimenti penali, emanata proprio quale legge di attuazione dei precedenti strumenti procedurali dettati dall'Unione Europea in materia penale, benché promulgata successivamente alla Direttiva sull'ordine europeo di indagine, ne ha compreso la sua trasposizione.

Tale circostanza ha generato – e tuttora genera nonostante l'intervento riformatore della *Ley 3/2018* – un'importante situazione di incertezza giuridica dato che, dal 22 maggio 2017, i precedenti strumenti di cooperazione penale sono stati sostituiti da una Direttiva che non è stata trasposta con una legge specifica in materia [430].

Infatti, il combinato disposto degli artt. 34 e 35 della Direttiva, prevede esplicitamente che, a far data del 22 maggio 2017, vengano sostituite le disposizioni della Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale del Consiglio d'Europa, del 20 aprile 1959, della convenzione di applicazione dell'Accordo Schengen, della convenzione relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione Europea e relativo

[429] A. TINOCO PASTRANA, *L'ordine europeo di indagine penale*, cit., 348 che specifica che oggi sono puntualmente disciplinate: le intercettazioni delle telecomunicazioni, la registrazione delle comunicazioni orali mediante dispositivi elettronici, l'uso di dispositivi tecnici di monitoraggio, di localizzazione, di cattura di immagini, il registro dei dispositivi di archiviazione delle informazioni e il registro remoto dell'attrezzatura informatica. Pensiamo che non è esagerato affermare che l'attuale regolazione spagnola è molto moderna rispetto ad altri paesi dell'Unione europea, il che contrasta con la situazione anteriore. Come specificato dall'autore in precedenza questi atti di indagine si realizzavano in virtù del vecchio articolo 579LECRIM e la sua interpretazione per la giurisprudenza e ciò suppose perfino la condanna della Spagna per la Corte Edu per l'infrazione dell'articolo 8 della convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU).

[430] M. JIMENO BULNES, *Orden europea de investigación en materia penal*, cit. 153-155.

protocollo, della Decisione quadro 2008/978/GAI[431] e, infine, le disposizioni della Decisione quadro 2003/577/GAI sul sequestro probatorio[432].

La prima domanda che occorre porsi è, quindi, quale regime legislativo si dovrà utilizzare ogni volta che la Spagna dovrà emettere o eseguire richieste che dovrebbero basarsi su un ordine europeo d'indagine penale.

Questione non certamente banale, se si pensa alle implicazioni che ne possono derivare in tema di validità del materiale probatorio raccolto.

Per rispondere a tale domanda occorre, innanzitutto, tenere presente gli artt. 34 e 35 della Direttiva O.E.I. che disciplinano, rispettivamente, la relazione intercorrente tra il nuovo regime di raccolta e l'acquisizione probatoria e gli altri strumenti giuridici esistenti in materia, nonché il regime transitorio da applicarsi alle richieste di assistenza giudiziaria ricevute anteriormente al 22 maggio 2017.

Uno dei dati che maggiormente preoccupa, infatti, è che il regime transitorio disciplinato dalla Direttiva si riferisca solo al periodo intercorrente tra la data di pubblicazione e quella individuata per la sua trasposizione.

Il provvedimento europeo nulla dice, infatti, in merito ad una situazione, come quella che si è venuta a creare, in cui la disciplina europea non riceva una puntuale attuazione all'interno di alcuni Stati membri nonostante si sia già superata la data ultima a partire della quale tutte le richieste riguardanti tale materia debbano trovare il proprio regime nei contenuti della Direttiva.

Lo Stato spagnolo ha, pertanto, sentito l'esigenza di tamponare, seppur con una soluzione transitoria, questa emergenza dettata da tale incertezza giuridica adottando un parere reso dalla Procura Generale dello Stato[433] in merito al regime da applicarsi in tali situazioni.

---

[431] Si sottolinea che tale Decisione quadro in materia di mandato di ricerca della prova, era già stata derogata dal Regolamento 2016/95 del 20 gennaio 2016.

[432] Ancora C. ARANGÜENA FANEGO, *Orden europea de investigación: próxima implementación en España del nuevo instrumento de obtención de prueba penal transfronteriza*, cit., 909-910.

[433] *Fiscalía General del Estado, Unidad de Cooperación internacional*, *Dictamen 1/17 de la Fiscal de sala de cooperación penal internacional sobre el régimen legal aplicable debido a la no transposición en plazo de la directiva de la orden europea de investigación y sobre el*

I punti di partenza da cui muove il parere della Procura Generale sono sostanzialmente due.

Il primo, di impostazione più rigida, secondo cui, applicando rigorosamente l'art. 34 della Direttiva, a partire del 22 maggio 2017 tutte le disposizioni precedenti sarebbero automaticamente sostituite.

Tuttavia, tale posizione, non terrebbe in considerazione la circostanza fattuale che vede in numerosi Stati membri (tra cui la Spagna) - nonostante abbiano proceduto all'attuazione del provvedimento europeo[434] - non sussistere un puntuale e serio quadro legislativo applicabile.

Ciò comporterebbe, di conseguenza, che questi Stati non possano far altro che ricorrere all'utilizzo del generico principio di reciprocità[435].

Tale "soluzione" non sarebbe, però, coerente con lo spirito di evoluzione del principio di riconoscimento mutuo e di cooperazione tra Stati, poiché determinerebbe imbarazzanti passi indietro rispetto a quanto conseguito con l'introduzione della Direttiva.

Il secondo muove dalla considerazione che sarebbe più ragionevole ritenere che la Direttiva sia applicabile solo nella misura in cui sia stata trasposta nel diritto interno[436], in quanto sarebbe difficile pretendere l'applicazione diretta di provvedimenti che richiedono di essere ancora concretamente attuati.

Pertanto, la soluzione più coerente con il quadro evolutivo della cooperazione tra Stati in materia penale, sarebbe quella che ritiene applicabili le convenzioni già utilizzate in materia (per cui è prevista la sostituzione da parte

---

significado de la expresión "disposiciones correspondientes" que sustituye dicha directiva. Si veda in proposito C. ARANGÜENA FANEGO, *Orden europea de investigación: próxima implementación en España del nuevo instrumento de obtención de prueba penal transfronteriza*, cit., 915.

[434] Al tempo in cui venne emanato il *Dictamen* della *Fiscalía General* avevano proceduto all"attuazione della Direttiva solo la metà degli Stati membri.

[435] Cfr. *Dictamen* 1/17 cit. pagina 5.

[436] Cfr. *Dictamen* 1/17 cit. pagine 5 e 6. Tale visione sarebbe supportata non solo dal tenore letterale dell"art. 34 della Direttiva che non parla di derogare i precedenti strumenti in materia, bensì di sostituirli, ma, anche dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea che in più di un'occasione ha confermato l'utilizzo delle Convenzioni precedenti allorquando le successive che intervengono in sostituzione non siano ancora state attuate. *Ex multis* si vedano: Corte Giust., sent. Goicoechea, causa C-296/08; Corte Giust., sent. Pupino, causa C-105/2003.

del nuovo strumento europeo di ricerca ed acquisizione probatoria) fino al momento della trasposizione della Direttiva.

Pare, tuttavia, opportuno che, nelle more, l'utilizzo delle convenzioni da sostituire all'atto della trasposizione della Direttiva, avvenga con un piccolo correttivo.

Difatti, la Procura Generale ha precisato che, anche se il regime transitorio consente il ricorso agli strumenti già esistenti, l'utilizzo di tali convenzioni deve necessariamente tenere presente nella misura più ampia possibile le disposizioni e lo spirito della Direttiva OEI.

Ciò significa che, quanto previsto dal provvedimento europeo, sebbene non abbia ancora trovato puntuale attuazione all'interno dello Stato, deve essere osservato e applicato, anche se la cooperazione viene, di fatto, realizzata attraverso l'utilizzo delle Convenzioni internazionali.

Tale soluzione è perfettamente coerente con il principio, più volte richiamato dalla Corte di Giustizia[437] - e confermato anche di recente dalla Corte costituzionale spagnola[438] - secondo il quale le direttive, anche se non trasposte, producono effetti all'interno degli Stati membri ad esse vincolati, fino al punto che i cittadini del singolo Stato membro possono esigere il riconoscimento dei diritti in esse contenuti.

Alla luce di tali considerazioni, pertanto, la Procura Generale ha dettato precise indicazioni sul regime che i pubblici ministeri dovranno applicare sia con riferimento alla procedura attiva, che a quella passiva.

In particolare, per quanto concerne la procedura passiva e, quindi, tutti quei casi in cui uno Stato membro inoltri alla Spagna una richiesta di assistenza o cooperazione giudiziaria, bisognerà distinguere in che modo la Spagna e/o lo Stato richiedente abbia trasposto la Direttiva da quella in cui, invece, l'emissione dell'ordine europeo di indagine avvenga da parte di uno Stato che abbia provveduto in maniera puntuale alla sua attuazione.

[437] Cfr. Corte Giust., sent. dell'8 maggio 2013, caso Marinov e Corte Giust., sentenza del 7 luglio 2016, caso Ambising e AICP (C- 46/2015).
[438] *Tribunal Constituciònal*, sentenza n. 13 del 30 gennaio 2017.

Se lo Stato richiedente avesse già attuato la normativa europea e dovesse inviare alla Spagna un ordine europeo d'indagine, il pubblico ministero spagnolo dovrà recepirlo con le stesse modalità e regole previste in tema di rogatoria considerato anche che tali richieste, così come previsto dalle convenzioni internazionali, non richiedono particolari formalità (*se non la specificazione di alcuni dati e informazioni che, in ogni caso, sarebbero richiesti anche per l'ordine europeo di indagine*).

L'utilizzo della rogatoria avverrà anche nei casi in cui neanche lo Stato richiedente abbia trasposto la Direttiva.

In entrambi i casi, l'esecuzione della richiesta sarà adattata nella maggior misura possibile a quanto previsto dalle disposizioni dettate dalla Direttiva[439].

Il parere reso dalla Procura Generale analizza, inoltre, l'ipotesi in cui la Spagna si ritrovi ad aver trasposto la Direttiva, ma riceva una richiesta da parte di uno Stato che non ha ancora proceduto alla sua attuazione.

Anche in questo caso l'orientamento è quello dell'utilizzo dello strumento rogatoriale purché nei limiti di una piena coerenza con quanto disposto dalla Direttiva.

Allo stesso modo, per quanto riguarda la procedura attiva e, quindi, i casi in cui la Spagna necessiti ed invii una richiesta di assistenza giudiziaria, il parere della Procura Generale stabilisce che la Spagna, nelle more della piena attuazione della Direttiva, dovrà basarsi sulla disciplina dettata per la rogatoria inserendo tutte le informazioni richieste dalla normativa sull'ordine europeo di indagine.

Dal momento in cui, invece, la Spagna avrà trasposto la disciplina europea dovrà emettere l'ordine a prescindere dal fatto che lo Stato membro destinatario della richiesta abbia già provveduto alla trasposizione del provvedimento europeo.

In conclusione, il parere della Procura Generale è nel senso che, fino al momento dell'attuazione della Direttiva, i pubblici ministeri spagnoli dovranno ricorrere agli strumenti precedentemente utilizzati con la precisazione che le procedure poste in essere sulla base di tali strumenti dovranno essere conformi

[439] Cfr. *Dictamen* 1/17 cit. pagina 9.

a quanto previsto dalla Direttiva, sia per quanto riguarda il contenuto che la forma.

III.3.1 Il progetto di riforma della Ley 23/2014 sul reciproco riconoscimento.

La *Ley de reconocimiento mutuo* n° 23/2014 del 20 novembre, poi modificata con la *Ley 3/2018*, ha portato nel diritto spagnolo all'unificazione normativa, in un unico testo, delle decisioni e delle direttive adottate in materia.

Difatti, il già richiamato progetto di riforma del 14 luglio 2017 [440], approvato in primo ordine dal Consiglio dei ministri nel novembre 2017 [441], ha modificato la *Ley* del 2014 sopra citata, provvedendo all'attuazione della Direttiva europea sull'ordine di indagine attraverso piccole integrazioni (rese, peraltro, necessarie già all'indomani dell'entrata in vigore della legge).

Il criterio seguito per il recepimento si basa sui principi di buona regolamentazione, necessità ed efficacia e sull'adempimento dell'obbligo di fedeltà al testo della Direttiva, da attuarsi con la riforma minima delle normative vigenti, per soddisfare la necessità di mantenere quel quadro normativo unico e stabile già conseguito con la LRM.

Il progetto è strutturato in un unico articolo con dieci paragrafi, una disposizione supplementare unica, una disposizione unica transitoria, sei disposizioni finali.

È proprio il paragrafo nove dell'articolo unico che prevede l'introduzione di un nuovo Titolo X che disciplina l'ordine europeo d'indagine, sostituendo il mandato di ricerca della prova (già abrogato dal regolamento (UE) 2016/95 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 gennaio 2016[442]).

---

[440] Meglio noto come *Anteproyecto de Ley*.

[441] Di seguito richiamato con il termine *Proyecto*, Progetto di legge o Progetto di riforma. Un primo contributo sul Progetto nella sua prima versione di *Anteproyecto de Ley* è offerto da C. ARANGÜENA FANEGO, *Orden europea de investigación: próxima implementación en España del nuevo instrumento de obtención de prueba penal transfronteriza*, cit., 905-939.

[442] *Proyecto de Ley por la que se modifica la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, para regular la Orden Europea de Investigación*, pubblicato in Boletín Oficial del Estado (B.O.E.) n. 14-1 del 1

Questo Titolo[443] è strutturato sulla scorta dello schema della legge sulla quale interviene e, quindi, contiene un capitolo di questioni generali attinenti all'ordine d'indagine, completato da altri concernenti l'emissione e l'esecuzione dell'ordine, nonché alcune modifiche strettamente connesse a profili rispetto ai quali, come anticipato, la necessità di intervenire si era manifestata già a ridosso dell'entrata in vigore della *Ley* 23/2014[444].

---

dicembre 2017. In coerenza con quanto precede si prevede la sostituzione dell'allegato XIII della legge 23/2014 (che corrispondeva all'allegato concernente il mandato di ricerca della prova) includendo nella modifica le previsioni e gli allegati inerenti all'ordine europeo di indagine.

[443] Inoltre, la legge introduce attraverso tre disposizioni finali la riforma della legge 1/2000, del 7 gennaio, sul Processo civile, la riforma della legge 1/1996, del 10 gennaio in materia di assistenza legale gratuita e della legge 2/2014, del 25 marzo, sull'azione e il servizio estero dello stato. Il primo, in occasione della domanda a partire dal 18 gennaio del 2017 del Regolamento (UE) n. 655/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 maggio 2014, che stabilisce la procedura relativa all'ordine europeo di tenere conti per semplificare la riscossione transfrontaliera dei debiti in materia civile e mercantile. Data la necessità di adeguare il sistema giuridico spagnolo alla procedura che prevede la ritenuta dei conti, una nuova disposizione definitiva è introdotta nell'atto di procedura civile sulle misure per facilitare l'applicazione dell'ordine europeo per la conservazione dei conti a seguito di quelli già adottati per l'attuazione di altri strumenti europei. Il secondo emendamento alla parte finaleintende adeguare la legge 1/1996 del 10 gennaio, di assistenza legale gratuita alla Direttiva (UE) 2016/1919 sopra citata. Infine, il terzo emendamento è volto a recepire la Direttiva del Consiglio (UE) 2015/637 del 20 aprile 2015 relativa alle misure di coordinamento e di cooperazione per facilitare la protezione consolare dei cittadini dell'Unione non rappresentati nei paesi terzi e che abroga la Decisione 95/553/CE, in quelle aree in cui è richiesto l'intervento giuridico.

[444] Ci si riferisce, in primo luogo, al capitolo sull'attuazione del mandato d'arresto europeo il quale è modificato al fine di adeguarlo ai requisiti dei diritti stabiliti per il detenuto dalla Direttiva 2013/48/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 22 ottobre 2013 sul diritto all'assistenza giudiziaria nei procedimenti penali e nelle procedure relative al mandato d'arresto europeo, nonché ai diritti contenuti nella Direttiva (UE) 2016/800 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 maggio 2016, relativo alle garanzie procedurali dei minori sospettati o accusati in procedimenti penali. La modifica tiene conto dell'esistenza dell'ufficio di recupero e gestione patrimoniale e del ruolo acquisito dagli strumenti di sequestro e confisca, al fine di migliorare l'efficienza delle prestazioni nell'ambito del riconoscimento reciproco, e profilando aspetti che sostengano meglio l'articolazione della Decisione quadro 2006/783/GAI del Consiglio, del 6 ottobre 2006, sull'applicazione del principio del mutuo riconoscimento delle risoluzioni di confisca. Viene, inoltre, modificata la norma per il recepimento di taluni aspetti della Direttiva (UE) 2016/1919 del Parlamento europeo e il Consiglio del 26 ottobre 2016, concernente l'assistenza legale gratuita ai sospetti e agli imputati in procedimenti penali e persone ricercate al fine di garantire l'efficacia del diritto di assistenza nell'ambito di una procedura europea di cattura degli ordini in conformità della Decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio.

Per quanto concerne le previsioni in materia di ordine europeo di indagine, dopo aver specificato i tratti generali della materia e previsto che per tali richieste (sia in caso di emissione che di esecuzione) debbano essere utilizzati specifici formulari e disposto le regole in materia di ripartizione dei costi delle operazioni, l'art. 14 del *Proyecto* prevede che l'intero Titolo X della LRM venga così interamente sostituito.

Esattamente come effettuato dalla Direttiva, anche la proposta di legge di attuazione si apre con la definizione dell'ordine europeo di indagine penale e con la delimitazione dei confini della sua operatività, entrambi perfettamente sovrapponibili a quanto disposto nel provvedimento europeo.

Per quanto riguarda le autorità competenti[445], viene individuato quale autorità di emissione il giudice che conosce il processo in cui si deve acquisire o deve essere ammessa la prova che si richiede con l'ordine d'indagine o, nel caso in cui il processo sia già in fase di dibattimento, il giudice che abbia ammesso la prova.

Allo stesso modo sono ritenuti competenti i pubblici ministeri nell'ambito dei procedimenti da questi diretti, purché la misura richiesta con l'ordine di indagine non incida su diritti fondamentali.

Per quanto concerne, invece, la ricezione dell'ordine, la normativa individua quale autorità competente il pubblico ministero.

Qui occorre subito soffermarsi per sottolineare la piena coincidenza tra la normativa spagnola e quella italiana con riferimento all'individuazione delle autorità competenti.

Tale dato non deve essere sottovalutato poiché la differente struttura del processo spagnolo, nel quale il protagonista delle indagini preliminari è il *juez de instrucción* che corrisponde – sebbene con poteri e un ruolo decisamente distinto – al giudice per le indagini preliminari, rispetto al processo italiano in cui l'organo di assoluta centralità nella fase delle indagini è il pubblico ministero, si sarebbe potuta riflettere nell'individuazione dell'autorità competente.

[445] Le autorità competenti designate possono emettere ordini di indagine penale per l'attuazione di misure che possono essere ordinate o eseguite in conformità della LECRIM e della legge 5/2000 del 12 gennaio, che disciplina la responsabilità penale dei minori.

In particolare, il *Proyecto* prevede (esattamente come il decreto legislativo di attuazione italiano) che, una volta ricevuto l'ordine e dopo aver avvisato l'autorità emittente dell'avvenuta ricezione della richiesta, il pubblico ministero sarà competente al riconoscimento e alla sua esecuzione qualora il provvedimento non contenga alcuna limitazione dei diritti fondamentali. Diversamente, quando l'ordine europeo preveda una misura limitativa dei diritti fondamentali che non può essere sostituita da altra meno restrittiva, l'ordine dovrà essere inoltrato all'organo giudiziario per il suo riconoscimento e la conseguente esecuzione[446].

Tale provvedimento sarà, altresì, sottoposto al giudice in tutti quei casi in cui sia espressamente indicato dall'autorità di emissione che la misura richiesta con l'ordine europeo di indagine debba essere effettuata da un organo giurisdizionale[447]. In tale ipotesi è previsto che l'ordine debba essere accompagnato da una relazione obbligatoria dell'ufficio del Procuratore in cui si pronuncia sulla sussistenza o meno di cause di rifiuto dell'esecuzione dell'ordine, e se l'adozione di ciascuna delle misure di indagine che l'ordine contiene risulta giustificata[448].

L'organo giudiziario a cui viene demandata l'esecuzione dovrà, quindi, dare avviso al pubblico ministero del riconoscimento e, successivamente, dell'esecuzione delle misure investigative nonché dell'invio dei risultati

---

[446] Il *Proyecto* si cura di specificare le regole sulla ripartizione delle competenze sancendo che conosceranno dell'esecuzione dell'OEI: "a) i giudici di istruzione del Tribunale ordinario o del Tribunale dei minori nel luogo in cui devono essere praticate le misure di indagine. Se non esiste un elemento di connessione territoriale per poter realizzare la competenza, i magistrati di Madrid saranno competenti; b) i magistrati inquirenti centrali se l'ordinanza europea di indagine è stata emessa per un reato di terrorismo o altri reati di cui l'udienza nazionale è perseguita, o se è la notifica di cui all'articolo 222.; c) il giudice centrale ordinario o del Tribunale per i minori in caso di trasferimento allo stato di emissione di persone private di libertà in Spagna, conformemente alle disposizioni dell"articolo 214". Cfr. *Proyecto de reforma de la LRM 23/2014, de 11 de julio 2017*, così come emendato in sede di approvazione del Consiglio dei Ministri, in relazione alla modifica dell"art. 187 comma 3 *LRM*.

[447] A tal proposito, pare interessante segnalare che, per quanto coincidenti, la disciplina spagnola risulta più completa e specifica rispetto a quella italiana dal punto di vista dell'individuazione dell'organo competente. L'art. 187 comma 3 PLRLRM infatti, nella sua versione riformata precisa addirittura chi sarà l"organo competente in caso di delitti checoinvolgano minori d"età o di terrorismo.

[448] Cfr. art. 187 comma 2 PLRLRM.

conseguiti all'autorità emittente[449].

In relazione a quanto ritenuto, possiamo evidenziare una piccola differenza rispetto al decreto di attuazione d. 108 del 2017 che, invece, si limita a prevedere che nei casi in cui sia il giudice a dover provvedere questi, ricevuta la richiesta, autorizza l'esecuzione previo accertamento delle condizioni per il riconoscimento dell'ordine di indagine e, se non diversamente disposto, provvede all'esecuzione in camera di consiglio.

Non viene, quindi, ritenuta necessaria da parte del legislatore italiano alcuna previa relazione da parte dell'ufficio del Procuratore[450].

III.3.1.1 Il regime di emissione e trasmissione dell'ordine europeo di indagine penale da parte dello Stato Spagnolo

Per quanto attiene al regime generale di emissione e trasmissione dell'ordine europeo di indagine, il modificato art. 188 PLRLRM prevede quale debba essere il contenuto del provvedimento ricalcando puntualmente quanto sancito dall'art. 5 della Direttiva e precisando, inoltre, che debbano essere indicate le formalità ed i procedimenti che siano espressamente rispettati dallo Stato di esecuzione.

La stessa norma prevede e disciplina l'ipotesi dell'emissione di un ordine europeo d'indagine integrativo, già previsto dall'art. 8 della Direttiva, stabilendo che possa essere emesso un ulteriore ordine, aggiuntivo a uno già completato, allorquando ciò risulti necessario per l'ottenimento di nuove prove per lo stesso processo penale.

Tale secondo ordine, che dovrà essere redatto secondo le stesse formalità che sono previste per le richieste OEI, dovrà contenere, altresì, lo specifico riferimento alla connessione con l'ordine precedente[451].

L'art. 189 LRM nella versione modificata dal Progetto si occupa, invece, specularmente all'art. 6 della Direttiva, delle condizioni per l'emissione dell'OEI

[449] Cfr. art. 187 comma 3, ultimo periodo PLRLRM.

[450] Cfr. art. 5 d.lgs. n. 108 del 2017.

[451] L'art. 188 PLRLRM prevede, che se l'autorità competente spagnola sia in una fase di collaborazione nell'attuazione dell'ordine europeo di ricerca nello Stato di esecuzione, può direttamente trasmettere all'autorità di esecuzione l'ordine quando si trovi in detto Stato.

aggiungendo che l'autorità spagnola competente possa indicare nell'ordine richiesto, un periodo più breve di quello previsto in generale per l'esecuzione della misura, o che l'atto di indagine venga effettuato in una data specifica sulla base della gravità del reato o su altre circostanze che ne fanno emergere l'urgenza.

Come disposto nella Direttiva OEI, il provvedimento di attuazione nella riforma dell'art. 190 PLRLRM prevede che l'autorità spagnola possa richiedere espressamente all'autorità di esecuzione di essere avvisata, senza ritardo, allorquando questa ritenga più opportuno che sia fatto ricorso ad un diverso tipo di atto di indagine, o nel caso in cui non possa eseguire l'ordine secondo le formalità espressamente richieste.

Tale previsione, come si vedrà in seguito, è racchiusa anche all'interno del decreto di attuazione emanato in Italia[452].

Si tratta di una delle molteplici disposizioni introdotte dal legislatore europeo volte alla ricerca di ogni soluzione possibile che garantisca il buon esito della cooperazione.

La *ratio* è da rinvenire nella circostanza che, preso coscienza delle differenze di regolamentazione della materia probatoria da parte dei diversi Stati dell'Unione Europea, l'unico modo per poter pervenire ad una cooperazione reale ed effettiva è quello di dare atto di queste differenze e, nei casi in cui siano insormontabili, trovare un altro strumento che sia in linea con i principi e le regole in materia di prova di entrambi gli Stati e che sia idoneo a garantire il raggiungimento del medesimo obiettivo.

Quando l'autorità di esecuzione comunica che il risultato perseguito dall'ordine europeo d'indagine può essere raggiunto con una misura meno restrittiva rispetto a quella richiesta dall'autorità emittente o che, tale misura, non esiste o non è prevista in un caso interno analogo, ma vi è un'altra misura diversa che può essere adattata ai fini dell'ordine, l'autorità spagnola, secondo il disposto del nuovo art. 192 LRM dovrà darle avviso, entro dieci giorni, se decide di ritirare, modificare o completare il provvedimento europeo.

[452] Cfr. *infra* par. III.3.1.1.1.

Il provvedimento di attuazione della Direttiva riforma, inoltre, l'art. 191 LRM prevedendo l'ipotesi in cui l'autorità spagnola abbia interesse a partecipare direttamente alle operazioni d'indagine che richiede con l'ordine.

Tale partecipazione – prevista, come si vedrà, anche all'interno dell'art. 29 del decreto di attuazione emanato in Italia - potrà essere richiesta allorché tale intervento sia previsto in un caso interno analogo, giustificando le ragioni per cui si reputi maggiormente opportuna la presenza dell'autorità spagnola durante l'esecuzione dell'ordine europeo.

In tale ipotesi i risultati delle operazioni d'indagine potranno esserle trasmessi direttamente dall'autorità di esecuzione.

Infine, l'art. 193 PLRLRM, nell'obiettivo di offrire un'ulteriore garanzia e tutela con riferimento ai dati personali che siano stati ottenuti in ragione dell'esecuzione di un ordine europeo di indagine, va oltre il dettato generico dell'art. 20 della Direttiva e prevede, nello specifico, che questi possano essere utilizzati solo nei processi in cui tale uso sia stato concordato o, eccezionalmente, al fine di prevenire una minaccia immediata e grave per la sicurezza pubblica. Diversamente, al fine di utilizzare i dati personali ottenuti per altri scopi, l'autorità spagnola competente dovrà richiedere il consenso dell'autorità dello Stato di esecuzione o del titolare dei dati.

In ogni caso, quando l'autorità di esecuzione lo richieda, l'autorità spagnola dovrà riferire le informazioni relative all'utilizzo dei dati.

Qui si può scorgere una rilevante differenza rispetto al provvedimento italiano di recepimento, il quale dando vita ad un'importante lacuna, non ha previsto l'inserimento di una tale previsione all'interno del suo articolato.

III.3.1.1.1 L'emissione dell'ordine per il compimento di atti d'indagine specifici

La normativa di attuazione, posta a fondamento della *Ley* di riforma 3/2018, segue l'ordine della Direttiva e analizza, quale prima misura specifica, il trasferimento temporaneo in Spagna di una persona detenuta nello Stato di esecuzione[453].

In relazione al predetto assunto, l'art. 195 PLRLRM prevede che l'autorità spagnola competente emetta un ordine europeo d'indagine a condizione che lo Stato spagnolo non intenda perseguire penalmente tale soggetto (*nel qual caso dovrebbe optare per l'emanazione di un mandato d'arresto europeo*). Le disposizioni pratiche concernenti il trasferimento temporaneo, le condizioni di privazione della libertà e le date di partenza e di ritorno vengono concordate dalle autorità di emissione e di esecuzione, conformemente alle disposizioni degli articoli 12 e 27 LRM, tenendo conto delle condizioni fisiche e mentali della persona interessata, nonché del livello di sicurezza richiesto in Spagna.

Sempre in termini del tutto sovrapponibili al disposto della Direttiva, la persona trasferita rimarrà priva di libertà in Spagna per i fatti e alle condanne per i quali si trovava in regime di restrizione della libertà personale nello Stato di esecuzione e non potrà essere perseguita, trattenuta o soggetta a qualsiasi altra restrizione, per atti o condanne anteriori alla sua partenza dal territorio dello Stato di esecuzione che non sono state specificate nell'ordine[454].

Il novellato art. 196 PLRLRM, specularmente all'art. 23 della Direttiva, contempla, invece, l'ipotesi inversa in cui lo Stato spagnolo abbia necessità di trasferire un soggetto detenuto in Spagna nello Stato di esecuzione al fine del compimento dell'atto d'indagine[455].

La misura del trasferimento di soggetto detenuto, come si avrà modo di vedere anche nei paragrafi successivi concernenti l'attuazione del provvedimento

[453] La disciplina europea è contenuta all'interno dell'art. 22 della Direttiva OEI.

[454] Tuttavia, questa immunità è annullata quando la persona permanga in territorio spagnolo oltre quindici giorni dopo che la sua presenza nel territorio dello Stato non sia più richiesta.

[455] La norma prevede, a tal riguardo, la piena applicabilità dell'art. 214 LECRIM il quale recita testualmente: *"Los Secretarios tendrán obligación de poner, sin la menor demora y bajo su responsabilidad, en conocimiento del Juez o Tribunal el vencimiento de los términos judiciales, consignándolo así por medio de diligencia".*

europeo in Italia[456], vuole essere considerata l'*ultima ratio* cui ricorrere solo nel caso in cui si riscontri la non idoneità di altro mezzo (meno invasivo) al raggiungimento dell'elemento probatorio ritenuto necessario per il processo in corso.

Si vuole, infatti, evitare di fare ricorso al trasferimento - nella misura in cui ciò sia possibile - per non incorrere in ulteriori compressioni dei diritti fondamentali causate dall'utilizzo di misure coercitive, allorquando sia possibile optare per altro strumento di acquisizione probatoria e, quindi, nei casi in cui la misura maggiormente invasiva sia sostituibile.

Occorre, inoltre, riflettere anche su un ulteriore motivo che dovrebbe far propendere l'autorità giudiziaria a contemplare la misura del trasferimento come ultima spiaggia: le lungaggini della procedura che tale attività comporta.

Tali ragioni ci portano ad affermare che evitare il trasferimento del soggetto detenuto, in luogo dell'utilizzo di altra attività probatoria, comporta un vantaggio non solo nel quadro della tutela delle garanzie derivanti dai diritti fondamentali propri dell'Unione Europea, bensì anche nei termini di una più rapida (e quindi migliore) gestione della procedura di indagine transfrontaliera.

La disciplina prosegue poi con il regime degli atti investigativi compiuti attraverso il ricorso a misure tecnologiche.

L'evoluzione della criminalità moderna cammina di pari passo con l'evoluzione della tecnologia che permette, oggi, ai soggetti che intendono commettere attività criminose, di agire con una preoccupante facilità.

L'utilizzo degli strumenti informatici e tecnologici caratterizza ormai la grande maggioranza delle attività criminose transfrontaliere.

Pertanto, di fronte al ricorso alla tecnologia da parte della criminalità, la risposta più adeguata non può che essere data dall'utilizzo degli stessi strumenti tecnologici per il contrasto ai suddetti fenomeni.

Questo contrasto non può realizzarsi più efficacemente se non nella prevenzione per mezzo di accertamenti occulti (c.d. attività di *intelligence*) e nella repressione attraverso la raccolta di elementi probatori tramite indagini

[456] Il trasferimento di soggetti detenuti si rinviene negli artt. 16 e 17 del dec. Att. per quanto concerne la procedura passiva e degli artt. 37 e 38 del medesimo provv. per la procedura attiva.

digitali, informatiche e tecnologiche.

Il ricorso alla scienza tecnologica[457], infatti, come riflesso negli strumenti presi in considerazione dalla Direttiva OEI (e, conseguentemente dai provvedimenti emanati per la sua attuazione) è ormai realizzato nella totalità delle indagini penali in ragione dei molteplici e differenti vantaggi che gli organi giurisdizionali, inquirenti e di polizia giudiziaria ne traggono dal loro utilizzo.

Il nuovo art. 197 PLRLRM apre la disciplina degli strumenti tecnologici di acquisizione probatoria regolando l'audizione tramite videoconferenza e altri mezzi di trasmissione audiovisivi, in attuazione dell'art. 24 della Direttiva[458].

La norma prevede che se l'autorità spagnola ritiene necessario ascoltare un indagato, un testimone o un perito che si trovi nel territorio di un altro Stato membro, questa potrà emettere un ordine europeo d'indagine affinché tale dichiarazione venga effettuata mediante videoconferenza o altri mezzi di trasmissione audiovisiva concordando le modalità di audizione con l'autorità di esecuzione[459].

Si scorge subito l'utilità dello strumento di analisi.

---

[457] La Spagna rappresenta, indubbiamente, uno dei Paesi europei più all'avanguardia per quanto concerne la regolamentazione e l'utilizzo degli strumenti tecnologici nelle indagini e nei procedimenti di acquisizione probatoria. Ciò anche in considerazione della citata recente riforma della LECRIM avvenuta nell'ottobre del 2015, con la quale si è provveduto ad una migliore e puntale regolamentazione di ciascuno di tali strumenti attraverso l'introduzione nel *Libro secundo* del *Capitulo* IV.

[458] In dottrina si vedano, *ex multis*: J. J. TIRADO ESTRADA, *La audición por videoconferencia como instrumento de auxilio internacional en el proceso penal. Especial referencia a su compatibilidad con el Ordenamiento Jurídico interno español*, in Estudios jurídicos. Ministerio Fiscal, 2003, 3, 383 ss.; V. MAGRO SERVET, *Las nuevas tecnologías enel proceso penal: en particular el uso de la videoconferencia*, in Estudios de derecho judicial, 2004, 58, 177 ss.

[459] Il contenuto dell'art. 197 LRM così come formulato dall'*Anteproyecto de ley* presentato nel luglio 2017 (che precede l'attuale Progetto di riforma che ha trovato consenso dinnanzi al Consiglio dei Ministri), prevedeva che l'audizione del testimone e del perito potessero essere effettuate anche tramite teleconferenza (secondo quanto previsto nei paragrafi 2, 3, 4 e 5 dell'art. 216) in tutti quei casi in cui non si fosse possibile ricorrere allo strumento audiovisivo e solo nei casi in cui non risultasse maggiormente opportuno la comparizione del soggetto nel territorio dello Stato di emissione. In sede di approvazione da parte del Consiglio dei Ministri èstata rimossa tale previsione. Di fatti, si è ritenuto che, essendo questo un mezzo di prova non previsto né consentito all'interno dell'ordinamento spagnolo, non fosse opportuno disciplinarli.

Si pensi, infatti, a tutte le ipotesi in cui l'indagato o il testimone siano detenuti all'interno di un altro Paese, e l'autorità spagnola abbia assoluta necessità di sentirli ai fini di un procedimento in corso in Spagna.

È evidente che l'audizione tramite videoconferenza permette di evitare il ricorso allo strumento (maggiormente invasivo) del trasferimento del soggetto detenuto, con un evidente vantaggio dato dal minor tempo necessario per l'ottenimento del risultato probatorio ricercato.

Proprio per questo motivo, nella finalità di garantire nella misura maggiore possibile l'utilizzo di tale strumento, il legislatore europeo ha previsto che qualora l'autorità di esecuzione non disponesse dei mezzi tecnici necessari per procedere mediante videoconferenza (o mediante altri mezzi di trasmissione audiovisiva), l'autorità spagnola competente che ne sia dotata potrà, previo accordo, metterli a sua disposizione[460].

L'art. 198 PLRLRM disciplina, invece, le ipotesi in cui l'autorità spagnola debba determinare se la persona fisica o giuridica soggetta a procedimento penale sia titolare o abbia il controllo di uno o più conti o depositi in una banca o in un altro istituto finanziario che si trova nel territorio dello Stato di esecuzione e, in caso affermativo, ottenere i dati dai conti e depositi identificati.

In tali ipotesi l'ordine europeo di indagine (secondo quanto disposto anche dalla Direttiva all'art. 26, rispetto al quale il *Proyecto* pare essere, ancora una volta, perfettamente coerente) dovrà contenere l'indicazione puntuale dei conti per i quali la persona oggetto del procedimento esercita il controllo e le ragioni per cui si ritiene che le informazioni richieste siano necessarie per il processo penale, nonché quelle per le quali si presuppone che il conto sia in una banca o in altra istituzione finanziaria dello Stato di esecuzione.

---

e, conseguentemente, utilizzarlo, nel caso in cui l'atto di indagine fosse richiesto tramite lo strumento di mutuo riconoscimento europeo. Per un approfondimento sull'*Anteproyecto* si rinvia ancora all"articolo di C. ARANGÜENA FANEGO, *Orden europea de investigación: próxima implementación en España del nuevo instrumento de obtención de pruebatransfronteriza*, cit.

[460] Previsione attuata anche dalla Spagna ed inserita nel medesimo articolo 197 PLRLRM. La disciplina sancita dal legislatore italiano, come si vedrà nei paragrafi III. 4. 1. 2 e III. 4. 2. 2 ricalca perfettamente quanto sancito dalla Direttiva e, conseguentemente, quanto racchiuso nel Progetto di riforma emanato dalla Spagna.

L'autorità spagnola competente potrà, inoltre, ai sensi del nuovo art. 199 PLRLRM, e sempre motivando le ragioni che fondano la richiesta, emettere un ordine europeo d'indagine per ottenere i dati relativi a conti bancari specifici, operazioni bancarie già effettuate (o che devono essere effettuate entro un determinato periodo) mediante uno o più conti, e operazioni finanziarie effettuate da istituzioni finanziarie non bancarie.

Tali scambi di informazioni rappresentano strumenti di assoluta centralità nella cooperazione giudiziaria sia per la rapidità della procedura, che in ragione del fatto che permettono l'accesso ad una serie di dati la cui conoscibilità, per l'autorità che svolge le indagini, è indispensabile per il proseguimento e il buon esito delle stesse qualora riguardino i fenomeni delittuosi attualmente più diffusi di criminalità transnazionale.

In attuazione dell'art. 28 della Direttiva, l'art. 200 PLRLRM prevede la possibilità dell'emissione di un ordine di indagine per l'acquisizione di elementi di prova in tempo reale, in modo continuo e per un periodo determinato.

Il dettato dell'art. 200 PLRLRM, tuttavia, non sancisce una puntuale disciplina della materia.

Si orienta, piuttosto, a limitarsi a prevedere la possibilità dell'utilizzo di tali strumenti, probabilmente in ragione della circostanza che tali atti d'indagine trovano una disciplina dettagliata e puntuale all'interno del codice di procedura penale spagnolo cui si ritiene si debba di volta in volta rimandare[461].

Allo stesso modo, l'art. 201 PLRLRM non si sofferma nel disciplinare l'acquisizione di atti d'indagine attraverso attività sotto copertura.

La riforma della LECRIM effettuata dalla LO 13/2015 del 5 ottobre, infatti, aveva apportato una modifica all'art. 282 *bis* in materia di agente sotto copertura (c.d. *agente encubierto*).

[461] Cfr. art. 588 *bis* a) ss. LECRIM. Per un approfondimento sul tema si veda, in particolare, J. L. GONZÁLEZ - MONTES SÁNCHEZ, *Reflexiones sobre el proyecto de Ley Orgánica de modificación de la LECRIM para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica*, in Revista electrónica de ciencia penal y criminología, 17, 2015.

La disciplina prevede che nelle indagini concernenti attività di criminalità organizzata (tassativamente indicati al comma 4 dell'art. 282 *bis*), il giudice o il pubblico ministero possano autorizzare gli agenti di polizia giudiziaria, mediante un provvedimento che motivi accuratamente la necessità dello strumento ai fini delle indagini, di agire "sotto copertura" con un'identità rilasciata dal Ministero dell'interno per il periodo di sei mesi (prorogabile per periodi di pari durata) al fine di acquisire gli oggetti, gli effetti e gli strumenti del reato (autorizzandolo, in tal senso, al differimento delsequestro).

L'interessante novità in materia, introdotta con la riforma del 2015, riguarda la previsione della figura dell'*agente encubierto informatico* all'interno dei commi 6 e 7 del medesimo articolo.

La previsione di una figura di tale portata assume rilevanza alla luce della possibilità conferita all'agente all'uopo autorizzato di agire sotto copertura anche tramite l'invio e scambio di materiale illecito al fine di analizzare i risultati degli algoritmi applicati per identificare gli archivi illeciti detenuti dalla criminalità organizzata.

Tale attività potrà essere autorizzata, in caso di procedimenti in corso riguardanti i reati indicati nel "nuovo" *Capítulo IV*, in particolare dal comma 4 dell'art. 588*ter* a) LECRIM[462].

[462] La disciplina puntuale di tali attività all'interno del codice di procedura penale spagnolo desta invidia per ordinamenti come quello italiano che non conoscono una altrettanto "ordinata" disciplina dell'agente sotto copertura. In Italia, infatti, tale attività è genericamente regolate da un complesso di fonti normative che richiedono un'interpretazione sistematica alla luce del loro combinato disposto ossia: la legge 146 del 2006 di *Ratifica ed esecuzione della Convenzione e dei Protocolli delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale, adottati dall'Assemblea generale il 15 novembre 2000 ed il 31 maggio 2001*, pubblicata in GU n. 85 del 11 aprile 2006 - Suppl. Ordinario n. 91; il codice penale (in particolare l'art. 51 c.p.); il codice di procedura penale; gli artt. 97 e 98 del d.p.r. 9 ottobre 1990 n. 309 in materia di stupefacenti; l'art. 12 *quater* del d.l. 8 giugno 1992 n. 306 convertito con modificazione nella l.7 aprile 1992 n. 356 in materia di contrasto alla criminalità organizzata di stampo mafioso; l'art. 10 del d.l. 31 dicembre 1991 n. 419 convertito con modificazioni nella l. 18 febbraio 1992, n. 172 in materia di estorsione, riciclaggio ed usura; l'art.7 del d.l. 15 gennaio 1991 n. 8 convertito con modificazioni nella l. 15 marzo 1991, n. 82 in materia di sequestro di persona a scopo di estorsione; l'art. 14 della l. 3. agosto 1998 n. 269 per le attività di contrasto della prostituzione e pedofilia infantile; l'art. 4 d.l. 18 ottobre 2001 n. 374, convertito in l. 15 dicembre 2001 n. 438 per il contrasto al terrorismo internazionale. È evidente, infatti, il pericolo di confusione dato dalla quantità di fonti normative cui deve farsi riferimento per l'espletamento di tale attività.

Ponendo ora l'accento, sull'art. 202 PLRLRM in materia di intercettazioni, il testo prevede che l'autorità spagnola competente emetta un ordine europeo d'indagine quando ritiene necessario captare un'utenza telefonica che si trovi nel territorio di altro Stato membro e debba ricorrere alla sua assistenza tecnica[463].

L'ordine europeo finalizzato all'intercettazione deve obbligatoriamente indicare le ragioni per cui l'intervento è necessario ai fini del procedimento penale.

Il provvedimento, inoltre, deve specificare tutte le informazioni necessarie per l'identificazione della persona interessata dalla captazione, nonché i termini e la durata delle operazioni e i dati tecnici indispensabili a identificare la persona destinataria del provvedimento.

Il medesimo articolo precisa, inoltre, che si possa richiedere la trascrizione, decodificazione o la decriptazione anche durante le operazioni, purché le modalità vengano concordate con l'autorità di esecuzione.

In ogni caso l'autorità spagnola può consultarsi con l'autorità di esecuzione per quanto riguarda le modalità con cui l'ordine europeo deve essere eseguito e, in particolare, sulla decisione di procedere direttamente alla captazione delle comunicazioni od ottenere i risultati dallo Stato di esecuzione una volta che le operazioni di intercettazione siano terminate.

La disciplina prevista dal *Proyecto* regola, poi, i casi in cui l'intercettazione dell'utenza situata in altro Stato membro non richieda l'assistenza necessaria di detto Stato.

L'art. 204 PLRLRM, a tal proposito, sancisce che l'intercettazione debba essere comunque notificata allo Stato in cui si trova l'utenza, mediante apposito formulario, prima dell'inizio delle operazioni quando è noto che la persona destinataria della captazione si trovi (o si troverà) nel territorio dell'altro Stato membro oppure durante (o dopo) l'intervento, successivamente a tale riscontro ottenuto a seguito dell'intercettazione.

[463] L'art. 202 PLRLRM precisa che se l'assistenza tecnica può essere fornita da più di uno Stato membro, l'ordine europeo di ricerca verrà comunque trasmesso soltanto ad uno di essi dando sempre priorità allo Stato membro in cui si trovi l'indagato/imputato.

L'autorità spagnola, che ha autorizzato l'intercettazione, non deve effettuarla o terminarla in tutti i casi in cui l'autorità dello Stato di esecuzione abbia esplicitamente comunicato che il materiale ottenuto non possa essere utilizzato.

In tale ipotesi essa ordinerà, conseguentemente, la distruzione di quanto ottenuto tramite le operazioni di intercettazione[464].

A prescindere dalla regolamentazione specifica della procedura che deve essere seguita per l'ordine europeo di indagine concernente la captazione di conversazioni, si deve ricordare che, anche con riferimento alle intercettazioni, la Spagna è dotata di una moderna disciplina articolata e dettagliata, introdotta in occasione della riforma della LECRIM del 2015[465], di cui dovrà necessariamente tenersi conto anche ai fini dell'utilizzabilità dei risultati probatori ottenuti.

Infine, il novellato art. 203 PLRLRM, specularmente all'art. 32 della Direttiva, si occupa del sequestro probatorio, unico sequestro contemplato e disciplinato dalla Direttiva OEI.

---

[464] Pare opportuno sottolineare la differenza del tenore letterale tra il Progetto di legge spagnolo e la disciplina di attuazione italiana. Infatti, mentre l'art. 204 paragrafo 2 PLRLRM, recita testualmente *"En el caso de que la autoridad competente del Estado notificado informara de que el material obtenido no puede ser utilizado, la autoridad española competente ordenará su destrucción"*, mentre il comma 3 dell'art. 44 del decreto legislativo recita: "Il pubblico ministero dispone l'immediata cessazione delle operazioni di intercettazione quando l'autorità giudiziaria dello Stato membro, ricevuta l'informazione di cui ai commi 1 e 2, comunica che non possono essere eseguite o proseguite. I risultati dell'intercettazione possono comunque essere utilizzati alle condizioni stabilite dall'autorità giudiziaria dello Stato membro". Mentre la disciplina spagnola prevede che lo Stato di esecuzione possa dettare la non utilizzabilità dei risultati raccolti fino a qual momento, la disciplina italiana sembrerebbe consentire, seppur "alle condizioni stabilite" dall'autorità di esecuzione, una loro automatica utilizzabilità. L'art. 31 della Direttiva, invece, prevede che se l'intercettazione non è ammessa in un caso interno analogo, l'autorità competente dello Stato membro notificato può (entro 96 ore dalla ricezione della notifica di cui al paragrafo 1), notificare all'autorità competente dello Stato membro di non procedere all"intercettazione o, eventualmente, di interrompere le operazioni di captazione. Nei casi in cui, però, le operazioni fossero già iniziate, gli eventuali risultati dell'intercettazione già ottenuti "non possono essere utilizzati o possono essere utilizzati solo alle condizioni da essa specificate". Quindi anche la Direttiva contempla l'ipotesi di deroghe alla disciplina sancita in materia di inutilizzabilità nel caso in cui sussistano accordi tra autorità in tal senso.

[465] Ci si riferisce, ancora una volta, al *Capítulo IV* introdotto dalla LO 13/2015.

La norma prevede che l'autorità spagnola possa emettere un ordine d'indagine europeo al fine di prevenire la distruzione, la trasformazione, lo spostamento, il trasferimento o lo smaltimento di un oggetto che possa essere utilizzato come prova nel processo penale.

Tale ordine dovrà indicare se il mezzo di prova deve essere trasferito in Spagna o mantenuto nello Stato di esecuzione.

In tale secondo caso il provvedimento dovrà indicare, altresì, la data in cui deve essere revocata la misura o la data stimata nella quale si presume che verrà richiesto il suo trasferimento in Spagna.

In ogni caso, dovrà essere notificata, senza indugio, all'autorità di esecuzione, la revoca delle misure provvisorie che erano state richieste dall'autorità di emissione.

Ad una prima analisi del testo del *Proyecto* finalizzato all'attuazione della Direttiva, si può affermare che il legislatore spagnolo si sia conformato perfettamente alle linee dettate dal provvedimento europeo.

III.3.1.2 L'esecuzione da parte della Spagna di un ordine europeo d'indagine penale

Il Capitolo III del *Proyecto*, si schiude con le disposizioni dettate in tema di riconoscimento ed esecuzione da parte della Spagna di un provvedimento europeo di ricerca o acquisizione probatoria pervenuto da uno Stato membro dell'Unione Europea.

L'autorità spagnola competente che riceve un ordine europeo di ricerca riconoscerà e, di conseguenza, eseguirà, l'ordine ricevuto dall'autorità di emissione salvo che non sussistano motivi di rifiuto o di sospensione di cui agli artt. 207 e 209 PLRLRM o che risulti che detta autorità non fosse competente all'emissione[466].

[466] A parte i motivi indicati nel Titolo che si riferisce puntualmente all'ordine europeo di indagine penale, l'art. 32 LRM riporta i casi in cui qualsiasi provvedimento di mutuo riconoscimento non possa trovare esecuzione all'interno del territorio spagnolo. Per il testo dell'articolo si rimanda all'indirizzo: http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2014-12029.

Ci si riferisce ai casi in cui, ad esempio, la legge spagnola riconosca, in quella specifica circostanza, la sussistenza di un'immunità o di una causa di non punibilità che siano relazionate alla libertà di stampa e di espressione.

Altro motivo di rifiuto concerne l'ipotesi in cui all'esecuzione possa conseguire il pregiudizio di interessi essenziali di sicurezza nazionale o il coinvolgimento di fonti di informazioni o l'uso di informazioni connesse a delicate attività di *intelligence*.

Ancora, l'autorità spagnola non procederà all'esecuzione dell'ordine europeo di indagine nei casi in cui il provvedimento si riferisca a fatti che sono stati commessi al di fuori dello Stato di emissione (e in tutto o in parte in territorio spagnolo), e il comportamento in relazione al quale viene emesso l'ordine europeo di indagine non viene qualificato come reato all'interno dell'ordinamento spagnolo. Altresì, non si darà seguito al provvedimento qualora esistano fondati motivi per ritenere che l'utilizzo dello strumento investigativo indicato nell'ordine, sia incompatibile con gli obblighi assunti dallo Stato spagnolo in virtù dell'art. 6 TUE e della Carta dei diritti fondamentali così come specificamente previsto anche dalla Direttiva OEI, all'art. 11 comma 1 lett. f). Sempre in coerenza con la Direttiva, il Progetto di legge prevede, quale ulteriore motivo di rifiuto all'esecuzione, la circostanza che il comportamento che ha dato origine all'emissione dell'ordine europeo non sia classificato come reato ai sensi del diritto spagnolo, né incluso nelle categorie di reati di cui all'articolo 20, paragrafo 1[467] (sempre che la pena prevista per il delitto nello

[467] L'art. 20 della LRM elenca i seguenti reati: *"pertenencia a una organización delictiva; terrorismo; explotación sexual de menores y pornografía infantil; tráfico ilícito de drogas y sustancias psicotrópicas; tráfico ilícito de armas, municiones y explosivos; corrupción; fraude, incluido el que afecte a los intereses financieros de las comunidades europeas; blanqueo de los productos del delito; falsificación de moneda; delitos informáticos; delitos contra el medio ambiente, incluido el tráfico ilícito de especies animales protegidas y de especies y variedades vegetales protegidas; ayuda a la entrada y residencia en situación ilegal; homicidio voluntario y agresión con lesiones graves; tráfico ilícito de órganos y tejidos humanos; secuestro, detención ilegal y toma de rehenes; racismo y xenofobia; robos organizados o a mano armada; tráfico ilícito de bienes culturales, incluidas las antigüedades y las obras de arte; estafa; chantaje y extorsión de fondos; violación de derechos de propiedad intelectual o industrial y falsificación de mercancías; falsificación de documentos administrativos y tráfico de documentos falsos; falsificación de medios de pago; tráfico ilícito de sustancias hormonalesy otros factores de crecimiento; tráfico ilícito de materias nucleares o radiactivas; tráfico de*

Stato di emissione fosse prevista con un massimo di almeno tre anni) o che, l'utilizzo di quella misura, sia limitata ad un elenco o a una categoria di reati punibili con sanzioni di una determinata soglia[468].

Infine, la lettera g) del comma 1 dell'art. 207 PLRLRM, prevede quale ultimo motivo di rifiuto, la circostanza che l'ordine europeo d'indagine si riferisca a procedimenti avviati per la commissione di fatti tipizzati, nell'ordinamento dello Stato di emissione, quali infrazioni amministrative, nel caso in cui la decisione possa dar luogo ad un processo di fronte ad un organo giurisdizionale penale e che lo strumento richiesto con l'ordine non possa essere ammesso in un caso interno analogo.

Gli elencati motivi di rifiuto sono previsti all'interno dell'art. 11 della Direttiva come facoltativi.

Il legislatore europeo, infatti, al primo comma dell'art. 11 afferma che "l'autorità di esecuzione può rifiutare" il riconoscimento o l'esecuzione dell'OEI.

È opportuno sottolineare che il legislatore spagnolo, invece, utilizzando nell'art. 207 PLRLRM le parole *"La autoridad competente española denegará el reconocimiento y la ejecución"* ha inteso prevederli come motivi obbligatori limitando, così, l'effettività dello strumento di reciproco riconoscimento.

Pare interessante anche la scelta delle parole effettuata dal legislatore italiano che, all'art. 10 del decreto di attuazione, con riferimento ai medesimi casi di rifiuto in precedenza analizzati afferma che "non si provvede al riconoscimento

---

vehículos robados; violación; incendio provocado; delitos incluidos en la jurisdicción de la corte penal internacional; secuestro de aeronaves y buques; sabotaje; trata de seres humanos". Per la lettura dell'articolo completo si rimanda ahttp://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2014-12029.

[468] In tema di motivi di rifiuto nell'ambito di strumenti di reciproco riconoscimento ed effettiva operatività della cooperazione giudiziaria, si vedano: A. CHELO, *Il mandato d'arresto europeo*, in Problemi attuali della giustizia penale curato da A. GIARDA, G. SPANGHER, P. TONINI, Padova, Cedam, 2010, 220 ss.; C. PANSINI, *Il rifiuto della consegna motivato da esigenze "processuali"*, in AA. VV., Il mandato d'arresto europeo, a cura di G. PANSINI, A. SCALFATI, Napoli, Iovene, 2005, 157; M. DEL TUFO, *Il rifiuto della consegna motivato da esigenze sostanziali,* in AA. VV., Il mandato d"arresto europeo,a cura di G. PANSINI, A. SCALFATI, cit., 138 ss.; M. R. MARCHETTI, *Il diniego obbligatorio e facoltativo del mandato*, in AA. VV., Il mandato d'arresto europeo e l'estradizione, a cura di E. ROZO ACUNA, Padova, Cedam 2004, 133 ss.

e all'esecuzione dell'ordine di indagine".

Se, quindi, è vero che la disciplina prevista dal legislatore di attuazione (tanto spagnolo quanto italiano, nei limiti e con le differenze di cui si darà atto nel prosieguo dell'analisi) risulta genericamente sovrapponibile a quella dettata dal legislatore europeo, non può non rilevarsi che sussistono delle zone oscure nelle quali i legislatori nazionali non hanno rispettato alla lettera quanto prescritto dalla Direttiva.

Nel caso in cui ricorra uno dei motivi di rifiuto, l'autorità spagnola dovrà rigettare la richiesta con la precisazione che, qualora si tratti di atti d'indagine che possano pregiudicare interessi essenziali di sicurezza nazionale o che siano incompatibili con gli obblighi assunti in virtù dell'art. 6 TUE e della Carta dei diritti fondamentali, prima di rifiutare totalmente o parzialmente il riconoscimento e l'esecuzione, avrà l'obbligo racchiuso nell'ultimo periodo dell'art. 207 PLRLRM di chiedere all'autorità di emissione di fornire tutte le informazioni necessarie per pervenire, eventualmente a sanare ciò che comportava il motivo di rifiuto.

Previsione, questa, che rientra fra gli strumenti offerti agli Stati dalla Direttiva per garantire, nella maggiore misura possibile,il buon esito della cooperazione.

L'autorità spagnola potrà, inoltre, sospendere (per il tempo ritenuto necessario) l'esecuzione di un ordine europeo d'indagine allorquando tale esecuzione possa danneggiare un'indagine penale o procedimenti penali in corso nonché quando gli oggetti, i documenti o i dati richiesti siano già utilizzati in altri procedimenti in corso.

Ipotesi, quelle appena menzionate, che ricalcano perfettamente quelle previste all'interno dell'art. 15 della Direttiva quali "motivi di rinvio del riconoscimento o dell'esecuzione" e trasposte dal decreto di attuazione adottato dall'Italia all'art. 14 del decreto di attuazione, a salvaguardia delle esigenze giudiziarie interne[469] .

[469] Ipotesi che ricalcano, peraltro, oltre la disposizione dell'art. 15 della Direttiva, anche quanto previsto in tema di assistenza giudiziaria. Cfr. *supra*, Cap. II.

Una volta che le cause della sospensione abbiano cessato di esistere, l'autorità spagnola competente adotterà, senza indugio, ai sensi del nuovo art. 209 LRM le misure necessarie per attuare l'ordine d'indagine, informando immediatamente l'autorità competente dello Stato di emissione.

Il pubblico ministero, inoltre, informerà immediatamente l'autorità di emissione, allorché risulti impossibile adottare un provvedimento di riconoscimento e di esecuzione per incompletezza o per la sussistenza di errori o per la mancata traduzione dell'apposito modulo.

Allo stesso modo informerà immediatamente l'autorità dello Stato di emissione se ritiene che sia maggiormente opportuno utilizzare atti d'indagine diversi da quelli previsti nel provvedimento affinché questa possa provvedere alla sua modifica.

Ancora una volta la finalità è quella garantire l'esecuzione dell'ordine.

Nel caso in cui, invece, non sussista alcuno degli impedimenti appena analizzati, l'autorità di esecuzione che riceve l'ordine, ai sensi dell'art. 208 PLRLRM, adotterà senza indugio il decreto di riconoscimento ed esecuzione che conterrà le istruzioni necessarie per l'esecuzione delle attività richieste.

In ogni caso, alla luce dell'esigenza di rapidità di tali procedure, la decisione di riconoscere ed eseguire l'ordine o, se del caso, di rifiutare la sua esecuzione è presa quanto prima possibile e non oltre trenta giorni dalla sua ricezione da parte dell'autorità competente. In particolare, per quanto riguarda l'esecuzione, l'autorità spagnola deve procedere al più tardi entro novanta giorni, salvo che l'autorità emittente abbia indicato nell'ordine che, in ragione delle scadenze processuali, della gravità del reato o di altre circostanze che ne determinano l'urgenza, sia necessario un periodo più breve oppure che l'atto d'indagine debba essere compiuto in una data specifica[470]. Tuttavia, se l'autorità di esecuzione si dovesse rendere conto che non gli è possibile, a causa di determinate circostanze, compiere l'atto d'indagine entro il termine previsto, dovrà avvisare immediatamente l'autorità di emissione spiegando le ragioni che determinano il ritardo e prevedendo una data orientativa in cui si presume che l'atto possa essere eseguito (che può prevedere una proroga fino a

[470] Cfr. art. 208.5 PLRLRM.

trenta giorni)[471].

È evidente che, in ipotesi come quella appena citata, una proroga di ulteriori trenta giorni rispetto a quelli che potrebbero già essere trascorsi fino a questo momento secondo i tempi previsti dalla procedura potrebbe essere causa di una minor efficacia dell'attività di cooperazione.

Ritroviamo, poi, nel testo del *Proyecto*, anche la regolamentazione dell'ipotesi racchiusa nel comma 4 dell'art. 9 della Direttiva in cui si prevede la partecipazione agli atti d'indagine dell'autorità di emissione allorquando questa ne faccia richiesta.

Infatti, ai sensi dell'art. 210 PLRLRM, nel caso in cui l'autorità emittente richieda che una o più autorità del suo Stato partecipino all'attuazione dell'ordine europeo di ricerca, l'autorità spagnola vi dovrà acconsentire a patto che tali autorità posseggano le medesime facoltà di partecipazione in un caso interno analogo e che, tale partecipazione, non sia contraria ai principi giuridici fondamentali o pregiudizievole per gli interessi essenziali della Sicurezza nazionale.

Ai sensi dell'art. 210 PLRLRM le autoritàdello Stato di emissione che partecipano all'esecuzione dell'ordine europeo di indagine, considerate funzionari pubblici spagnoli, saranno conseguentemente soggette al diritto spagnolo e non potranno esercitare alcuna competenza coercitiva a meno che l'esercizio di tali competenze, sia conforme alla legge spagnola e, in ogni caso, solo nella misura in cui ciò sia stato tra loro concordato[472].

Una volta conclusa l'attività richiesta nell'ordine europeo di indagine, il materiale probatorio ottenuto verrà immediatamente trasferito all'autorità dello Stato di emissione, con l'eventuale indicazione che venga ritrasmesso all'autorità spagnola una volta utilizzato e non più necessario[473].

Tuttavia, nel caso in cui lo Stato di emissione partecipi all'esecuzione dell'ordine, le prove

[471] Ancora art. 208 PLRLRM.

[472] Cfr. art. 210.2 PLRLRM

[473] Ipotesi prevista espressamente anche nel comma 3 dell'art. 211 PLRLRM il quale prevede che, quando le prove ottenute siano rilevanti per altri procedimenti penali, l'autorità di esecuzione spagnola, può temporaneamente trasferire le prove a condizione che vengano restituite allo Stato spagnolo non appena lo Stato di emissione cessi di averne bisogno.

saranno immediatamente trasferite alle autorità di tale Stato che siano state coinvolte nell'esecuzione.

É bene precisare che, nel caso in cui venga proposto ricorso contro il riconoscimento e l'esecuzione dell'ordine, il trasferimento di quanto già ottenuto dovrà essere sospeso. Tale previsione trova l'unica eccezione nell'ipotesi in cui nell'ordine vi siano sufficienti motivi per giustificare il trasferimento immediato, e non vi sia il fondato motivo di ritenere che tale trasferimento arrechi danni gravi o irreversibili all"interessato[474].

Per quanto la definizione "sufficienti motivi" richiami un concetto piuttosto discrezionale, si ritiene che la disposizione sia stata dettata per ovviare a tutte quelle circostanzemeramente apparenti che possono manifestarsi e far ritardare i tempi per la conclusione delle procedure rischiando, così, di rendere inefficace la cooperazione giudiziaria compiuta.

III.3.1.2.1 L'esecuzione con riferimento a specifici atti di indagine.

Anche la disciplina dettata per la procedura passiva pone l'accento, come primo specifico atto d'indagine, sul trasferimento temporaneo di una persona detenuta per il compimento di una determinata attività.

Tale attività è regolata agli artt. 214 e 215 PLRLRM che si occupano, rispettivamente, del trasferimento in altro Stato di un soggetto detenuto in territorio spagnolo e di trasferimento in Spagna di soggetto detenuto nel territorio di altro Stato membro.

In entrambe le ipotesi, specularmente a quanto disposto dall'art. 22 della Direttiva, è previsto che il trasferimento non possa essere accordato se non sussiste il consenso della persona detenuta[475] o quando, per cause relative all'età o allo stato fisico o psichico, questa non sia comunque in grado di dare coscientemente il proprio parere.

[474] Cfr. ancora art. 211 LRM.

[475] È interessante sottolineare come l'Italia richieda esplicitamente la sussistenza del consenso come condizione necessaria all'esecuzione dell'OEI solo all'interno dell'art. 16 del decreto di attuazione e non anche all'interno del successivo art. 17 che disciplina le ipotesi di trasferimento in Italia di soggetto detenuto nello Stato di emissione.

Allo stesso modo, non si potrà procedere al trasferimento se questo possa determinare il prolungamento lo stato di privazione della libertà personale del soggetto.

Se non ricorre nessuno dei suddetti impedimenti (né di quelli previsti agli artt. 32 LRM e 207 e 209 PLRLRM), l'autorità spagnola concorderà con le autorità competenti dell'altro Stato le disposizioni pratiche relative al trasferimento temporaneo del detenuto, nonché i dettagli delle sue condizioni di privazione della libertà.

Il soggetto avrà diritto alla riduzione del periodo massimo di reclusione con lo scomputo del periodo in cui è stato sottoposto a privazione della libertà nel territorio diverso da quello in cui era originariamente detenuto[476].

Come si evince la disciplina passiva ricalca quella dettata per le ipotesi in cui sia la Spagna a richiedere l'esecuzione di un ordine europeo di indagine.

Per quanto riguarda, invece, l'audizione tramite videoconferenza, l'art. 216 PLRLRM stabilisce che se l'autorità spagnola riceve un ordine d'indagine che richiede l'apparizione mediante videoconferenza o altri mezzi di trasmissione audiovisivi, le modalità specifiche devono essere concordate con l'autorità dello Stato di emissione.

In ogni caso, l'autorità giudiziaria spagnola, si occuperà sia di effettuare la notificazione al testimone o al perito indicando l'ora e il luogo dell'udienza, che di citare le persone indagate affinché possano assistere. Si occuperà, inoltre, di informarle dei loro diritti ai sensi della legge dello stato di emissione, nel tempo sufficiente per consentire loro di avvalersi efficacemente di garanzie procedurali.

Nel caso in cui l'indagato non presti il suo consenso e, comunque, in tutti i casi in cui l'attuazione di tale misura sia contraria, relativamente ad un caso concreto, ai principi fondamentali del diritto spagnolo l'autorità spagnola competente si troverà costretta a rifiutare il riconoscimento e l'esecuzione dell'ordine.

[476] L'art. 214 PLRLRM individua quale autorità competente a tale scomputo quella spagnola che si pronuncerà d'ufficio o su istanza di parte. La disciplina da seguire per lo scomputo è quella spagnola in tutti i casi in cui si tratti di soggetto detenuto in Spagna.

Diversamente, in mancanza di motivi per il rifiuto del riconoscimento, si procederà senza indugio all'esecuzione dell'ordine di indagine.

L'art. 216 PLRLRM prosegue prevedendo che durante la dichiarazione dovrà essere presente l'autorità spagnola, assistita da un interprete quando necessario ad assicurarsi dell'identità della persona che deve rendere dichiarazioni e, soprattutto, a garantire il rispetto del sistema giuridico nazionale tra cui le regole in materia di avvisi da dare alla persona che deve rendere dichiarazioni. Potrà essere, inoltre, concordata con l'autorità di emissione l'adozione di misure protettive della persona che deve rendere dichiarazioni, la quale verrà sentita dall'autorità competente dello Stato di emissione (o, comunque) sotto la sua direzione e sarà garantita anche dalle tutele previste in tale Stato[477]. Tale previsione riveste, certamente, un rilievo importante in tema di utilizzabilità del materiale probatorio raccolto. Poiché permette un bilanciamento tra la *lex fori* e la *lex loci* che mira a salvaguardarela spendibilità all'interno dello Stato di emissione di quanto acquisito tramite l'esecuzione dell'ordine europeo[478].

Dopo che la dichiarazione è stata resa, l'autorità spagnola nel cui territorio è stata eseguita la misura deve redigerne il relativo verbale in cui deve essere indicata la data e il luogo dell'audizione, l'identità della persona ascoltata, l'identità delle altre persone coinvolte, il giuramento prestato e le condizioni tecniche in cui la dichiarazione è stata rilasciata. Tale verbale deve essere successivamente trasmesso all'autorità competente dello Stato di emissione[479].

Gli artt. 217 e 218 PLRLRM, disciplinano i casi in cui l'ordine europeo d'indagine venga inviato all'autorità spagnola al fine di ottenere

[477] Si sottolinea che, nel caso in cui la persona che deve essere ascoltata decida di non testimoniare nonostante sussista l'obbligo, o renda dichiarazioni mendaci, le verrebbero applicate le medesime regole che si applicherebbero nel caso in cui si trattasse di un processo interno. Cfr. art. 216.5 PLRLRM.

[478] Ci si riferisce, in particolare, al disposto dell'art. 216.3 PLRLRM.

[479] Con riferimento alla videoconferenza emerge la problematica relativa all'assenza di un contradditorio "forte", dato dalla presenza fisica del dichiarante di fronte alle parti del processo. Sul tema si veda quanto approfondito con riferimento alla disciplina del decreto di attuazione italiano. Cfr. *infra* Cap. III par. III.4.1.2.

informazioni su conti correnti bancari o altri istituti finanziari o su operazioni concernenti tali conti o istituti.

Anche qui si predilige l'applicazione della *lex loci* e, pertanto, tali informazioni dovranno essere trasmesse conformemente al diritto spagnolo[480] e devono includere (se richiesto) i conti per i quali la persona che è oggetto del procedimento penale in questione ha poteri di rappresentanza a qualunque titolo[481].

I motivi di rifiuto relativi a questo specifico atto di indagine concernono genericamente tutti i casi in cui tale attività non sarebbe autorizzata in un caso analogo interno, in modo tale da non incorrere in gravi violazioni dovute dal consentire l'attuazione di strumenti di indagine che sarebbero normalmente vietati all'interno dello Stato.

Al di là di quanto detto finora, si sottolinea che l'autorità spagnola ha il compito di adottare le misure necessarie per garantire che le banche (o gli istituti finanziari) non rivelino l'avvenuta trasmissione delle informazioni allo Stato di emissione o che vi sia un'indagine in corso, la cui conseguenzasarebbe quella di mandare in fumo tutto quanto raccolto fino a quel momento e, conseguentemente, coperto dal segreto di indagine.

Il nuovo art. 219 PLRLRM disciplina, poi, l'acquisizione di prove in tempo reale, in maniera continua e per un periodo determinato previsto dall'art. 28 della Direttiva.

A questo proposito occorre sottolineare che l'ordinamento spagnolo, al contrario di quello italiano, conosce e regola già da qualche anno strumenti tecnologici di questo tipo e, pertanto, potrà garantire l'utilizzo degli stessi nell'ambito di una procedura transnazionale[482].

Il confronto con la disciplina italiana (peraltro già effettuato con riferimento alle ipotesi in cui la Spagna sia Stato di emissione) deriva dalla circostanza che

[480] A meno che l'istituzione finanziaria non abbia a disposizione i dati richiesti.

[481] L'autorità spagnola ha, in ogni caso, il compito di adottare le misure necessarie per garantire che le banche o gli istituti finanziari non rivelino l'avvenuta trasmissione delle informazioni allo Stato di emissione o che vi sia un'indagine in corso.

[482] Cfr. sul tema *infra-Cap.* IV. Inoltre, si confrontino i commi 6 e 7 dell'art. 282 *bis* della LECRIM prima citati in materia di agente informatico sotto copertura.

quest'ultima non sia ancora riuscita ad evolvere la propria disciplina di pari passo con lo sviluppo ed i progressi effettuati dalla tecnologia e dall'informatica comportando, in determinate circostanze, un pericoloso *vulnus* nella disciplina processuale in materia di acquisizione probatoria[483].

L'autorità spagnola sarà competente ad attuare, dirigere e controllare tutte le operazioni che siano connesse con l'esecuzione di tale atto investigativo. Al pari dei precedenti strumenti d'indagine, anche quello previsto dall'art. 219 PLRLRM non potrà essere eseguito se sussiste uno dei motivi di rifiuto precedentemente analizzati o se, comunque, l'atto non potrebbe essere posto in essere in Spagna al ricorrere di un caso interno analogo.

Ulteriore attività di indagine specifica presa in considerazione anche per la disciplina della procedura passiva è quello delle operazioni sotto copertura con riferimento alle quali il (quasi) riformato art. 220 PLRLRM prevede che, per poter avviare tali attività non solo deve essere previsto in un caso interno analogo, ma le due autorità devono raggiungere un accordo sulle relative condizioni.

È, ancora una volta, manifesto che la previsione di questo strumento sia giustificata, peraltro da tempi ormai non sospetti, dalla necessità di effettuare investigazioni che siano capaci di addentrarsi maggiormente all'interno delle strutture organizzate della criminalità internazionale al fine di ottenere un risultato più efficace.

La storia ha, infatti, avuto modo di dimostrare che, in innumerevoli occasioni, non esista alcun altro modo per svelare le caratteristiche strutturali e operative maggiormente nascoste di alcune organizzazioni criminali[484].

Anche la delicata materia delle intercettazioni trova puntuale disciplina per quanto attiene al ruolo "esecutivo" della Spagna. Gli artt. 221 e 222 PLRLRM si riferiscono, rispettivamente, all'esecuzione di operazioni di

[483] Cfr. *infra*, par. III.4.1.2.

[484] In dottrina pare interessante il contributo di M. DEL POZO PÉREZ, *El agente encubierto como medio de investigación de la delincuencia organizada en la ley de enjuiciamiento criminal española*, in Criterio Jurídico, 2006, 1, 6.

intercettazione in Spagna per conto di altro Stato membro, e alla notifica da parte di altro Stato dell'inizio delle captazioni in territorio spagnolo nei casi in cui l'assistenza tecnica della Spagna non sia necessaria.
Il tenore letterale degliarticoli riproduce sostanzialmente, anche in questo caso, quanto previsto per l'ipotesi in cui la Spagna rivesta il ruolo di autorità di emissione.

Infine, l'art. 223 PLRLRM disciplina il sequestro probatorio prevedendo che l'autorità spagnola possa imporre condizioni adeguate alle circostanze del caso per limitare la durata della misura e, nell'ipotesi in cui decida di far cessare gli effetti della stessa, debba informare l'autorità di emissione dandole la possibilità di allegare ulteriori documentazioni. Si sottolinea che, con riferimento a tale ipotesi, l'art. 223 PLRLRM prende in considerazione, per la prima volta, il possibile intervento dell'autorità centrale. Infatti, nel caso in cui il provvedimento sia finalizzato alla successiva confisca, l'autorità spagnola potrà farsi assistere dall'ufficio di Recupero e Gestione dell'attivo dipendente dal Ministero della Giustizia. Il dato che l'autorità centrale non compaia di frequente nella disciplina e che, al contrario, assuma un ruolo esclusivamente marginale, deriva dal fatto che il Ministero di Giustizia ricopre nell'ambito della cooperazione internazionale funzioni meramente di ausilio e supporto materiale[485]. Ulteriore differenza, questa, nella costruzione delle procedura di cooperazione così come formulata dallo Stato spagnolo e da quello italiano.

In quest'ultimo, infatti, sebbene a seguito delle ultime riforme il ruolo del Ministro sia stato effettivamente ridimensionato a favore di un'esaltazione della figura dell'autorità giudiziaria, permane ancora, per quanto nell'ombra ed in ipotesi circoscritte, il suo potere di intervento, certamente non è inquadrabile in una mera attività di supporto materiale.

Alla luce dell'analisi fin qui svolta della disciplina contenuta all'interno del Progetto di legge spagnolo si può compiere una prima riflessione.

Il dettato normativo formulato dal legislatore spagnolo, da inserirsi all'interno della *Ley* sul mutuo riconoscimento rappresenta, sicuramente, un'implementazione di una disciplina già completa dei tratti essenziali della

[485] Così come previsto anche dall'art. 6 LRM.

cooperazione giudiziaria. Il punto di forza dell'ordinamento spagnolo, specialmente se comparato a quello italiano, è rappresentato dall'organicità della disciplina in materia che consente di limitare il pericolo di possibili"dispersioni". Pericolo nel quale, invece, spesso si incorre allorquando ci si trovi dinnanzi ad una regolamentazione che, per quanto completa nel contenuto, risulti frammentaria nella sua forma.

Ulteriore aspetto positivo è individuato nella base normativa che precede il Progetto di riforma.

Difatti, sia la *Ley de reconocimiento mutuo* (LRM) del 2014, che il codice di procedura penale (LECRIM) così come riformato nel 2015 hanno permesso, da un lato, che nelle more dell'attuazione della Direttiva esistesse una base normativa tale per cui fosse possibile applicare i contenuti della Direttiva OEI (seppur in assenza di una puntuale trasposizione).

Dall'altro lato, le discipline contenute nelle leggi sopra menzionate sono dotate di un tale livello di completezza e attualità degli strumenti in esse previsti da agevolare i lavori per l'attuazione del provvedimento europeo.

III.4 L'attuazione da parte dell'Italia con il decreto legislativo 21 giugno 2017, n. 108

Anche in Italia, così come in Spagna, l'attuazione della Direttiva non è stata immediata bensì, a tre anni dalla sua emanazione quando l'Italia ha proceduto al suo recepimento con decreto legislativo 21 giugno 2017 n. 108[486].

Per l'ordinamento italiano, pertanto, le rogatorie sono state sostituite dal nuovo strumento di matrice europea (con i limiti e le condizioni già

[486] Il d.lgs. 21 giugno 2017, n. 108 è pubblicato in GU 13 luglio 2017, n.162. Il decreto legislativo di recepimento della Direttiva 2014/41/UE relativa all'ordine europeo di indagine penale, è stato adottato in attuazione della legge di delegazione europea n. 114 del 2015 la quale, all'articolo 1, comma 1, reca la delega al Governo per l'attuazione delle direttive elencatenegli allegati A e B facendo rinvio, per quanto riguarda le procedure, i principi e i criteri direttivi della delega, agli articoli 31 e 32 della legge 24 dicembre 2012, n. 234 che detta le norme generali sulla partecipazione dell'Italia alla formazione e all'attuazione della normativa e delle politiche dell'Unione europea. In dottrina v. M .R. MARCHETTI, *L'evoluzione normativa della cooperazione giudiziaria internazionale: le innovazioni alla disciplina interna,* cit.; L. KALB, *Procedimenti "paralleli" e giurisdizione "concordata": il nuovo quadro normativo sul trasferimento dei procedimenti penali (nello spazio europeo e in quello internazionale),* in *Arch. pen., Speciale riforme*, 2018; E. SELVAGGI, *Procedimenti paralleli, la giustizia concordata si fa strada nel sistema,* in *Guida dir.,* 2017, n. 45, p. 76 ss. MANGIARACINA, *L'acquisizione "europea" della prova cambia volto: l'Italia attua la Direttiva relativa all'ordine europeo di indagine penale*, cit., 180; Di questo avviso anche, MANES – CAIANIELLO, *Introduzione al diritto penale europeo: fonti, metodi, istituti, casi*, Torino, 2020, passim..

esaminate)[487] che trova piena e completa operatività in sostituzione delle corrispondenti previsioni della convenzione di assistenza giudiziaria in materia penale del Consiglio d'Europa del 1959, della convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen del 1990, della convenzione relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale dell'Unione del 2000 (tardivamente recepita dal d. lgs. 5 aprile 2017, n. 52), e della Decisione quadro 2003/577 sul sequestro probatorio (così l'art. 34 della Direttiva) nonché della sfortunata Decisione-quadro 2008/978 sul mandato europeo di ricerca delle prove che, dal canto suo, era già stata abrogata dal regolamento 2016/95 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 20 gennaio 2016.

Ciò premesso, il Titolo I del decreto apre il suo articolato individuando le finalità del provvedimento: l'attuazione nell'ordinamento interno della Direttiva 2014/41/UE del 3 aprile 2014, relativa all'ordine europeo di indagine penale.

La necessità di intervenire con una legge di attuazione che regolamentasse, nel dettaglio, la trasposizione di quanto contenuto all'interno della Direttiva, muove sostanzialmente da due esigenze.

La prima è quella di delineare una disciplina coerente con la nuova configurazione dell'assistenza giudiziaria in materia penale offerta da quanto disposto dal recente d.lgs. 149/2017 che riforma il Libro XI c.p.p. in materia di rapporti giurisdizionali con le autorità straniere[488].

La seconda, invece, è quella di essere provvisti di una regolamentazione della procedura dell'ordine europeo di indagine che, compatibilmente con i limiti imposti dalla Direttiva fosse, da un lato, più snella rispetto a quelle precedentemente conosciute e, dall'altro, in perfetta coerenza con i principi e le disposizioni dettate in materia di procedimento e processo penale italiano.

[487] Fermo restando quanto già esaminato all'interno del Cap. II, occorre precisare sin d'ora, che lo strumento rogatoriale troverà comunque applicazione per quanto concerne i rapporti fra l'Italia, la Danimarca e l'Irlanda (che non hanno aderito alla Direttiva) oltre che fra l'Italia e gli Stati che non appartengono all'Unione Europea.
[488] Cfr. *supra*, Cap II par. II.1.1.

In piena attuazione dell'articolo 11, par.1, lett. f) della Direttiva, che sancisce che l'esecuzione dell'ordine europeo di indagine possa essere rifiutata allorquando sussistano seri motivi per ritenere che essa sia incompatibile con gli obblighi imposti dall'articolo 6 TUE (che prescrive l'osservanza della Carta di Nizza, della CEDU e delle tradizioni costituzionali comuni)[489], il decreto sottolinea, sin dal primo momento, che il recepimento del provvedimento europeo debba avvenire nel rispetto dei principi dell'ordinamento costituzionale e della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, sia per quanto attiene i diritti fondamentali che per tutto ciò che concerne i diritti di libertà e di giusto processo[490].

Ricalcate sostanzialmente le definizioni riguardanti le parole-chiave attorno a cui ruota la disciplina del decreto, il legislatore ha proceduto alla regolamentazione del trattamento dei dati personali prevedendo, all'interno dell'art. 3 del decreto, che i dati personali nel compimento delle attività relative all'emissione, alla trasmissione, al riconoscimento e all'esecuzione dell'ordine di indagine debbano essere trattati secondo le disposizioni legislative che regolano il trattamento dei dati giudiziarie in conformità agli atti normativi dell'Unione Europea e alle Convenzioni del Consiglio d'Europa.

Il riferimento sembra essere destinato quindi, da un lato, alla disciplina del d.lgs. 196/2003 sul trattamento dei dati per ragioni di giustizia e, dall'altro, alla Direttiva 2016/680[491] del Parlamento europeo e del Consiglio, relativa alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati

[489] Si noti che la formulazione della garanzia costituzionale ricalca sostanzialmente quella prevista dall'articolo 1 della L. n. 69 del 2005 concernente il mandato di arresto europeo.

[490] Occorre precisare, inoltre, che tra tali diritti di giustizia devono essere ricompresi anche i diritti enunciati all'interno degli artt. 47-50 della Carta di Nizza. In particolare, l'art.52, par.3 della medesima Carta relativo alla portata e interpretazione dei diritti e dei principi, precisa che laddove la Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali (CEDU), il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione, ferma restando la possibilità che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa.

[491] Tale Direttiva, pubblicata in GU 4 maggio 2016 n. L 119/89, è già entrata in vigore e deve trovare esecuzione negli ordinamenti degli Stati membri entro il 6 maggio 2018 (in sostanziale coincidenza con l'abrogazione della precedente Decisione quadro 2008/977/GAI del Consiglio in materia), salva la possibilità di attuazioni posticipate secondo quanto specificamente disposto all'art. 63.

personali da parte delle autorità competenti a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali, nonché alla libera circolazione di tali dati.

Dopo queste prime disposizioni di principio, il decreto si suddivide in ulteriori due Titoli concernenti, rispettivamente, la procedura di assistenza giudiziaria passiva e, quindi, la disciplina del procedimento finalizzato al riconoscimento e all'esecuzione da parte dell'autorità giudiziaria italiana dell'ordine europeo di indagine proveniente dall'autorità di altro Stato membro, e quella attiva che riguarda la procedura di emissione dell'ordine di indagine da parte dello Stato italiano.

III.4.1 La disciplina della procedura passiva.

Il Titolo II del decreto si occupa, come anticipato, di regolamentare la procedura che deve essere seguita per dare esecuzione in Italia ad un ordine di indagine emesso da un'autorità appartenente ad altro Stato europeo.

L'organo competente all'esecuzione viene individuato dall'art. 4 d.lgs. nel Procuratore della Repubblica presso il Tribunale capoluogo del distretto del luogo in cui gli atti richiesti con l'ordine europeo di indagine devono essere assunti[492].

La scelta di individuare quale organo competente il pubblico ministero così come previsto in tema di rogatorie trova la sua *ratio*, da un lato, nel fatto che, trattandosi di atti di indagine, l'autorità requirente distrettuale risulta essere indubbiamente la figura maggiormente adeguata e, dall'altro, nell'assunto che sarebbe stato privo di ogni logica individuare un diverso meccanismo di attribuzione di competenza nel caso in cui si tratti di rapporti con Stati appartenenti all'Unione Europea, rispetto a quello adottato con riguardo agli Stati terzi.

Per quanto riguarda i termini sempre l'art. 4 del decreto, in conformità a quanto previsto dall'art. 12 della Direttiva, sancisce che il Procuratore deve

[492] Alla luce, pertanto, degli stessi criteri di determinazione della competenza individuati dal d.lgs. 149/2017 con riguardo alle rogatorie.

provvedere al riconoscimento dell'ordine d'indagine con decreto motivato entro il termine ordinatorio di trenta giorni dalla sua ricezione.
Unica eccezione ammessa dal medesimo articolo, riguarda l'ipotesi in cui sussistano ragioni di urgenza tali da richiedere un termine più breve che, in tale evenienza, dovrà essere indicato dall'autorità di emissione.
In ogni caso, a garanzia e tutela della concretezza della cooperazione, il riconoscimento dell'ordine d'indagine non può superare i sessanta giorni.

L'art. 4 d.lgs. 108/2017 prevede che il decreto di riconoscimento sia, poi, comunicato a cura della segreteria del pubblico ministero al difensore della persona sottoposta alle indagini entro il termine stabilito ai fini dell'avviso di cui ha diritto secondo la legge italiana per il compimento dell'atto.

Con la precisazione che, nei casi in cui la legge italiana preveda soltanto il diritto del difensore di assistere al compimento dell'atto senza previo avviso, il decreto di riconoscimento verrà comunicato al momento in cui l'atto è compiuto o immediatamente dopo.

Questa previsione desta dubbi circa la coerenza con il succitato "diritto" di assistenza del difensore.

La disciplina, infatti, non pare essere esattamente speculare a quella prevista dall'art. 364 c.p.p. che delimita le ipotesi dei casi di assoluta urgenza a "*quando vi è fondato motivo diritenere che il ritardo possa pregiudicare la ricerca o l'assicurazione delle fonti di prova*"; solo in tali ipotesi il pubblico ministero, ai sensi dell'art. 364 c.p.p. può procedere al compimento di una serie di atti posticipando l'avviso al difensore ad un momento successivo, ma, in ogni caso, "senza ritardo" e tempestivamente.

Sempre l'art. 364 c.p.p. prevede, altresì, che l'avviso possa essere omesso quando il pubblico ministero procede a ispezione e vi sia fondato motivo di ritenere che le tracce o gli altri effetti materiali del reato possano essere alterati. La disciplina di attuazione non risulta essere chiara come il dettato del codice, lasciando spazio ad interpretazioni che possano vedere leso il diritto di assistere del difensore qualora questi, come previsto dalla disciplina, venga avvisato "immediatamente dopo" il compimento dell'atto. È vero, tuttavia, che quando parliamo di indagini, soprattutto con riferimento ai più gravi crimini transnazionali, ci sono una serie di fattori che il legislatore deve tenere in

considerazione.

Potrebbero, infatti, emergere interessi superiori al c.d. effetto a sorpresa dell'atto che comportano, inevitabilmente, la compressione di diritti che si pongano d'ostacolo con tale interesse. Proprio per questo motivo sarà necessario, ancora una volta, agire tenendo in mente il principio di proporzione racchiuso nell'art. 7 del decreto così da evitare l'ingiustificata violazione di diritti ritenuti fondamentali dalla tradizione giuridica degli Stati membri dell'Unione.

Una volta riconosciuto l'ordine emesso dallo Stato estero, l'autorità competente dello Stato italiano, alla pari di quanto previsto dalla Direttiva all'art. 12 e dal *Proyecto* all'art. 208.4 riproposto nella *Ley* 3/2018, avrà a disposizione i successivi novanta giorni per dare esecuzione al provvedimento osservando le forme espressamente richieste dall'autorità di emissione (sempre che non siano contrarie ai principi dell'ordinamento giuridico dello Stato italiano).

Sempre l'art. 4 del decreto legislativo di attuazione dispone poi che, per quanto concerne tutte quelle attività cui il difensore ha diritto di assistere, verrà seguita la disciplina di cui all'art. 366 c.p.p. il quale prevede il deposito dei verbali degli atti compiuti presso la segreteria del pubblico ministero entro il terzo giorno successivo al compimento dell'atto e con facoltà del difensore di esaminarli ed estrarne copia nei cinque giorni successivi.

Tale precisazione, che non trova speculare riscontro all'interno della normativa spagnola, è dovuta anche dalla costante attenzione che l'ordinamento italiano dedica al diritto di difesa.

L'esplicitare il diritto del difensore dell'indagato di esaminare e, addirittura, estrarre copia dei verbali delle operazioni compiute, infatti, rappresenta una previsione a completa garanzia del suddetto diritto, poiché gli permette di avere piena conoscenza delle procedure svolte (e, conseguentemente di poterne verificare la legittimità) e dei risultati probatori ottenuti.

Per quanto l'autorità di esecuzione sia individuata nel pubblico ministero, il legislatore ha preso in considerazione anche quei casi in cui sia

necessario l'intervento del giudice[493].

Così, l'art. 5 del decreto, prevede che, nel caso di atti che richiedano - per espresso volere dell'autorità di emissione ovvero perché così è previsto dalla legge italiana – l'intervento del giudice, il pubblico ministero, dopo che riconosce l'ordine di indagine, presenta la richiesta al giudice per le indagini preliminari del luogo in cui l'atto deve essere compiuto, al quale è attribuito il controllo sostanziale circa la sussistenza delle condizioni per il riconoscimento dell'ordine di indagine.

Al giudice per leindagini preliminari, pertanto, non viene conferito un ruolo di mero esecutore.

Questi, ricevuta la richiesta, autorizza l'esecuzione solo a seguito dell'accertamento delle condizioni per il riconoscimento dell'ordine di indagine, provvedendo secondo le forme della camera di consiglio di cui all'art. 127 c.p.p. e in conformità con quanto disposto dall'autorità di emissione[494].

Come si è già avuto modo di specificare, l'ordine europeo di indagine si basa sul principio di mutuo riconoscimento in ragione del quale l'atto viene eseguito senza particolari formalità preliminari, come se si trattasse di un atto dell'autorità nazionale. Gli unici obblighi per così dire formali cui deve adempiere l'autorità di esecuzione sono di natura prettamente "informativa" e riguardano l'attestazione dell'avvenuta ricezione dell'ordine e la comunicazione dei provvedimenti conseguenti.

L'art. 6 del decreto prevede, a tal proposito, che l'autorità giudiziaria italiana dia comunicazione all'autorità di emissione della ricezione dell'ordine di indagine entro sette giorni[495].

---

[493] Si pensi, a mero titolo esemplificativo, alla procedura prevista dal codice di procedura penale con riferimento alle intercettazioni all'art. 267 che pretende che il pubblico ministero richieda al giudice preliminari l'autorizzazione a disporre le operazioni e che il giudice debba provvedere con decreto motivato. Allo stesso modo la disciplina spagnola prevede la *solicitud de autorización judicial*, regolata all'interno dell'art. 588 *ter* d).

[494] Sempre che, le forme da questa pretese, non si pongano in contrasto con i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico italiano.

[495] Tale comunicazione avviene attraverso la trasmissione del modello di cui all'allegato B all'interno del quale sono indicate anche le modalità di esecuzione nel caso in cui da esse derivi l'impossibilità di assicurare la riservatezza sui fatti e sul contenuto dell'ordine di indagine (comma 1).

Ulteriori obblighi di informazione sussistono nel caso in cui l'autorità italiana ritenga che non vi siano le condizioni per il riconoscimento dell'ordine di indagine e, conseguentemente, della sua esecuzione, al fine di rimuovere ove possibile il motivo di rifiuto.

Analogo obbligo informativo è previsto nel caso in cui il contenuto dell'ordine d'indagine sia ritenuto dall'autorità di esecuzione non proporzionato. Anche in talune ipotesi - *come si è avuto modo di riscontrare nei paragrafi precedenti con riferimento alla disciplina di attuazione spagnola* – si prevede una comunicazione all'autorità al fine di consentire all'autorità di emissione di valutare l'opportunità di una nuova richiesta o, diversamente, di ritirare l'ordine d'indagine.

Il principio cardine che deve essere tenuto a fondamento di tutta la disciplina della cooperazione giudiziaria è certamente il principio di proporzione, che viene già in luce dalle prime disposizioni analizzate.

Il legislatore italiano, per dare risalto al principio guida gli ha dedicato, peraltro, una disciplina autonoma all'interno dell'art. 7 del decreto che prevede, appunto, un controllo di proporzionalità da parte dell'autorità di esecuzione volto ad evitare che la raccolta transnazionale delle prove avvenga sulla base di un provvedimento che sia frutto di un bilanciamento non ragionevole tra le esigenze di accertamento dei fatti e i diritti dell'accusato o di altre persone coinvolte nel processo penale.

L'autorità di esecuzione deve, quindi, accertare in ciascuna situazione concreta, che le attività istruttorie indicate nell'ordine europeo d'indagine comprimano i diritti fondamentali in gioco solo nella stretta misura necessaria al loro svolgimento, e che, in ogni caso, non incidano sul nucleo essenziale dei predetti diritti.

In altri termini, compete all'autorità giudiziaria italiana valutare la capacità del mezzo richiesto di raggiungere l'obiettivo prefissato secondo il noto criterio per il quale, a parità di efficacia, è da preferire sempre il mezzo che abbia conseguenze meno gravose[496].

[496] Criterio ampiamente ricorrente nel settore processual-penalistico. Si pensi, a mero titolo esemplificativo, alla materia delle misure cautelari.

Il controllo appena menzionato determina che, al riscontrare una sproporzione, l'autorità giudiziaria italiana, secondo quanto previsto dall'articolo 6 del decreto di attuazione, deve darne comunicazione così da consentire all'autorità di emissione di valutare se insistere nella richiesta, o avanzarne una diversa sulla base di quanto indicato dall'autorità interna[497].

Nel prosieguo del testo, l'art. 8 del decreto regola l'ipotesi in cui, l'autorità di emissione, chieda di poter partecipare in prima persona all'esecuzione dell'atto richiesto. In questo caso si prospettano sostanzialmente due possibilità: l'istituzione di una squadra investigativa comune[498] (espressamente prevista già dalla Decisione quadro n. 2002/465/GAI[499]) oppure la partecipazione dell'autorità di emissione secondo modalità previste da accordi.

[497] Si ricorda, come anticipato e diffusamente approfondito nei paragrafi precedenti sono, inoltre, immediatamente comunicate all'autorità di emissione la Decisione di rifiuto del riconoscimento o il ritardo dell'esecuzione e l'impugnazione del provvedimento di annullamento del decreto di riconoscimento.

[498] Le squadre investigative comuni costituiscono una forma di collaborazione non rogatoriale tra Stati finalizzata all'accertamento congiunto di attività criminali (e alla loro conseguente repressione) allorquando tali fattispecie siano dotate del carattere della transnazionalità. Per un approfondimento sul tema si veda C. RODRÍGUEZ MEDEL NIETO, *Obtención y admisibilidad en España de la prueba transfronteriza: de las comisiones rogatorias a la orden europea de investigación*, cit., 101 ss.

[499] Decisione quadro del Consiglio del 13 giugno 2002, relativa alle squadre investigative comuni, pubblicata in GU n.162 del 20 giugno 2002. La Spagna, al contrario dell'Italia, ha attuato la Decisione quadro l'anno immediatamente successivo alla sua emanazione con la *Ley Orgánica 3/2003, de 21 de mayo, complementaria de la Ley reguladora de los equipos conjuntos de investigación penal en el ámbito de la Unión Europea, por la que se establece el régimen de responsabilidad penal de los miembros destinados en dichos equipos cuando actúen en España*, pubblicata in Boletín Oficial del Estado (B.O.E) n. 3 del 22 maggio 2003. Per un approfondimento, in tema di squadre investigative comuni si vedano, *ex multis*: J. A. CHOCLÁN MONTALVO, *Delincuencia transfronteriza y equipos conjuntos de investigación*, in Cuadernos de derecho judicial, 2003, 13, 159 ss.; J. PÉREZ GIL, *Actuación policial concertada más allá de las fronteras: los equipos conjuntos de investigación en la UE*, in Revista de Estudios Europeos 2007, 45, 65 ss.; R. JIMÉNEZ FERNÁNDEZ, *Los equipos conjuntos de investigación*, in *El derecho penal de la Unión Europea: situación actual y perspectivas de futuro*, coord. da L. A. ARROYO ZAPATERO, A. NIETO MARTÍN, M. MUÑOZ DE MORALES ROMERO, Universidad de Castilla-La Mancha, 2007, 207 ss.; A. RANCHAL BUSTOS, *Estrategia de seguridad de la Unión Europea. Una década de Equipos conjuntos de investigación*, in Revista del Instituto de Estudios de Policía, 2014, 2125, 113 ss.

L'istituzione di squadre investigative comuni è stata disciplinata dall'ordinamento italiano con il decreto legislativo n. 34 del 2016 [500] che attua (ancora una volta con evidente ritardo) la Decisione quadro del 2002 sopra citata.

Tale decreto[501] contiene la disciplina relativa alla costituzione e al funzionamento delle suddette squadre, operanti nel territorio dell'Unione Europea e istituite su iniziativa di un'autorità italiana (o di altro Stato membro cui l'Italia sia invitata a partecipare).

La costituzione di una squadra investigativa, tuttavia, non sempre si rivela opportuna[502].

Per tale ragione la disposizione contempla una soluzione alternativa regolando la qualifica e lo *status* del funzionario estero.

In tali occasioni, come anticipato, le modalità di partecipazione del funzionario dell'autorità di emissione sono di volta in volta accordate e questi assumerà - esattamente come previsto dal Progetto spagnolo e inserito nell'art. 210 PLRLRM - anche agli effetti della legge penale, la qualifica di pubblico ufficiale conformemente a quanto sancito dal d.lgs. n. 34 sopra menzionato.

Per quanto attiene, poi, alle "particolari modalità di esecuzione", la Direttiva OEI, nella consapevolezza della frequente discrasia tra i regimi processuali degli Stati membri dell'Unione Europea, ha preso in considerazione l'ipotesi – contenuta nel suo art. 10 – che alcuni atti d'indagine richiesti non siano previsti o consentiti dalla legge dello Stato di esecuzione.

L'art. 9 del decreto di attuazione regola, pertanto, quelle particolari modalità di esecuzione dell'ordine conseguenti alla mancata previsione (o al divieto) di quello specifico atto di indagine all'interno della disciplina italiana che sono previste negli stessi termini all'interno dell'art. 206.3 PLRLRM.

In tale ipotesi il Procuratore della Repubblica provvede, previa comunicazione

[500] Decreto legislativo n. 34 del 15 febbraio 2016, pubblicato in GU n. 58 del 10 marzo 2016. In dottrina vedi G. COLAIACOVO, *Nuove prospettive in tema di coordinamento delle indagini e cooperazione giudiziaria alla luce della disciplina delle squadre investigative comuni*, in Diritto Penale Contemporaneo, 2017, 1, 169 ss.

[501] Il decreto n. 34 è, peraltro, espressamente richiamato dal citato decreto attuativo della Convenzione di Bruxelles del 29 maggio 2000.

[502] Si pensi all'ipotesi della mera audizione di persona informata sui fatti.

all'autorità di emissione, attraverso uno strumento probatorio diverso da quello indicato dallo Stato emittente che sia, comunque, idoneo al raggiungimento del medesimo scopo[503].

Si tratta di una delle ipotesi in cui emerge l'importanza degli obblighi informativi gravanti sull'autorità italiana essendo necessario, in situazioni come quella appena prospettata, consentire all'autorità di emissione di ritirare o di integrare l'ordine europeo di indagine originariamente emesso.

È evidente che l'impossibilità di eseguire l'attività richiesta (anche con altro atto ugualmente idoneo allo scopo) determini un motivo di rifiuto che, però, interverrà solo all'esito di opportune consultazioni tra autorità proprio al fine di concordare l'eventuale adozione di uno o più atti equipollenti garantendo il buon esito della cooperazione.

Arrivando, quindi, al tema del rifiuto da parte dell'autorità italiana, si è già dato atto del fatto che la disciplina in materia, alla pari di quella spagnola, prevede le stesse identiche ipotesi di rifiuto considerate dalla Direttiva ma le qualifica come ipotesi obbligatorie.

Il tenore letterale dell'art. 10 del decreto nella parte in cui afferma che "non si provvede al riconoscimento e all'esecuzione" nei casi in precedenza elencati, infatti, non lascia spazio ad altre interpretazioni.

Senza procedere all'elencazione dei casi di rifiuto, già effettuata nei paragrafi precedenti in occasione dell'analisi della disciplina di attuazione spagnola, pare imprescindibile soffermarsi brevemente sulla sola ipotesi in cui il fatto per il quale è stato emesso l'ordine non costituisca reato secondo la legislazione italiana.

---

[503] La stessa disciplina è prevista nel caso in cui non si reputi rispettato il principio di proporzione. Tuttavia, il legislatore ha previsto, sempre all'interno dell'art. 9, delle ipotesi tassative al ricorrere delle quali l'autorità di esecuzione deve procedere all'esecuzione dell'ordine di indagine a prescindere da un previo controllo sul rispetto di tale principio ossia: l'acquisizione dei verbali di prove di altro procedimento; l'acquisizione di informazioni contenute in banche dati accessibili all'autorità giudiziaria; l'audizione della persona informata dei fatti, del testimone, del consulente o del perito, della persona offesa, nonché della persona sottoposta ad indagini o dell'imputato presenti nel territorio dello Stato; il compimento di atti di indagine che non incidono sulla libertà personale e sul diritto all'inviolabilità del domicilio; l'identificazione di persone titolari di uno specifico numero telefonico o di un indirizzo di posta elettronica o di un indirizzo IP.

A tal riguardo, infatti, il successivo articolo 11 del decreto prevede una deroga al motivo di rifiuto basato sul requisito della doppia incriminazione in rapporto a determinati reati, puntualmente elencati, punibili nello Stato di emissione con una pena di almeno tre anni di detenzione (o con una misura di sicurezza detentiva), considerati di gravità tali da giustificare per definizione la raccolta delle prove attraverso l'ordine europeo di indagine[504].

Ancora, oltre la possibilità di rifiutare l'esecuzione in presenza delle circostanze sopra elencate, l'autorità giudiziaria italiana ha - al pari di quanto previsto nella Direttiva e nella disciplina spagnola[505] - la possibilità di rinviare il riconoscimento o l'esecuzione dell'ordine allorquando essi possano interferire con lo svolgimento di un procedimento penale interno.

Analogamente, nell'ambito del sequestro probatorio è previsto che l'autorità italiana possa rinviare l'esecuzione dell'ordine di indagine quando le cose, i documenti o i dati oggetto di richiesta di sequestro, siano già sottoposti a vincolo, fino alla revoca del relativo provvedimento.

Al ricorrere di tali condizioni il pubblico ministero, nell'ottica della salvaguardia della priorità delle esigenze giudiziarie interne (come già previsto in base alla tradizionale assistenza giudiziaria) emetterà un provvedimento di rinvio adeguatamentemotivato che indichi, qualora possibile, la durata dello stesso e lo trasmetterà immediatamente all'autorità di emissione. Le due ipotesi prese in considerazione dal legislatore, nell'ottica di salvaguardare la priorità di esigenze giudiziarie interne, oltre che essere contemplata negli stessi termini all'interno del provvedimento spagnolo e della Direttiva, ricalcano quanto già

[504] L'unica differenza sostanziale tra la norma di recepimento e quella contenuta nella Direttiva riguarda il reato di incendio: la norma di recepimento non distingue tra fattispecie dolosa e colposa; la Direttiva contempla, invece, il solo incendio doloso. Inoltre, la fattispecie enunciata nella Direttiva di "favoreggiamento dell'ingresso e del soggiorno illegale" è declinata dallo schema di decreto con specifico riguardo ai cittadini non appartenenti all'Unione europea. Infine, ai sensi del comma 2 dell'articolo in analisi, se l'ordine di indagine è stato emesso in relazione a violazioni tributarie, doganali o valutarie, l'esecuzione non può essere rifiutata peril fatto che la legge italiana non impone lo stesso tipo di tasse o di imposte, o per il fatto che la legislazione italiana in materia tributaria, valutaria o doganale sia diversa da quella dello Stato di emissione.
[505] Rispettivamente agli artt. 15 della Direttiva OEI e 209 PLRLRM.

previsto in base alla tradizionale assistenza giudiziaria.
Ovviamente, una volta cessata la causa che ha dato luogo al rinvio l'ordine d'indagine deve essere tempestivamente eseguito.

Nel caso in cui, invece, non sussista alcuno dei motivi sopra elencati e, pertanto, il pubblico ministero proceda al riconoscimento e alla conseguente esecuzione dell'ordine europeo d'indagine, questi dovrà trasmettere[506] immediatamente all'autorità competente dello Stato di emissione, i verbali degli atti compiuti, i documenti e le cose oggetto della richiesta, nonché i verbali di prove o gli atti acquisiti in altro procedimento nei tempi necessari a consentire lo svolgimento del processo.

III.4.1.1 Il vaglio di ammissibilità degli atti istruttori

Un profilo del vaglio di ammissibilità degli atti istruttori da parte dell'autorità di esecuzione (ai sensi della *lex loci*) concerne la facoltà della persona sottoposta a procedimento di intervenire secondo le garanzie conosciute del contraddittorio.

Già dall'emanazione della Direttiva, ci si era posti il problema di come tale diritto potesse essere rispettato[507].

Era, quindi, emersa la difficoltà - oltre che l'inutilità - della previsione di un'apposita udienza a cui fosse conferita la facoltà di partecipare a tutti gli interessati. Una soluzione del genere, infatti, oltre che comportare un evidente rallentamento delle procedure di cooperazione, non è attuabile per quegli atti che, come le perquisizioni e le intercettazioni, non consentono il preavviso della difesa.

La Direttiva ha delineato un controllo posticipato prevedendo, all'interno dell'art. 14, la possibilità di impugnare nello Stato di esecuzione il

[506] L'art. 12 del decreto contempla anche la possibilità di trasferimento temporaneo del corpo del reato o delle cose pertinenti al reato che può essere disposto dal pubblico ministero quando non risulti d'impedimento alla spedita trattazione del procedimento in corso, e previo accordo con l'Autorità di emissione sulle modalità del trasferimento e sul termine di restituzione. A tal fine, dopo l'esercizio dell'azione penale, il pubblico ministero richiederà l'autorizzazione del giudice che procede, il quale potrà provvedere dopo aver sentito le parti.
[507] M. DANIELE, *L'impatto dell'ordine europeo di indagine*, cit., 69-70.

provvedimento di ammissibilità dell'atto istruttorio attraverso mezzi di critica "equivalenti a quelli disponibili in un caso interno analogo".

Prima di analizzare come tale aspetto sia stato disciplinato dalla normativa di attuazione preme compiere alcune precisazioni.

La prima parte dell'art. 14.2 della Direttiva prevede che le ragioni di merito dell'emissione dell'ordine e, quindi, la sussistenza dei requisiti di ammissibilità, siano contestabili "soltanto mediante un'azione introdotta nello Stato di emissione"[508] ma "fatte salve le garanzie dei diritti fondamentali dello Stato di esecuzione"[509]. Tale seconda parte della previsione rincuora i più attenti e affezionati all'inviolabilità del diritto alla difesa, considerato irrinunciabile dalla stessa giurisprudenza della Corte europea[510] che, diversamente, sarebbe stato evidentemente violato.

In merito alla normativa di attuazione, il decreto si preoccupa di disciplinare la materia delle impugnazioni all'interno dell'art. 13 [511].

Come noto, il codice di procedura penale italiano (ad eccezione che per l'atto di sequestro probatorio) non contempla mezzi d'impugnazione per così dire "diretti" con riguardo ai mezzi di ricerca della prova. Peraltro, bisogna considerare che le questioni concernenti le nullità e le inutilizzabilità afferiscono al merito dell'atto assunto e, come tali, dovranno essere fatte valere con i mezzi predisposti nell'ordinamento dello Stato di emissione.

Tuttavia, al fine di non sottrarre del tutto gli atti esecutivi a qualsivoglia controllo di legittimità, in perfetta coerenza con quanto disposto dall'art. 14.2 della Direttiva, il legislatore ha ritenuto necessario prevedere che, ove l'atto non sia altrimenti impugnabile, contro lo stesso può essere proposta opposizione

[508] Tale previsione non deve essere sottovalutata in quanto, soffermando l'attenzione su questa prima parte, emerge con evidenza che potrebbe determinare un non trascurabile *vulnus* alla difesa, considerati i costi e le difficoltà di proporre un'impugnazione in uno Stato straniero.

[509] Da un punto di vista prettamente interno tale precisazione risulta idonea a garantire, perlomeno per gli atti coercitivi (la cui competenza, come nel caso delle perquisizioni e dei sequestri, è demandata al pubblico ministero) la facoltà per la difesa di contestare l'inosservanza delle regole di ammissibilità previste dalla *lex loci*.

[510] Corte. Edu, 4 dicembre 2015, Zakharov c. Russia, cit.

[511] Si precisa che non si rinviene nel provvedimento spagnolo alcuna norma puntuale dedicata alle impugnazioni che possa essere speculare agli artt. 14 della Direttiva OEI e 13 del d.lgs. 108 del 2017.

davanti al giudice per le indagini preliminari.

In particolare, i commi da 1 a 6 dell'art. 13 del decreto disciplinano l'opposizione successiva (e conseguente) alla comunicazione del decreto di riconoscimento, la quale viene garantita in tutti quei casi in cui la legge processuale italiana preveda la sussistenza del c.d. diritto di avviso al difensore. Tale garanzia è necessitata anche dalla generale assenza di un vaglio giurisdizionale sulla sussistenza dei requisiti per il riconoscimento e l'esecuzione dell'ordine europeo d'indagine.

La disciplina prevede che, entro cinque giorni dalla comunicazione del decreto di riconoscimento, la persona sottoposta alle indagini e il suo difensore possano proporre opposizione al giudice per le indagini preliminari, il quale decide con ordinanza dopo aver sentito il pubblico ministero[512].

Tale ordinanza viene comunicata al pubblico ministero e notificata all'interessato e, della stessa, il Procuratore della Repubblica è tenuto ad informare senza ritardo l'autorità di emissione in modo tale che sia aggiornata sullo stato della procedura di cooperazione.

In caso di accoglimento dell'opposizione, il decreto di riconoscimento è annullato e, di conseguenza, non potrà essere dato luogo all'esecuzione dell'ordine.

Tuttavia, è espressamente previsto che tale opposizione non abbia effetto sospensivo dell'esecuzione dell'ordine d'indagine e della trasmissione dei risultati delle attività compiute in virtù di questo.

Tale previsione comporta la peculiare conseguenza che, quanto compiuto fino al momento dell'eventuale accoglimento dell'opposizione da parte del giudice per le indagini preliminari, venga trasmesso e possa essere, pertanto, astrattamente (ma anche in concreto) utilizzato dall'autorità di emissione.

Il legislatore, volendo probabilmente bilanciare tale previsione, ha disposto che il pubblico ministero possa, in ogni caso, non trasmettere i risultati

---

[512] Qualora venga accolta l'opposizione proposta dall'indagato, non sembra essere chiara la sorte dell'esecuzione dell'atto, giacché nelle more di esso non sembra possibile la sospensione dell'esecuzione, così A. GAUDIERI *op. cit*. pag. 2032. Sul trasferimento delle prove, A. MANGIARACINA, *Il procedimento di esecuzione dell'OEI e i margini nazionali di rifiuto, in AA.VV., L'ordine europeo di indagine penale. Il nuovo volto della raccolta transnazionale delle prove nel D.Lgs. n. 108 del 2017* (a cura di M. Daniele, R.E. Kostoris), Torino, 2018, 131 e segg.

delle attività compiute allorquando dalla trasmissione possa derivare un grave e irreparabile danno alla persona indagata, all'imputato o ad altra persona comunque interessata dal compimento dell'atto.

Il comma 7 disciplina, successivamente, l'impugnazione in caso di sequestro.

Legittimati a proporre opposizione al decreto che riconosce il sequestro a fini probatori sono l'indagato (o imputato), il suo difensore, la persona alla quale la prova o il bene sono stati sequestrati e quella che avrebbe diritto alla loro restituzione.

Avverso l'ordinanza del giudice per le indagini preliminari, il pubblico ministero e gli altri soggetti interessati hanno diritto a proporre ricorso per cassazione per violazione di legge entro dieci giorni dalla sua comunicazione o notificazione, sul quale la Corte di Cassazione decide entro trenta giorni secondo le forme della camera di consiglio.

La scelta di prevedere un'impugnazione più ampia per i casi di sequestro è giustificata in ragione del fatto che all'indagato, come al terzo che vanti diritti sulla cosa oggetto di vincolo, l'ordinamento interno riconosce il diritto al riesame e all'appello e, in caso di diniego di restituzione, i provvedimenti sono, poi, entrambi ricorribili per cassazione.

Al fine di adeguare, quindi, le modalità previste in tema di impugnazioni del diritto interno all'atto richiesto dall'estero, il decreto estende la facoltà di ricorso in sede di legittimità anche avverso l'ordinanza resa all'esito dell'opposizione.

Ulteriore aspetto che merita di essere sottolineato è che il legislatore interno non abbia inteso riportare in maniera espressa quanto sancito dall'art. 14.3 della Direttiva che obbliga le autorità di emissione e di esecuzione a fornire "in tempo utile" le "informazioni in merito alle possibilità di impugnazione disponibili ai sensi del diritto nazionale".

La mancanza di cui si è appena dato atto non è sicuramente di poco conto, essendo tale previsione l'unico appiglio al principio della parità delle armi

tra accusa e difesa e dell'equità processuale (di cui all'art. 6 CEDU)[513] offerto dal legislatore europeo.

All'indomani dell'emanazione della Direttiva, infatti, uno dei problemi che preoccupava gli studiosi e i pratici del processo penale era legato proprio alle carenze informative della difesa, conseguenti alla mancata previsione dell'accesso al fascicolo del procedimento instaurato nello Stato di emissione. Un *vulnus* esistente nella Direttiva 2012/13[514] in tema di diritto all'informazione, che omette di estendere il diritto alla conoscibilità degli atti di indagine (previsto al suo art. 7) anche ai procedimenti di tipo sovranazionale e nella Direttiva 2013/48[515] dettata in tema di diritto al difensore, che non prevede alcuna procedura di coordinamento fra il difensore dello Stato di esecuzione e quello dello Stato di emissione.

L'art. 14.3 della Direttiva OEI, prevedendo un obbligo in capo alle autorità di ambo gli Stati coinvolti di fornire le informazioni in merito alle possibilità d'impugnazione, era stata vista quale ancora di salvezza che avrebbe permesso di ricomprendere anche la conoscibilità di quegli atti del procedimento che si manifestano rilevanti ai fini di un'impugnazione (salva, ovviamente, la necessità di preservare la segretezza delle indagini).

---

[513] E. LORENZETTO, *L'assetto delle impugnazioni*, in AA.VV., *L'ordine europeo di indagine penale. Il nuovo volto della raccolta transnazionale delle prove nel D. Lgs. n. 108 del 2017* (a cura di M. Daniele, R.E. Kostoris), Torino, 2018, 151 e segg.; A. GAUDIERI, *Opposizione al decreto di riconoscimento dell'ordine europeo di sequestro: scenari*, in Giurisprudenza Italiana Vol. Agosto-Settembre 2020, commento a Cass. Pen. Sez. VI, 28 gennaio 2020 n. 3520; Ancora M. DANIELE, *L'impatto dell'ordine europeo di indagine*, cit.

[514] Direttiva 2012/13/UE sul diritto all'informazione nei procedimenti penali . La sua attuazione in Italia è avvenuta con decreto legislativo 1° luglio 2014, n. 101, GU n.164 del 17 luglio 2014, entrato in vigore 16 agosto 2014. La sua attuazione in Spagna è stata effettuata conla *Ley Orgánica* 5/2015, Boletín Oficial del Estado (B.O.E) n. 101/2015, pubblicata in data 28 aprile 2015 (successivamente modificata, riferimento B.O.E. 279/2015, pubblicato in data 21 novembre 2015).

[515] Direttiva 2013/48/UE del 22 ottobre 2013, relativa al diritto di avvalersi di un difensore nel processo penale e nel procedimento di esecuzione del mandato d'arresto europeo, pubblicata in GU 294/1 del 6 novembre 2013. L'Italia ha attuato la Direttiva con d.lgs. 15 settembre 2016, n. 184, pubblicato in GU n. 231 del 3 ottobre 2016. La l'ha attuata con la *Ley Orgánica* 13/2015, del 5 ottobre 2015, *de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica*, pubblicata nel Boletín Oficial del Estado (B.O.E.) n. 239 in data 6 ottobre 2015 (poi modificata e pubblicata in B.O.E. n. 285/2015 in data 28 novembre 2015).

Tale ancora di salvezza, sfortunatamente, è stata sottovalutata dal legislatore interno il quale non ha ritenuto di dover inserire previsioni esplicite che attuassero ed interpretassero in questo senso quanto previsto dal comma 3 dell'art. 14 della Direttiva.

III.4.1.2 Le disposizioni dettate per particolari atti di indagine

Il capo II del Titolo II del decreto disciplina nel dettaglio alcuni particolari atti di indagine.

Il primo, regolato all'interno dell'art. 16 del decreto di attuazione, è il trasferimento temporaneo nello Stato di emissione di persone detenute o internate in Italia al fine di poter compiere un atto di indagine o di assumere una prova[516].

Condizione preliminare individuata dal legislatore (come si è avuto modo di vedere sia italiano che spagnolo) è la necessaria sussistenza del consenso della persona detenuta o internata di cui si chiede il trasferimento. Consenso che deve risultare da atto scritto e che si considera validamente prestato solo se la persona detenuta ha avuto modo di conferire con il proprio difensore e se rispetta le modalità stabilite dall'ordinamento interno, ivi comprese quelle per le quali, se le condizioni psicofisiche incidono sulla capacità del soggetto, questi sia assistito da un curatore, da un tutore o da un amministratore di sostegno[517].

Sempre in attuazione delle prescrizioni della Direttiva, ma in aggiunta di ulteriori garanzie, il decreto prevede che, una volta prestato il consenso della persona di cui si chiede il trasferimento, l'ordine di indagine è eseguito, previo nulla osta del giudice[518] che provvederà a riguardo tenendo conto dell'età e delle condizioni di salute fisica o mentale, secondo le modalità previste dal

[516] Si sottolinea sin d'ora che l' articolo successivo detta la medesima disciplina per il trasferimento temporaneo in Italia di persone detenute nello Stato di emissione.
[517] Come precisato anche dal par. 3 dell'articolo 22 della Direttiva 41 del 2014 e dell'art. 214.2 PLRLRM.
[518] Da individuarsi nel giudice che procede o nel magistrato di sorveglianza allorché la persona sia internata o condannata in via definitiva.

Procuratore della Repubblica, d'accordo con l'autorità di emissione, i quali, contestualmente, determineranno anche la fissazione della data di rientro in Italia (nel rispetto dei termini massimi di custodia cautelare o del termine di cessazione della pena in esecuzione). Durante il periodo di trasferimento e di detenzione all'estero[519], la persona trasferita gode di un'immunità che la pone al riparo da qualsiasi azione giudiziaria per la commissione di fatti diversi da quelli per i quali è stato disposto il trasferimento o per condanne pronunciate prima della sua partenza. Immunità che, tuttavia, come previsto anche dal legislatore spagnolo in attuazione della Direttiva, ha termine se la persona trasferita, pur avendo avuto la possibilità di lasciare il territorio per quindici giorni consecutivi dalla data in cui la sua presenza non è più richiesta, si sia trattenuta comunque nel territorio ovvero vi sia tornata dopo averlo lasciato.

Si è già avuto modo di rimarcare che il legislatore europeo ha messo in luce l'importanza del ricorso agli strumenti informatici e tecnologici per il compimento di atti di indagine e di acquisizione probatoria[520].

Il primo atto specifico regolato dal legislatore che ricorre a tale scienza è l'audizione della persona sottoposta ad indagini, dell'imputato, del testimone,

[519] Si rammenta che il periodo di detenzione trascorso all'estero, da un lato, è computato a ogni effetto nella durata della custodia cautelare e dall'altro è considerato, nel caso di detenuto in espiazione della pena, come trascorso in Italia. A tal riguardo è opportuno ricordare che la Corte costituzionale n. 143 del 7 maggio 2008, nel dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 33 della l. n. 69 del 2005 nella parte in cui non prevede che la custodia cautelare all'estero sia computata anche agli effetti della durata dei termini di fase previsti dall'art. 303
c.p.p. ha rilevato: "l'equivalenza tra custodia all'estero e custodia cautelare in Italia è stata affermata con riferimento all'estradizione stessa, a maggior ragione, deve operare in relazione ad uno strumento - quale il mandato d'arresto europeo - che poggia sul principio dell'immediato e reciproco riconoscimento del provvedimento giurisdizionale". Per consultare il testo della sentenza si rimanda a federalismi.it al seguente link: http://www.federalismi.it/ApplOpenFilePDF.cfm?artid=10005&dpath=document&dfile=16052001 61506.pdf&content=Corte+Costituzionale,+Sentenza+n.+143/2008,+in+tema+di+custodia+cau telare+all%E2%80%99estero+in+esecuzione+del+mandato+d%E2%80%99arresto+europeo+- ++-++- .

[520] In dottrina, sull'utilizzo delle nuove tecnologie si veda per tutti: M. JIMENO BULNES, *Las nuevas tecnologías en el ámbito de la cooperación judicial y policial europea*, in Revista de Estudios Europeos, 2002, 32, 97 ss.

del consulente tecnico o del perito mediante video o teleconferenza[521], la cui disciplina si rinviene all'interno degli articoli 24 della Direttiva e 18 del d.lgs. n. 108/2017 di attuazione[522].

In particolare, la disposizione di cui all'art. 18 del decreto, in perfetta sintonia con quanto disposto dalla Direttiva, prevede che le autorità di esecuzione ed emissione pervengano ad un accordo relativamente alle modalità dell'audizione che tenga conto di eventuali esigenze di protezione della persona da ascoltare[523] specificando che, per quanto concerne l'audizione dell'indagato o dell'imputato, si potrà dare corso alla richiesta solo se gli interessati acconsentono a rendere dichiarazioni e che, quando a essere sentito sia un testimone, dovrà essere assicurata la facoltà di astensione prevista dagli artt. 199 ss c.p.p.[524] nonché le ulteriori garanzie, eventualmente previste dall'ordinamento dello Stato di emissione.

Una volta concordate le modalità dell'audizione il pubblico ministero e il giudice – ciascuno nell'ambito delle rispettive attribuzioni – identificata la

[521] Per un approfondimento sul tema si rimanda anche a: B. PIATTOLI, *Videoconferenze e cooperazione nel processo penale*, in Memorie della Facoltà di Giurisprudenza, Università del Piemonte orientale "Amedeo Avogadro", Milano, Giuffré, 2005; II, 17; J. C. ORTIZ PRADILLO, *El uso de la videoconferencia en el proceso penal español*, in Revista brasileira de ciências criminais, 2007, 67, 164 ss.; F. VALBUENA GONZÁLEZ, *La intervención a distancia de sujetos en el proceso penal*, in Revista del Poder Judicial, 2007, 85, 221 ss.; F. VALBUENA GONZÁLEZ, *Una perspectiva de derecho comparado en la Unión Europea acerca de la utilización de la videoconferencia en el proceso penal: los ordenamientos jurídicos español, italiano y francés*, in Revista de Estudios Europeos, 2009, 53, 117 ss.; F. VALBUENA GONZÁLEZ, *Proceso penal y videoconferencia*, in *Derechos y nuevas tecnologías*, III, Universidad de Deusto, San Sebastian, 2011, 83 ss.

[522] Nonché all'art. 216 PLRLRM per quanto concerne la speculare disciplina spagnola.

[523] Si rammenta che, nei casi in cui, secondo quanto previsto dalla legge processuale interna o perché espressamente richiesto dall'autorità di emissione, sia il giudice a dover assumere l'atto,il Procuratore della Repubblica, conformemente anche a quanto emerso in precedenza, deve richiedere l'esecuzione dell'ordine di indagine al giudice per le indagini preliminari.

[524] L'art. 199 c.p.p. regola la deposizione dei prossimi congiunti dell'imputato e prevede che non siano obbligati a deporre salvo il caso in cui non abbiano presentato denuncia, querela, o istanza, o se siano (essi o un loro prossimo congiunto) allo stesso tempo persona offesa dal reato. Il giudice, pertanto, avvisa a pena di nullità le persone predette della facoltà di astenersi chiedendo loro se intendono avvalersene. Diversa è, invece, la disciplina contenuta negli artt. 200-204 c.p.p. che si occupano delle ipotesi di segreto nonché quella di cui agli artt. artt. 205-206 c.p.p. in materia di audizione di particolari soggetti quali il Presidente della Repubblica o gli agenti diplomatici.

persona da sentire, provvederanno agli avvisi così come disciplinati dal codice di procedura penale[525] e, allorquando necessario, alla nomina di un interprete[526]. L'audizione verrà condotta dall'autorità di esecuzione, nel pieno rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento giuridico italiano (e fermo restando l'applicabilità, ai fatti commessi nel corso della videoconferenza, di delitti contro l'attività giudiziaria previsti dal codice penale), la quale provvederà, successivamente, a trasmettere il verbale all'autorità dello Stato richiedente.

L'articolo 19 disciplina, invece, specularmente all'art. 25 dellaDirettiva, la possibilità di sentire testimoni o periti con il mezzo telefonico, anziché con la videoconferenza (rinviando, con riferimento alla procedura da seguire, all'articolo 18 del decreto legislativo in quanto compatibile).

Trattandosi di una modalità di audizione non contemplata nel nostro ordinamento, il legislatore la prevede esclusivamente nell'ipotesi in cui ne venga fatta specifica richiesta dall'autorità di emissione allorché non sia opportuno o possibile che il testimone o il perito compaiano personalmente dinnanzi all'autorità[527].

Pare doveroso, a questo punto, soffermarsi per una prima, breve riflessione.

Gli *standard* di raccolta delle prove, che dovrebbero servire da parametro, spesso si attestano su livelli minimali.

Ci si riferisce al rimando, effettuato dalla stessa Direttiva, al necessario rispetto degli obblighi discendenti dall'art. 6 TUE e, pertanto, al dovere di osservare i diritti ed i principi garantiti dalla Carta di Nizza, dalla CEDU e dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati.

---

[525] Ci si riferisce alle disposizioni in materia di: notifica di ora e luogo della comparizione; citazione del testimone, del consulente tecnico o del perito; invito dell'indagato o dell'imputatoa comparire.

[526] Si rimanda alle riflessioni sul rapporto tra il diritto alla traduzione e il diritto di difesa effettuate all'interno del par. III.1.2.1.

[527] Si è già avuto modo di vedere nel secondo capitolo del presente lavoro che la teleconferenza è stata disciplinata anche per quanto attiene le ipotesi di esecuzione da parte dell'Italia della rogatoria. Per quanto riguarda la Spagna, invece, il legislatore di attuazione sull'assunto che tale attività non è considerata legittima dall'ordinamento spagnolo (e, conseguentemente non è disciplinata) non ha inteso ricomprendere tale strumento all'interno del Progetto neanche con riferimento alla procedura passiva.

In tema di prove dichiarative si pensi alle indicazioni offerte dalla giurisprudenza della Corte europea in tema di diritto al confronto, previsto dall'art. 6.3 lett. d) TUE, che nel *case-law* della Corte non si identifica con l'esame incrociato, ma si scolora nell'occasione adeguata e sufficiente" di rivolgere domande al dichiarante anche in una fase successiva del procedimento ed è, comunque, surrogabile dal divieto di fondare "in modo esclusivo o determinante" la condanna sulle dichiarazioni raccolte dalla sola accusa"[528].

Ebbene, il diritto dell'accusato di esaminare i testimoni a carico, previsto dall'art. 111 della Costituzione italiana, oltre che dall'art. 6.3 lett. d) CEDU, assume una rilevanza centrale (specialmente in ordinamenti come quello italiano).

Ciò in quanto, da un lato, consente alla difesa di contestare le prove dichiarative portate dall'accusa, aumentando le *chances* dell'accusato di ottenere una decisione favorevole e, dall'altro, permette la raccolta di dichiarazioni più attendibili dal punto di vista cognitivo, in quanto dialetticamente testate[529].

Proprio per tali ragioni, l'art. 111 comma 4 Cost., nel prevedere il principio del "contraddittorio nella formazione della prova", richiedendo espressamente l'impiego dell'esame incrociato, declina tale diritto in una versione decisamente forte.

In tema di raccolta transfrontaliera della prova ciò comporterebbe che, operando il criterio della *lex loci*, sarebbe necessaria l'applicazione del metodo dell'esame incrociato anche qualora la richiesta di esaminare un dichiarante provenisse da un'autorità giudiziaria straniera. Tuttavia, l'art. 6.3 lett. d) CEDU, al pari dell'art. 111, comma 3 Cost., si accontentano di uno standard

[528] Sul tema cfr. Corte Edu, 15 dicembre 2011, Al Khawaja e Tahery c. Regno Unito, par. 118 ss. In rapporto alle rogatorie, cfr. Id., 14 dicembre 1999, A.M. c. Italia, par. 26 ss., relativa ad un caso in cui un dichiarante era stato esaminato negli Stati Uniti in assenza del difensore italiano. In dottrina v. L. FILIPPI, *Vincoli probatori e regole di esclusione*, in *Le ragioni del garantismo*, diretta da A. GAITO – E. MARZADURI – O. MAZZA – F. R. DINACCI, *I princìpi europei del processo penale*, a cura di A. GAITO, *Giustizia penale attuale*, Roma, Dike, 2016, 549-550.

[529] Sul tema cfr. N. GALANTINI, *Giusto processo e garanzia costituzionale del contraddittorio nella formazione della prova*, in Diritto Penale Contemporaneo, 7 settembre 2011, 3 ss.

inferiore[530].

La Corte europea ha avuto modo di precisare che la conseguenza della violazione della prescrizione in tema di contraddittorio si manifesta come un'attenuazione del peso conoscitivo delle dichiarazioni, le quali, pertanto, non potrebbero fondare "unicamente o in misura determinante" una sentenza di condanna[531].

Vengono in soccorso, ancora una volta, gli artt. 52 e 53 della Carta di Nizza, i quali offrono il noto paracadute di salvataggio del principio di proporzionalità che impone che sia consentito rinunciare al più alto standard (italiano) solo qualora siano rispettate tutte le condizioni richieste dal suddetto principio per una limitazione del diritto al confronto.

É, insomma, evidente, che il livello da tenere in considerazione con riferimento al diritto al confronto sia fonte di possibili ambiguità che si riflettono sulla raccolta transnazionale delle prove dichiarative.

É spontaneo chiedersi se la conseguenza del combinato disposto di tali previsioni sia quella che il diritto al confronto, nei casi in cui la raccolta transnazionale di una prova dichiarativa coinvolgesse l'Italia, non possa essere inteso e garantito nella sua versione forte.

É indubbio che l'esame incrociato per così dire "fisico" sia il metodo che si auspica di poter attuare in prima battuta mediante la comparizione del dichiarante in Italia adottando, come affermato dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, "ogni ragionevole sforzo" necessario alriguardo[532]. Diversamente, vi sarebbe la possibilità di ricorrere all'esame concelebrato ex.

---

[530] Che si riflette nelle parole della Corte europea dei diritti dell'uomo quando parla "dell'occasione adeguata e sufficiente" per l'accusato di contestare una testimonianza a carico e di esaminarne l'autore "al momento della deposizione o in seguito". Cfr. Corte EDU, 15 dicembre 2011, Al Khawaja e Tahery c. Regno Unito cit.

[531] Ancora Corte EDU, 15 dicembre 2011, Al Khawaja e Tahery c. Regno Unito cit. Tale versione per così dire "debole" è stata accolta anche dall"art. 48.2 della Carta di Nizza. Si vedano le *Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali* (2007/C 303/02), 30 (che vanno tenute in conto ai sensi dell'art. 6.1 TUE), in base alle quali le garanzie previste dall"art.
48.2 corrispondono a quelle dell'art. 6.3 CEDU.

[532] Cfr. Corte Edu, 3 marzo 2011, Zhukovskiy c. Ucraina, par. 43 ss.

art. 9 comma 4 e 5 della Direttiva OEI nello Stato in cui sitrova il dichiarante, possibilmente anche con la partecipazione del difensore[533].

Ecco, quindi, che l'esame incrociato a distanza tramite videoconferenza - e, in subordine, tramite teleconferenza[534] - condotto dall'autorità italiana in base al proprio diritto interno[535], si presenta come ultima *ratio*, che deve essere, comunque, ritenuta legittima in tutti i casi in cui, a fronte delle differenti esigenze che emergono in sede di acquisizione probatoria transfrontaliera, il principio di proporzionalità sia comunque rispettato. Arrivando, adesso, ad altro atto d'indagine specificamente regolato, l'art. 20 del provvedimento legislativo di recepimento, in attuazione dell'art. 28 della Direttiva, disciplina la richiesta di informazioni in tempo reale sul flusso informatico di dati attinenti a un conto bancario o istituto finanziario.

L'articolo prevede che il pubblico ministero dia esecuzione alla richiesta al ricorrere delle condizioni stabilite dagli artt. 255 e 256 c.p.p. in materia di sequestro presso banche e di dovere di esibizione. Il primo prevede, il potere dell'autorità giudiziaria di procedere al sequestro presso banche di documenti, titoli, valori, somme depositate in conto corrente e di ogni altra cosa, anche se contenuti in cassette di sicurezza quando abbia fondato motivo di ritenere che siano pertinenti al reato.

L'art. 256 c.p.p., invece, sancisce il dovere delle persone soggette a segreto professionale o d'ufficio di consegnare all'autorità giudiziaria che ne faccia richiesta tutti gli atti, i documenti, le informazioni e i programmi informatici, nonché ogni altra cosa esistente pressodi esse per ragioni del loro ufficio, incarico, ministero, professione o arte.

---

[533] Possibilità che, sebbene non espressamente contemplata, non è nemmeno esclusa dalla Direttiva, e quindi potrebbe astrattamente costituire oggetto di una richiesta da parte dell'autorità giudiziaria italiana ai sensi dell'art. 9.2. Il tema è strettamente connesso all'annosa questione concernente la partecipazione del difensore alle operazioni investigativein territorio estero.

[534] Occorre rilevare, tuttavia, che si tratta di forma di esame, soprattutto se svolta con un mero collegamento sonoro, meno rispettosa del diritto al confronto a causa dell'assenza di un'interazione fisica tra il dichiarante e le persone che lo esaminano la quale potrebbe distorcere gli indicatori di veridicità della deposizione.

[535] In particolare, l'art. 24.5.c) della Direttiva afferma che: "*l'audizione è condotta direttamente dall'autorità competente dello Stato di emissione, o sotto la sua direzione, secondo il proprio diritto interno*".

In questo caso, quindi, sarà applicabile anche l'eccezione prevista dall'art. 256 ultimo comma c.p.p. che, nel rimandare all'art. 204 c.p.p., fa salva la situazione in cui i predetti soggetti dichiarino per iscritto che si tratti di segreto di Stato ovvero di segreto inerente al loro ufficio o professione.

Per quanto concerne, poi, l'acquisizione in tempo reale dei flussi informatici o telematici provenienti o diretti a banche e istituti finanziari, il pubblico ministero, se necessario, provvederà tramite richiesta al giudice per le indagini preliminari ai sensi dell'art. 266 ss. c.p.p.[536] in materia diintercettazioni di conversazioni o comunicazioni telefoniche e di altre forme di telecomunicazione[537].

Con riferimento a tale atto d'indagine è previsto, pertanto, che nel caso in cui l'ordine non illustri i motivi per i quali gli atti sono rilevanti nel procedimento, il pubblico ministero non possa procedere all'esecuzione dell'ordine prima di ricevere dall'autorità di emissione di fornire la relativa indicazione e ogni altra informazione utile ai fini della tempestiva edefficace esecuzione dell'attività richiesta.

Ancora una volta si sottolinea, quindi, l'importanza della motivazione ai fini garantistici del diritto di difesa.

È imprescindibile, infatti, che un provvedimento che limita in tal maniera un diritto fondamentale qual è il diritto alla riservatezza (diretto corollario del diritto alla libertà personale) non possa considerarsi legittimo in assenza di una motivazione che dia conto delle ragioni alla base della valutazione che ha

[536] In particolare l'art. 266 *bis* c.p.p. sancisce la possibilità di intercettare flussi di comunicazioni relativi a sistemi informatici e telematici. Sul criterio in base al quale si può distinguere l'intercettazione dal sequestro della posta elettronica si veda in giurisprudenza Cass. Pen., Sez. IV, 28 giugno 2016, (del 30 settembre 2016), n. 40903 reperibile in *DeJure* Giuffré. In dottrina si veda il commento di L. GIORDANO, *L'intercettazione delle e-mail (già) ricevute o inviate e l'acquisizione di quelle parcheggiate nella cartella "bozze"*, in Il Penalista,14 novembre 2016.

[537] Per un approfondimento in tema di utilizzo delle nuove tecnologie come strumenti investigativi e, in particolare, di captazione in tempo reale di flussi informatici o telematici, si vedano: W. ABEL, *La decisione della corte costituzionale tedesca sul diritto alla riservatezza ed integrità dei sistemi tecnologici d'informazione - un rapporto sul caso BVerfGE, NJW 2008*, reperibile nel sito www.jei.it; A. BALSAMO, *Le intercettazioni mediante virus informatico tra processo penale italiano e Corte europea*, in Cass. Pen. 2016, 2286; M. TORRE, *Il captatore informatico. Nuove tecnologie investigative e rispetto delle regole processuali*, in Nuovi scenari del processo penale, diretta da G. M. BACCARI, C. CONTI, P. TONINI, Milano, Giuffré, 2017.

effettuato il giudice e che lo ha portato a ritenere che sussistessero tutti i requisiti di legge per l'adozione dell'atto.

Solo con la piena conoscenza del ragionamento effettuato dal giudice e delle motivazioni da questo addotte, infatti, sarà possibile verificare l'effettiva regolarità e legittimità dell'atto assunto e, eventualmente, sottoporre all'attenzione dell'autorità giudiziaria (anche in proiezione futura) elementi a proprio favore che smontino quanto contenuto nella motivazione.

Nel corpo della Direttiva, l'art. 28 disciplina quegli atti d'indagine che implicano l'acquisizione di elementi di prova in tempo reale, in modo continuo e per un arco temporale determinato.

Tuttavia, al contrario del Progetto di riforma spagnolo, il decreto di attuazione non traspone questa previsione nel testo del decreto legislativo.

Non si può, a questo punto, proseguire il discorso senza dare atto dell'esistenza in Italia di un acceso dibattito riguardante l'utilizzo di strumenti investigativi come quelli richiamati dall'art. 28 della Direttiva e, in particolare, sull'utilizzo di virus come captatori informatici.

Tale dibattito, resosi ancora più acceso a seguito della sentenza Scurato delle SS.UU. della Corte di Cassazione che hanno ritenuto, per la prima volta, legittimo l'utilizzo di tali atti d'indagine (sebbene con le dovute cautele e i necessari limiti), è sfociato nella delega al Governo italiano, a seguito della c.d. Riforma Orlando del Processo Penale, al fine dell'emanazione di una disciplina in materia.

L'esistenza di tale dibattito[538], l'assenza di una normativa e l'attesa

[538] Sul tema diffusamente: A. BALSAMO, *Le intercettazioni mediante virus informatico tra processo penale italiano e Corte europea*, cit. 2286; A. CISTERNA, *Spazio ed intercettazioni, una liaison tormentata. Note ipogarantistiche a margine della sentenza Scurato delle Sezioni unite*, in www.archiviopenale.it, 2016, 2; M. DANIELE, *Contrasto al terrorismo e captatori informatici* in Rivista di Diritto Processuale, Padova, Cedam, 2, 2017; L. FILIPPI, *Captatore informatico: l'intercettazione* ubicumque *al vaglio delle Sezioni unite*, in www.archiviopenale.it, 2016, 1; R. FLOR, *Brevi riflessioni a margine della sentenza del Bundesverfassungsgericht sulla c.d. online durchsuchung* nota a Bundesverfassungsgericht del 27 febbraio 2008 in *Riv. dir. pen .econ*., 2009, 3, 679 ss; A. ZAMPAGLIONE, *Il recupero della funzione di garanzia del decreto autorizzativo quale "strada maestra" per arginare le potenzialità invasive del trojan e salvaguardare valori di rilievo costituzionale,* dirittifondamentali.it (web) fascicolo 1/2019; L. GIORDANO, *Presupposti e limiti all'utilizzo del captatore informatico: le indicazioni della Suprema Corte,* in Sistema Penale (web) 4/2020; E. MURONE, *Brevi note sul rapporto tra Trojan Hourse e libertà di autodeterminazione,* in Penale Dir. e proc. 2021; G. TESSITORE, *Sulla nozione di criminalità organizzata ai fini della disciplina in deroga delle intercettazioni, in* Sistema Penale (*Web*) 2023; G.L. GATTA, *Intercettazioni e criminalità organizzata: quando voler precisare si finisce per complicare,* in Sistema Penale n° 7-8/2023.

dell'intervento legislativo, fecero ritenere al legislatore che fosse più opportuno non disciplinare uno strumento investigativo sprovvisto di una puntuale disciplina nell'ordinamento interno.

Il 10 agosto 2023, con l'art. 1 del d.l. n.105/2023, dopo i successivi interventi riformativi (*il d. lgs. 29 dicembre 2017, n. 216 ed il d.l. 30 dicembre 2019, n. 161 convertito dalla l. 28 febbraio 2020, n. 7*), si interviene chirurgicamente sulla disciplina delle intercettazioni – telefoniche, informatiche e ambientali – nei procedimenti per reati di criminalità organizzata.

In sintesi, l'utilizzazione del captatore informatico è stata estesa a tutti i reati per i quali è possibile eseguire le intercettazioni. Il legislatore, dunque, con l'introduzione del comma 2-*bis* nell'art. 268 c.p.p., ha dato copertura normativa all'utilizzo di tale strumento di captazione finora non disciplinato.

Riguardo, poi, alla disciplina delle cc.dd. operazioni sotto copertura[539], l'articolo 21 del decreto di attuazione prevede che l'ordine di indagine per tali operazioni sia riconosciuto ed eseguito nel rispetto della disciplina nazionale, di cui all'articolo 9 della legge n. 146 del 2006.

L'art. 9 appena citato detta unadisciplina generale delle operazioni sotto copertura, autorizzate esclusivamente in relazione a delitti tassativamente previsti[540].

Al pari di quanto previsto dalla Spagna è esclusa la punibilità degli ufficiali e agenti delle forze di polizia che, nei limiti delle proprie competenze, nel corso di specifiche operazioni di polizia, al solo fine di acquisire elementi di prova in ordine ai suddetti delitti, "danno rifugio o comunque prestano assistenza agli associati, acquistano, ricevono, sostituiscono od occultano denaro, armi, documenti, sostanze stupefacenti o psicotrope, beni ovvero cose che sono oggetto, prodotto, profitto o mezzo per commettere il reato o altrimenti ostacolano l'individuazione della loro provenienza o ne consentono l'impiego

[539] Per un approfondimento sul tema si vedano: L. LAFONT NICUESA, *El agente encubierto en el proyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, in Diario La Ley, 2015, 8580; R. SÁNCHEZ GÓMEZ, *El agente encubierto informático*, in La ley penal, 2016, 118; I. VILLAR FUENTES, *Reflexiones sobre el agente encubierto informático*, in *El proceso penal: cuestiones fundamentales,* coord. da O. FUENTES SORIANO, Tirant lo Blanch, 2016, 363 ss.; J. IGNACIO ZARAGOZA TEJADA, *El agente encubierto "online": la última frontera de la investigación penal*, in Revista Aranzadi Doctrinal, 2017, 1.

[540] In particolare, l'art. 9 della l. 146 del 2006, richiama i delitti di cui agli articoli 453 c.p. e ss.; i delitti contro la personalità individuale, i delitti concernenti armi, munizioni *et simila*.

o compiono attività prodromiche e strumentali".

L'esecuzione delle operazioni sotto copertura deve essere previamente autorizzata dall'autorità giudiziaria e l'organo che dispone l'esecuzione delle operazioni deve darne preventiva comunicazione all'autorità competente per le indagini.

Nell'ambito di queste operazioni agli agenti viene conferito pieno potere di azione. Questi possono omettere o ritardare gli atti di propria competenza, compiere attività controllate di pagamento di riscatti nonché ritardare l'esecuzione di provvedimenti di sequestro o l'applicazione di misure cautelari, dandone tempestiva comunicazione al pubblico ministero.

A tutela della riservatezza sulle operazioni (e di coloro che le svolgono) è prevista la reclusione da 2 a 6 anni per chiunque indebitamente riveli o divulghi i nomi degli ufficiali o agenti di polizia giudiziaria che effettuano le operazioni.

Trattandosi di un'attività dotata di un'invasività con pochi eguali, è necessario che il compimento della stessa rivesta un peso di rilievo all'interno del procedimento per cui è stata autorizzata.

Per questo motivo nel caso in cui l'ordine d'indagine non illustri i motivi per i quali gli atti sono rilevanti nel procedimento, il Procuratore della Repubblica prima di darvi esecuzione deve richiedere all'autorità di emissione di fornire la relativa indicazione e ogni altrainformazione utile ai fini della tempestiva ed efficace esecuzione dell'attività richiesta.

Ai sensi del comma 3, ai fini dell'esecuzione della richiesta può essere promossa la costituzione di una squadra investigativa comune.

Previsione che garantisce ulteriormente la tutela degli agenti sotto copertura è quella racchiusa all'interno del comma 4 dell'art. 21 del decreto di attuazione, il quale attribuisce al funzionario dello Stato di emissione che partecipa alle attività nel nostro Paese la qualifica di pubblico ufficiale.

Ciò consente l'applicazione della causa di non punibilità prevista dall'articolo 9 comma 1 della legge n. 146.

Si ricorda, infatti, che, se le operazioni sotto copertura sono autorizzate e si svolgono nel rispetto della norma di cui sopra, gli ufficiali e gli agenti che

le compiono non sono punibili, fermo quanto disposto dall'articolo 51 c.p.[541] (ferma restando la responsabilità civile per eventuali danni causati a terzi per il risarcimento dei quali pagherà lo Stato, che potrà poi rivalersi sullo Stato di emissione).

III.4.1.2.1 Le intercettazioni.

La materia delle intercettazioni è regolata autonomamente all'interno del capo III[542] del decreto dedicato specificamente al procedimento da seguire per dare esecuzione in Italia ad un ordine europeo di indagine che richieda il compimento di tali attività[543].

In particolare, gli articoli 23 e 24 riguardano, rispettivamente, l'intercettazione da realizzare in Italia con l'assistenza tecnica dell'autorità giudiziaria italiana e la notifica all'autorità italiana delle attività di intercettazione già in corso; l'articolo 25 riguarda, invece, la trasmissione dei tabulati[544].

Opportunamente, la relazione illustrativa sottolinea le similitudini tra la Direttiva 2014/41/UE e la convenzione di Bruxelles del 2000 sull'assistenza giudiziaria. L'esigenza avvertita, ancora una volta, è quella di tenere conto del fatto che, il tema delle intercettazioni, si inserisce su un quadro tecnologico

[541] Che prevede che l'esercizio di un diritto o l'adempimento di un dovere imposto da una norma giuridica o da un ordine legittimo della pubblica autorità, escluda la punibilità.

[542] In tema di intercettazioni cfr. per tutti: L. FILIPPI, *L'intercettazione di comunicazioni*, Giuffré, Milano, 1997; J.J. GONZÁLEZ LOPEZ, *Los datos de tráfico de las comunicaciones electrónicas en el proceso penal*, Madrid, *La Ley*, 2007; L. FILIPPI, *Intercettazione,* in *La prova penale*, a cura di FERRUA, E. MARZADURI E G. SPANGHER, Torino, Giappichelli, 2013, 837–990. Si da atto sin d'ora, che l'ordinamento italiano ha di recente attraversato una fase di riforma legislativa che comprende anche il delicato tema delle intercettazioni, sfociato nell'emanazione del decreto legislativo 29 dicembre 2017, n. 216 recante *Disposizioni in materia di intercettazioni di conversazioni o comunicazioni, in attuazione della delega di cui all'articolo 1, commi 82, 83 e 84, lettere a), b), c), d) ed e), della legge 23 giugno 2017, n. 103*, pubblicato in GU n.8 del 11 gennaio 2018. Per un approfondimento sulla recente riforma del processo penale italiano si veda *ex multis* F. DONATELLA, *Riflessioni sulle linee guida della riforma del processo penale,* in Cass. Pen., 2017, 7-8, 2631B.

[543] La richiesta delle autorità nazionali di procedere con intercettazioni in altro Stato dell'Unione (procedura attiva) è invece disciplinata dagli articoli 43 e 44.

[544] In tema di trasmissione di tabulati cfr. C. CONTI, *Intercettazioni e inutilizzabilità: la giurisprudenza aspira al sistema*, in Cass. Pen., 10, 2011, 3638 b.

caratterizzato da un alto coefficiente di innovazione[545].

A ciò consegue la necessità di non parametrare le norme di attuazione a specifiche tecniche, apparendo al riguardo preferibile un quadro giuridico che si esprima in termini più generali.

La relazione evidenzia come, grazie al progresso tecnologico e agli accordi di *roaming* tra i gestori della telefonia, si siano notevolmente ridotte le ipotesi nelle quali lo Stato estero abbia effettivamente necessità dell'assistenza dell'autorità giudiziaria nazionale per realizzare la captazione[546].

In sostanza, non può essere ravvisata la necessità di "*assistenza tecnica richiesta per effettuare l'intercettazione delle competenti autorità nazionali*" in tutte quelle ipotesi in cui l'utenza mobile oggetto dell'intercettazione sia riferibile ad un gestore telefonico che abbia stipulato accordi di *roaming* tali da assicurare in automatico il trasferimento delle comunicazioni sul territorio dello Stato nel quale l'atto deve essere eseguito[547].

---

[545] Ciò è dimostrato dalle numerose modifiche legislative che la materia ha richiesto. Tra queste meritano ulteriore menzione la LO n. 13 del 2015 che, come si è già avuto ampiamente occasione di puntualizzare, ha introdotto una disciplina all'avanguardia di tutti gli strumenti di investigazione tecnologica, tra cui le intercettazioni, all'interno del codice di procedura penale spagnolo; e la Riforma Orlando del processo penale italiano, la quale ha introdotto, tra le altre modifiche, anche importanti novità anche in materia di intercettazioni.

[546] GRASSIA, *La disciplina delle intercettazioni: l'incidenza della direttiva 2014/41/UE sulla normativa nazionale*, in L'ordine europeo di indagine, a cura di T. Bene - L. Luparia - L. Marafioti, Torino, 2016, 199 ss.; PARODI, *Ordine di indagine europeo: la disciplina delle intercettazioni*, in Cass. pen., 3, 2020, 1314 ss. e DE LUCA, *Intercettazioni eseguite mediante ordine europeo di indagine: qualcosa di nuovo sul fronte occidentale?*, in Cass. pen., 2, 2023, 590 ss..

[547] Riportando quanto affermato, specificamente, nella relazione illustrativa, rileviamo:

1. l'insussistenza di problemi a livello esecutivo per un'utenza che fruisca della connettività diretta assicurata da un gestore italiano.
2. nel caso di utenza di un gestore italiano utilizzata in un altro Paese, all‟atto della chiamata il cellulare si connette alla stazione radio base più vicina (sita nel territorio estero). Il sistema della stazione riconosce il numero telefonico (caratterizzato dal prefisso +39) ed il numero IMSI che caratterizzano la chiamata e attraverso imeccanismi automatici di *roaming* tali dati vengono "dirottati" sul sistema nazionale. 3. nel caso di utenza di gestore estero che "si connette" a una stazione radio con base in Italia, non sussistono del pari problemi di esecuzione, in quanto la trasmissione dei dati avviene, almenoin parte, in Italia. 4. nel caso di utenza di gestore estero con chiamata che avviene all‟estero ed è destinata all‟estero, non sussiste, in termini generali, la possibilità tecnica di dare corso aduna intercettazione della comunicazione "collocata" almeno in parte sulla rete italiana.
   Ebbene, nei casi 1, 2, 3 non si presenta la necessità di avvalersi della collaborazione, tecnica‟ di un altro Stato.

Nel caso 4, invece, si tratterebbe di procedere con richiesta di assistenza internazionale (di carattere generale o nell'ambito di una convenzione).

È tuttavia possibile che l'autorità giudiziaria di altro Stato membro debba eseguire un'intercettazione in Italia e abbia, a tal fine, bisogno dell'assistenza tecnica dell'autorità giudiziaria italiana.

In questo caso l'art. 23 del decreto di attuazione prevede che il pubblico ministero abbia il compito di verificare la regolarità "formale" dell'ordine di indagine ai fini del riconoscimento.

A seguito della verifica dei requisiti e del riconoscimento, l'ordine dovrà essere trasmesso al giudice per le indagini preliminari che avrà l'ultima parola per quanto concerne la sua esecuzione.

Difatti, il giudice per le indagini preliminari, alla luce del ruolo di "garante" che gli viene conferito allorquando riscontri la sussistenza di motivi di rifiuto o l'assenza delle condizioni di ammissibilità previste dal nostro ordinamento, potrà e dovrà negare l'esecuzione dandone immediata comunicazione all'autorità di emissione attraverso il Procuratore.

Se, invece, il giudice per le indagini preliminari autorizza l'esecuzione, il Procuratore può procedere trasmettendo direttamente all'autorità estera i flussi comunicativi oppure avviando le captazioni per poi trasmettere le registrazioni e i risultati delle operazioni[548].

La disposizione prevede, inoltre, specularmente a quanto dettato dall'art. 270 *bis* c.p.p., che, nel caso in cui nel corso delle intercettazioni siano acquisite comunicazioni dei servizi di informazione per la sicurezza, il Procuratore, prima di trasmettere i risultati all'autorità richiedente, debba secretare le comunicazioni e custodire i supporti in luogo protetto[549].

L'articolo 24 disciplina, invece, il caso in cui l'autorità giudiziaria di un altro Stato membro dell'Unione Europea stia già procedendo all'intercettazione di un'utenza che si trova in Italia, senza aver avuto bisogno dell'assistenza

[548] L'autorità che ha emesso l'ordine di indagine potrà anche chiedere la trascrizione, la decodificazione o la decrittazione della registrazione.

[549] L'art. 270 *bis* prevede che l'autorità giudiziaria, quando abbia acquisito tramite intercettazioni comunicazioni di servizio di appartenenti al Dipartimento delle informazioni perla sicurezza o ai servizi di informazione per la sicurezza, dispone l'immediata secretazione e la custodia in luogo protetto dei documenti, dei supporti e degli atti concernenti tali comunicazioni e terminate le attività di captazione, trasmette al Presidente del Consiglio dei ministri copia della documentazione contenente le informazioni di cui intende avvalersi nel processo, per accertare se taluna di queste informazioni sia coperta dal segreto di Stato.

tecnica dello Stato italiano.

Ebbene, anche in questo caso, proprio perché si sta intercettando un'utenza collocata nel territorio italiano, l'autorità estera dovrà notificare al Procuratore della Repubblica distrettuale l'avvio delle operazioni.

Questi trasmetterà immediatamente la notizia al giudice per le indagini preliminari che, ancora una volta, potrà ordinare la cessazione delle operazioni in tutti quei casi in cui le intercettazioni riguardino un reato per il quale questo strumento di indagine non è consentito nel nostro ordinamento.

In tal evenienza, spetterà sempre al Procuratore comunicare entro le novantasei ore successive all'autorità giudiziaria dello Stato membro il provvedimento di cessazione e la conseguente non utilizzabilità delle intercettazioni.

Ciò che emerge, quindi, dall'attuazione della Direttiva 2014/41/UE è che, ogniqualvolta in cui si procede alla captazione di utenze estere, anche se ciò è reso possibile dal *roaming* senza bisogno di richiedere assistenza dello Stato nel quale si trova l'utenza, sarà comunque necessario che le autorità giudiziarie di tale Stato siano messe a conoscenza delle operazioni.

Con la conseguente possibilità, da parte di queste, di bloccare le operazioni di intercettazione e rendere inutilizzabili le prove acquisite.

Infine, l'articolo 25 rinvia alle modalità dettate dall'art. 256 del c.p.p.[550], relativo al dovere di esibizione di dati documentali, per l'esecuzione dell'ordine di indagine riguardante i dati del traffico telefonico o informatico (c.d. tabulati) già analizzato nel paragrafo precedente.

[550] Sulle questioni concernenti segreti e dovere di esibizione si segnalano, *ex multis:* Cass. Pen.,Sez. IV, 8 maggio 2003, Lanzetta, in Cass. pen., 2006, 536, con nota di S. RENZETTI, *Acquisizione dei dati segnalati sul display del cellulare: il rischio di una violazione dell'art. 15Cost.*; G. VACIAGO, Digital evidence. *I mezzi di ricerca della prova digitale nel procedimento penale e le garanzie dell'indagato*, Giappichelli, Torino, 2012, 26 ss.; G. VACIAGO, *La disciplina normativa sulla* data retention *e il ruolo degli* Internet service provider, in AA.VV., Internet provider *e giustizia penale. Modelli di responsabilità e forme di collaborazione processuale*, a cura di L. LUPÀRIA, Milano, Giuffré, 2012, 141 ss.; Cass. Pen.,Sez. I, 13 marzo 2013, n. 24219, reperibile in *DeJure* Giuffré; A. ZAPPULLA, *Segreti* versus *contraddittorio in materia di intercettazioni*, in Cass. Pen., 2014, 12, 4320B; M. RICCARDI, *Dati esteriori delle comunicazioni e tabulati di traffico. Il bilanciamento tra privacy e repressione del fenomeno criminale nel dialogo tra giurisprudenza e legislatore*, in Diritto Penale Contemporaneo, 2016, 3, 156 ss.; Sul concetto di roaming, espressione è di MARAFIOTI, *Orizzonti investigativi europei, assistenza giudiziaria e mutuo riconoscimento in Criticità e prospettive*, a cura di Bene, Lupária, Marafioti, Torino, 2016, 24; N. GALLO, *Un altro tassello giurisprudenziale in tema di Ordine Europeo di Indagine Penale (OEI) per l'acquisizione della digital evidence dal server estero*, in arch. pen. (*web*) fasc. n°3/2023 p.3 e ss.

III.4.1.3 I provvedimenti di sequestro.

Come in più occasioni sottolineato, la Direttiva OEI è entrata in vigore in sostituzione anche di quanto previsto dalla Decisione quadro 2003/577/GAI sul sequestro probatorio.

Gli Stati, quindi, oggi possono utilizzare l'ordine europeo di indagine anche per adottare provvedimenti intesi a impedire, in via provvisoria, la distruzione, trasformazione, rimozione, trasferimento e alienazione di elementi che possano essere utilizzati come prove all'interno del giudizio.

L'articolo 26 del decreto, in attuazione dell'art. 32 della Direttiva,infatti, prevede la possibilità che sia emanato, eseguito e riconosciuto anche un ordine europeo di indagine penale avente ad oggetto il sequestro del corpo del reato o delle cose pertinenti al reato.

Il provvedimento di esecuzione deve essere adottato, in assenza di cause ostative, entro ventiquattro ore dalla ricezione dell'ordine di indagine medesimo[551] e le cose sequestrate potranno, successivamente, essere trasferite all'autorità di emissione (con le modalità delineate dall"art.12 del decreto) oppure trattenute in Italia[552].

Occorre precisare che l'art. 32, paragrafo 4, della Direttiva prevede che l'autorità di emissione indichi la data in cui il provvedimento provvisorio è revocato oppure la data stimata della presentazione della richiesta di trasferimento delle prove nello Stato di emissione.

Ciò consente all'autorità di esecuzione di revocare il sequestro (senza, peraltro, indicare espressamente i presupposti per la revoca) e limitarsi ad informare l'autorità di emissione, alla quale, a questo punto, rimarrà l'unica possibilità di formulare osservazioni. L'art. 32, paragrafo 5 della Direttiva precisa, poi, che l'autorità di esecuzione possa, previa consultazione con l'autorità di emissione, in conformità del diritto e delle prassi interni, stabilire

[551] Proprio l'esigenza di provvedere celermente e di facilitare l'ufficio destinatario della richiesta, ha portato a individuare l'autorità di esecuzione sulla base di un criterio geografico di prossimità, nel luogo in cui si trova il bene da sequestrare.

[552] In quest'ultima ipotesi, l'autorità di emissione dell'ordine dovrà indicare il termine trascorso il quale il sequestro si intende revocato.

"condizioni adeguate alle circostanze del caso" al fine di limitare la durata di validità del provvedimento provvisorio[553].

Alla luce di tale prima analisi degli specifici atti di indagine, si può rilevare che i provvedimenti di attuazione (italiano e spagnolo) siano pressoché speculari nella trasposizione delle previsioni della Direttiva.

Emerge, infatti, una fedele coerenza in quasi la totalità delle norme fin qui analizzate che rappresenta senza dubbio la cosciente volontà degli Stati di partecipare fattivamente a tale ricostruzione della cooperazione giudiziaria.

III.4.2 La procedura attiva.

La procedura attiva d'invio di un ordine europeo di indagine penale è regolata all'interno del Titolo III del decreto di attuazione, in particolare, all'interno degli articoli da 27 a 36.

Il campo d'applicazione della disciplina viene individuato dall'art. 27 nel procedimento penale e nel procedimento per l'applicazione di una misura di prevenzione patrimoniale e l'ordine di indagine, che può essere emesso tanto dal pubblico ministero quanto dal giudice (*nell'ambito delle rispettive attribuzioni*), viene indirizzato direttamente all'autorità di esecuzione[554].

Pare opportuno segnalare sin d'ora che, per quanto il decreto sia ancora una volta fedele a quanto sancito dalla Direttiva, non risulta esente da alcune criticità[555].

La prima riguarda le regole di ammissibilità delle prove.

Ci si riferisce anorme che fissano i requisiti che attengono l'*an* delle operazioni istruttorie, come la necessità dell'autorizzazione da parte di un giudice o di un pubblico ministero, la presenza di una base fattuale e l'attinenza

[553] In tale ipotesi sarà cura dell'autorità di emissione notificare immediatamente all'autorità di esecuzione la revoca del provvedimento provvisorio.

[554] Ipotesi, questa, in cui il giudice procederà sentite le parti. Sempre l'art. 27 del decreto, al suo secondo comma, prevede che, nel caso in cui si tratti di indagini relative ai delitti di cui all'articolo 51, commi 3 *bis* e 3 *quater*, del codice di procedura penale, dell"emissione dell"ordine di indagine debba essere data informazione al Procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo, ai fini del coordinamento investigativo.

[555] M. DANIELE, *L'ordine europeo di indagine penale entra a regime. Prime riflessioni sul d. lgs. n. 108 del 2017*, pubblicato in Diritto Penale Contemporaneo in data 31 luglio 2017.

del procedimento a reatidi una certa gravità.
Tali presupposti sono puntualmente previsti dai legislatori nazionali in rapporto a tutti quegli atti probatori che hanno ripercussioni sui diritti fondamentali[556].

All'interno della Direttiva, infatti, emerge la necessità di salvaguardare le regole di ammissibilità delle prove operanti tanto nello Stato di emissione quanto in quello di esecuzione.

Stesso discorso, tuttavia, non può farsi per il decreto.

Se, infatti, l'art. 6 comma 1 della Direttiva (e, specularmente, l'art. 189 PLRLRM) sancisce chiaramente che l'ordine europeo d'indagine possa essere disposto solo allorché l'atto istruttorio avrebbe potuto essere emesso "alle stesse condizioni in un caso interno analogo", l'art. 27 del decreto non riproduce tale previsione omettendo di richiedere l'osservanza di altri requisiti di ammissibilità previsti dal nostro sistema.

Quanto, invece, all'osservanza delle regole di ammissibilità delle prove vigenti nello Stato di esecuzione, l'art. 10, comma 1,lett. b), della Direttiva prescrive che, se l'ordine europeo di indagine concerne un atto coercitivo, perché possa essere riconosciuto deve essere parimenti previsto al verificarsi di "un caso interno analogo"[557].

In caso contrario e, quindi, nell'ipotesi in cui non vi fosse la presenza di tutti i requisiti di ammissibilità previsti dalla *lex loci*, l'acquisizione probatoria rischierebbe di entrare in conflitto con le prescrizioni della CEDU per la quale il rispetto di tali parametri è indispensabile per evitare che i diritti fondamentali siano compressi in modo arbitrario[558].

[556] Si pensi, ad esempio, alle perquisizioni e ai conseguenti sequestri o alle intercettazioni di comunicazioni, capaci di interferire con il diritto alla riservatezza; oppure ai prelievi biologici coattivi, suscettibili di riflettersi sul diritto alla libertà personale.
[557] Secondo quanto previsto nel considerando n. 10 della Direttiva, tale disponibilità riguarda i casi in cui l'atto richiesto "è previsto dal diritto dello Stato di esecuzione, ma è legittimo solo in determinate circostanze". Ad esempio, quando "può essere svolto solo per reati di una certa gravità, contro persone rispetto alle quali grava già un certo grado di sospetto o con il consenso della persona interessata". La disponibilità, pertanto, si identifica con la presenza di tutti i requisiti di ammissibilità della prova previsti dalla *lex loci*.
[558] Vedi Corte EDU, 4 dicembre 2015, Zakharov c. Russia, cit.

Ancora, l'art. 14 comma 2 della Direttiva prevede la possibilità di contestare le "ragioni di merito dell'emissione dell'OEI" tramite un'impugnazione da proporre nello Stato di emissione.

Specularmente, in tema di sequestro, l'art. 28 del decreto, prevede che l'ordine europeo di indagine relativo al sequestro a fini probatori possa essere impugnato dall'indagato/imputato, dal loro difensore, dalle persone alle quali il bene oggetto di sequestro viene sottratto, con una richiesta di riesame da presentare al Tribunale entro dieci giorni dal sequestro, con le modalità previste dal codice di rito per l'impugnazione delle misure cautelari reali (art. 324 c.p.p.)[559]. Non può, tuttavia, non tenersi conto dell'eventualità che tale impugnazione possa non essere agevole (sia da un punto di vista logistico che sotto un profilo strettamente economico) in tutte quelle ipotesi nelle quali il titolare del bene sequestrato si trovi nello Stato di esecuzione.

É, quindi, indispensabile comprendere se sia consentito estendere l'area operativa degli ulteriori rimedi esperibili in base alla *lex loci,* non confinandoli alle sole questioni che attengono allo svolgimento delle operazioni istruttorie, eventualmente facendo ricorso al secondo comma dell'art. 14 della Direttiva che lascia "salve legaranzie dei diritti fondamentali nello Stato di esecuzione".

L'art. 29 del decreto di attuazione prevede la partecipazione dell'autorità giudiziaria italiana all'esecuzione dell'ordine di indagine emesso.

In particolare, la norma prevede che, se il provvedimento è emesso dal giudice, egli può chiedere di partecipare direttamente alla sua esecuzione, accordandosi con l'autorità competente ad eseguirlo. Se, invece, l'ordine è emesso dal pubblico ministero, egli può partecipare direttamente all'esecuzione, fare partecipare uno o più ufficiali di polizia giudiziaria o promuovere la costituzione di una squadra investigativa comune come si è già avuto modo di

[559] In tema di questioni sull'impugnazione delle misure cautelari reali M. BONTEMPELLI, *Il controllo sui vizi della motivazione nel riesame riformato*, in Riv. It. Dir. Proc. Pen., 2016, 2, 0559 F. La prescrizione di cui all'art. 28 del decreto è rinvenibile nella sentenza Monnier delle Sezioni Unite (Cass., Sez. Un., 16 aprile 2003, Monnier, n. 21420), ai sensi del quale il sequestro disposto all'estero presupporrebbe un provvedimento implicito di sequestro interno. Per un approfondimento ulteriore A. GAUDIERI, *opposizione al decreto di riconoscimento dell'OEI di sequestro: scenari*, in Giurisprudenza Italiana Vol. Agosto-Settembre 2020 pag. 2025 e ss.

approfondire[560].

L'ordine d'indagine emesso deve contenere l'indicazione dell'autorità di emissione, dell'oggetto e delle ragioni alla base della richiesta, nonché l'individuazione della persona interessata dal compimento dell'atto, la descrizione del fatto per cui si procede e le norme di legge che si assumono violate e, infine, la descrizione dell'atto richiesto esattamente come disposto dall'art. 5 della Direttiva.

Una volta emesso l'ordine, in base all'art. 32 del decreto, sarà trasmesso:

- *unitamente alle ulteriori comunicazioni necessarie ai fini della sua esecuzione;*
- *all'autorità indicata dallo Stato di esecuzione nella lingua ufficiale di quest'ultimo (o in altra lingua all'uopo richiesta dall'autorità di esecuzione), con l'ausilio del Ministero della Giustizia allorquando si reputi necessario ilsuo intervento*[561].

Tale disposizione riflette quanto sancito all'interno dell'art. 7della Direttiva che, al suo comma 7, prevede che in caso di difficoltà "relativa alla trasmissione o all'autenticità di un documento necessario all'esecuzione dell'OEI" si debba ricorrere ai "contatti diretti tra le autorità di emissione e di esecuzione interessate o, se del caso, con l'intervento delle autorità centrali degli Stati membri". Pertanto, l'idea è che le autorità giudiziarie abbiano rapporti diretti senza doversi rivolgere all'autorità centrale, la quale vede completamente riformato il suo

[560] In particolare, per quanto riguarda la richiesta di costituzione di una squadra investigativa comune, questa può essere presentata da ciascun Procuratore della Repubblica in tutti quei casi in cui sussista l'esigenza di compiere indagini in relazione a delitti puniti con pena massima non inferiore a 5 anni di reclusione o ai delitti di cui agli articoli 51, commi 3 *bis*, 3 *quater* e 3 *quinquies*, e 407, comma 2, lettera a), del codice di procedura penale o indagini particolarmente complesse sul territorio di più Stati o di assicurare il loro coordinamento. Intali ipotesi, la richiesta d"istituzione della squadra dovrà essere trasmessa all'autorità competente dello Stato membro (o degli Stati membri) con cui si intende istituire una squadra, nonché anche al Procuratore generale presso la Corte d'appello. Sulla costituzione delle squadre investigative comuni si rimanda a C. RODRÍGUEZ MEDEL NIETO, *Obtención y admisibilidad en España de la prueba transfronteriza: de las comisiones rogatorias a la orden europea de investigación* cit., 116. Si rammenta che lo strumento delle squadre investigative comuni ricopre innegabile importanza nel contrasto alla criminalità transnazionale e, in particolare, oggi, nella lotta ai fenomeni terroristici.

[561] L'art. 32 del decreto configura, in questo caso, la figura del Ministero come figura d'ausilio, esattamente come avviene all'interno della disciplina prevista dall'ordinamento spagnolo.

ruolo all'interno delle procedure di collaborazione e, pertanto, interverrà solo al manifestarsi dell'esigenza. Per quanto concerne l'individuazione dell'autorità competente all'esecuzione dell'atto d'indagine e alla trasmissione dell'ordine, è ammesso ricorso all'ausilio della Rete Giudiziaria Europea[562] (e dei suoi punti di contatto), rete di punti di contatto degli Stati membri, scelti tra autorità giudiziarie (o altre autorità aventi competenze specifiche nel campo della cooperazione giudiziaria internazionale), avente il compito di migliorare la cooperazione tra gli Stati membri dell'Unione Europea a livello giuridico e pratico proprio al fine di combattere la criminalità transnazionale.

Le modalità di esercizio dell'atto di indagine o di acquisizione probatoria vengono concordate dalle autorità giudiziarie di emissione e di esecuzione.

In particolare, l'autorità italiana deve informare quella di esecuzione dei diritti e delle facoltà riconosciuti dalla legge alle parti e ai loro difensori, proprio al fine di assicurare la successiva spendibilità del risultato ottenuto all'interno del processo per cui l'atto è stato richiesto[563].

Ancora una volta, si può confermare una sovrapponibilità dei due provvedimenti di attuazione tra loro e con quello europeo.

La disciplina italiana, poi, specifica che nel caso in cui siano emessi due ordini di indagine tra loro collegati, nell'ordine d'indagine emesso successivamente sia dato atto del legame con il precedente[564] e che possa essere presentato direttamente dall'autorità giudiziaria di emissione che si trovi, eventualmente, a partecipare all'esecuzione dell'ordine precedente.

In estrema sintesi, se nel corso del compimento del primo atto di indagine l'autorità giudiziaria che partecipa all'esecuzione ravvisi l'esigenza di un ulteriore atto di indagine, può formulare direttamente la richiesta.

[562] Cfr. *supra* Cap. I; L. CAMALDO, F. MANFREDINI, *La cooperazione giudiziaria nell'era delle minacce globali e la riforma del libro XI del codice di procedura penale*, in Cass. Pen., 7/8, 2016, 3043 B e segg.; G. DE AMICIS, *Prevalenza del diritto dell'Unione europea, delle convenzioni e del diritto internazionale in generale*, in AA.VV., *Cooperazione giudiziaria penale* (a cura di A. Marandola), Milano, 2018, 3 e ss;

[563] Con riferimento alle questioni inerenti all'utilizzabilità dei risultati probatori ottenuti tramite strumenti di indagine "transnazionale" si segnalano: M.R. MARCHETTI, *L'assistenza giudiziaria internazionale*, Milano, Giuffrè, 2005, 140 ss.; G. UBERTIS, *La prova acquisita all'estero e la sua utilizzabilità in Italia*, in Cass. Pen., 2014, 696 ss.; A. L. MARTÍN GARCÍA, L. M. BUJOSA VADELL, *La obtención de prueba en materia penal en la Unión Europea*, Barcellona, Atelier, 2016.

[564] Utilizzando la sezione D del modello allegato al decreto di attuazione.

Con tale previsione, l'art. 34 del decreto ha inteso trovare ulteriori modalità di semplificazione e snellimento della procedura, che permettessero di razionalizzare i tempi per la conclusione delle operazioni di cooperazione.

Una volta eseguito l'atto richiesto con l'ordine europeo di indagine, l'autorità giudiziaria che lo ha emesso comunicherà (ai sensi di quanto disposto dall'art. 35 del decreto) alle parti e ai difensori gli esiti delle attività compiute dall'autorità di esecuzione.

In questo caso il legislatore non ha parlato esplicitamente di diritto di prendere visione degli atti ed estrarne copia.

Tuttavia, si ritiene che, trattandosi di un procedimento interno, il soggetto sottoposto alle indagini non sarebbe violato nel suo diritto di difesa, poiché le garanzie da questo previste sarebbero, in ogni caso, tutelate e rispettate con l'avviso di conclusione delle indagini di cui all'art. 415 *bis* c.p.p.

Occorre, ora, riflettere sul tema della spendibilità di quel materiale che è stato raccolto in virtù dell'ordine europeo d'indagine.

A tal proposito, l'articolo 36 del decreto affronta espressamente (al contrario del Progetto di riforma spagnolo) il regime di utilizzabilità processuale degli atti di indagine e delle prove assunte all'estero.

Innanzitutto, la disposizione prevede che debbano essere inseriti nel fascicolo per il dibattimento i documenti, i verbali degli atti ai quali i difensori hanno assistito potendo esercitare le facoltà riconosciute alla difesa dall'ordinamento italiano (*ivi compresi, quindi, gli atti assunti con incidente probatorio*) e i verbali degli atti non ripetibili[565].

Gli atti garantiti e gli atti irripetibili raccolti attraverso il nuovo strumento di cooperazione contribuiscono, quindi, a formare il fascicolo per il dibattimento, non diversamente da quelli raccolti mediante il vecchio sistema della rogatoria internazionale[566].

Il giudice, in ogni caso, potrà dare lettura dei verbali di dichiarazioni

[565] G. UBERTIS, *La prova acquisita all'estero e la sua utilizzabilità in Italia*, cit. 696 B.

[566] Specularmente a quanto previsto dall'art. 512 *bis* c.p.p. circa le dichiarazioni rese all'estero anche a seguito di rogatoria internazionale. Pertanto, quando l'ordine di indagine è emesso nel corso delle indagini preliminari, o da parte del giudice per le indagini preliminari, il giudice del dibattimento, a richiesta di parte, può dare lettura dei verbali di dichiarazioni rese all'estero.

rese all'estero nei casi e con le modalità di cui all'articolo 512 *bis* c.p.p.[567]

In sostanza, i risultati degli atti compiuti attraverso il nuovo strumento europeo confluiranno nel fascicolo del dibattimento solo se inquadrabili nell'ambito degli atti garantiti o irripetibili, al fine di garantire il bilanciamento tra il diritto di difesa e l'esigenza punitiva dello Stato.

Negli altri casi, la normativa, mediante il richiamo ai casi e alle modalità dell'art. 512 *bis* c.p.p., consente al giudice del dibattimento di dare lettura dei verbali di dichiarazioni rese all'estero a seguito di ordini d'indagine emessi nelle precedenti fasi del procedimento.

Tale rinvio ha, quindi, ad oggetto, seppur con i limiti previsti dalla disposizione codicistica, i soli verbali di dichiarazioni rese dinnanzi al pubblico ministero durante la fase delle indagini preliminari o innanzi al giudice dell'udienza preliminare ai sensi dell'art. 422 c.p.p..

L'espressa esclusione dei verbali degli atti assunti in incidente probatorio appare, invece, del tutto superflua atteso che essi confluiranno, come naturale e ovvio, nel fascicolo del dibattimento[568].

III.4.2.1 Il ruolo del difensore: l'annosa questione delle investigazioni difensive all'estero.

Con l'introduzione dell'ordine europeo d'indagine si è riacceso il dibattito sulla possibilità, o meglio, sul diritto per il difensore di svolgere indagini all'estero[569].

---

[567] L'art. 512 *bis* c.p.p. prevede testualmente che: *"1. Il giudice, a richiesta di parte, può disporre, tenuto conto degli altri elementi di prova acquisiti, che sia data lettura dei verbali di dichiarazioni rese da persona residente all'estero anche a seguito di rogatoria internazionale se essa, essendo stata citata, non è comparsa e solo nel caso in cui non ne sia assolutamente possibile l'esame dibattimentale".*

[568] A voler fare un confronto, l'ipotesi della procedura passiva si manifesta in termini differenti poiché, in questo caso, ricevuto l'ordine di indagine emesso dall'autorità straniera, il Procuratore della Repubblica presso il Tribunale del capoluogo del distretto in cui debbono essere compiuti gli atti di indagine, provvederà con decreto motivato al riconoscimento nel termine ordinatorio di 30 giorni (o entro il termine indicato dall'autorità di emissione, comunque, non superiore a 60 giorni).

[569] Per un approfondimento sul tema si vedano, *ex multis*: A. FABBRI, *I limiti territoriali nello svolgimento delle indagini difensive*, in L. FILIPPI, GUALTIERI, MOSCARINI, A.

Tra le questioni connesse alla disciplina del nuovo strumento di ricerca e acquisizione probatoria, riemerge di frequente quella legata al rispetto delle garanzie difensive così come sancite all'interno della CEDU e delle Costituzioni dei Paesi membri.

Occorre, a tal proposito, domandarsi ancora una volta, quali prerogative siano conosciute alla difesa e se, tra queste, possa rientrare il diritto di "difendere (/si) provando"[570].

Come noto, l'accresciuta sensibilità nei confronti della difesa e della parità delle parti, quale fondamento del principio del contraddittorio affermato dall'art. 111 Cost., aveva condotto ad affidare alla disciplina delle indagini difensive il compito di ridurre lo squilibrio tra accusa e difesa.

Ebbene, occorre precisare sin d'ora, che la condizione del difensore non cambia configurazione nella disciplina del nuovo strumento europeo in quanto, in primo luogo, non assume un autonomo potere d'iniziativa e, in secondo luogo, non viene previsto un suo diritto di partecipare all'esecuzione dell'atto richiesto con l'ordine.

L'articolo 31 del decreto, in attuazione di quanto previsto dall'art. 1 della Direttiva, disciplina l'ordine europeo emesso dall'autorità giudiziaria italiana su richiesta della difesa dell'indagato, dell'imputato o della persona per la quale è proposta l'applicazione di una misura di prevenzione patrimoniale.

L'unica novità rispetto agli strumenti precedenti è costituita, quindi, dalla possibilità da parte del soggetto destinatario di una misura cautelare patrimoniale o comunque interessato al procedimento in quanto indagato o imputato, di richiedere, tramite il proprio difensore, l'emanazione di un ordine europeo di indagine.

SCALFATI (a cura di), *La circolazione investigativa nello spazio giuridico europeo: strumenti, soggetti, risultati*. Padova, Cedam, 2010, 253 ss; C. ANGELONI, *L'inammissibilità di investigazioni difensive all'estero: una ricostruzione plausibile?*, in Riv. It. Dir. Proc. Pen., 2008, 138.

[570] Cfr. F. M. GRIFANTINI, *Ordine europeo di indagine e investigazioni difensive*, in Processo penale e giustizia, 6, 2016.

Il legislatore, così disponendo, ha inteso dare applicazione al fondamentale diritto di difesa, evitando che l'attivazione del procedimento che concerne il compimento di un atto fondamentale per l'indagato/imputato sia concessa solo all'autorità pubblica.

É bene sottolineare, fin d'ora, che la disciplina del decreto di attuazione avrebbe potuto essere maggiormente garantista in relazione al diritto di difesa. Difatti, l'art. 1 della Direttiva, prevede che la richiesta di cui sopra possa essere effettuata "*nel quadro dei diritti della difesa applicabili conformemente al diritto e alla procedura penale nazionale*".

L'attuazione di tale norma avrebbe potuto permettere una più efficace e completa tutela del diritto di difesa invece, l'art. 31 del decreto, ha previsto semplicemente che il difensore possa presentare al pubblico ministero o al giudice (a seconda della fase del procedimento penale) una richiesta specifica che contenga, a pena di inammissibilità, l'indicazione dell'atto di indagine o di prova che si richiede vengano compiuti con l'ordine europeo di indagine, nonché i motivi che ne giustificano il compimento.

A tale richiesta l'autorità giudiziaria dovrà provvedere con decreto motivato o con ordinanza (aseconda che si tratti di pubblico ministero o giudice per le indagini preliminari), dopo aver sentito le parti[571].

Ciò dimostra che, in fin dei conti, per quanto sia stato conferito un diritto d'impulso, la decisione sull'emissione dell'ordine europeo di indagine è rimessa esclusivamente alla discrezionalità dell'autorità giudiziaria.

A maggior ragione alla luce del fatto che, in caso di rigetto della richiesta, non è prevista alcuna tutela per l'indagato/imputato il quale potrà, semplicemente, "subire" la decisione assunta dall"autorità[572].

Alla luce di ciò, può affermarsi che la previsione del decreto appare del tutto insufficiente poiché, se da un lato riconosce un ruolo propositivo al difensore,

[571] Con la precisazione che, se ad essere richiesto è un sequestro, in base all'art. 368 c.p.p., il pubblico ministero qualora ritenesse di rigettare la richiesta dovrà comunque rivolgersi al giudice per le indagini preliminari.

[572] Al contrario, di fronte all'adozione d'ufficio dell'ordine di indagine relativo ad un sequestroa fini probatori è ammessa la tutela del riesame, dell'appello e del ricorso per Cassazione *ex* artt. 322 *bis*, 324 e 325 c.p.p. È pur vero, ad ogni modo, che nulla vieta al difensore di reiterare in seguito la richiesta.

dall'altro non ammette alcuna tutela avverso il provvedimento di rigetto negando, in tal modo, un controllo giurisdizionale che sarebbe stato quanto mai opportuno[573].

III.4.2.2 La disciplina dei particolari atti di indagine richiesti dall'Italia.

Il Capo II del Titolo III del decreto disciplina la procedura attiva di emissione dell'ordine europeo d'indagine da parte dell'autorità giudiziaria italiana, con riferimento a specifiche attività investigative.

Seguendo l'ordine adottato finora, il decreto analizza come primo atto di indagine il trasferimento temporaneo di persone detenute.

La disciplina è racchiusa all'interno degli artt. 37 e 38 del provvedimento di attuazione che riproducono, sostanzialmente, quanto sancito dagli artt. 16 e 17 dello stesso nell'ambito della procedura passiva.

Pertanto, in entrambi i casi, primo presupposto per poter procedere è la sussistenza del consenso della persona da trasferire.

L'art. 37 disciplina l'ipotesi in cui l'autorità italiana (*pubblico ministero o giudice, a seconda della fase del procedimento penale*) richieda all'autorità di altro Stato membro il trasferimento temporaneo in Italia, a proprie spese, di un soggetto detenuto all'estero, per il compimento di specifiche attività di indagine.

La disposizione prevede che le Autorità debbano concordare tra loro la durata e le modalità del trasferimento.

Il detenuto all'estero verrà, quindi, custodito nella casa circondariale del luogo di compimento dell'atto di indagine o di prova e, nei suoi confronti, non potrà essere emanato nessun provvedimento di limitazione della libertà personale per fatti anteriori e diversi da quelli per il quale il trasferimento temporaneo è stato autorizzato.

Con riferimento a tale ultimo aspetto, in piena corrispondenza con quanto disposto per la procedura attiva, suddetto divieto viene meno nel caso in cui la persona temporaneamente trasferita non abbandoni il territorio nazionale entro

[573] Cfr. sul punto: R. BELFIORE, *Riflessioni a margine della Direttiva sull'ordine europeo di indagine penale*, cit. 3288 ss.

quindici giorni dal momento in cui la sua presenza non è più richiesta o se, dopo averlo lasciato, vi faccia volontariamente ritorno.

Nel caso in cui l'autorità giudiziaria italiana abbia necessità di trasferire temporaneamente all'estero una persona detenuta in Italia per il compimento di un atto di indagine, invece, la disciplina coincide pienamente con quella sancita nel caso di procedura passiva e, pertanto, prevede che il periodo di detenzione scontato all'estero nell'ambito del trasferimento temporaneo venga computato nella durata della pena o della custodia cautelare che il soggetto stava scontando nel territorio italiano.

L'audizione a distanza mediante videoconferenza trova la sua disciplina, invece, all'interno dell'art. 39 del decreto che, ancora una volta analogamente a quanto già previsto nell'ambito della procedura passiva, prevede che attraverso questa modalità di acquisizione probatoria possano essere sentiti l'imputato o l'indagato (se vi consentono), i testimoni, periti, consulenti tecnici e le persone informate sui fatti.

L'ordine d'indagine penale per l'audizione mediante videoconferenza può essere emesso dall'autorità italiana in presenza giustificati motivi per evitare la presenza fisica in Italia delle persone da sentire o nel caso in cui si tratti di persona detenuta nello Stato di esecuzione o, infine, nei casi previsti dall'art. 147 *bis* disp. att. c.p.p., relativamente all'esame degli operatori sotto copertura, delle persone che collaborano con la giustizia e degli imputati di reato connesso.

Il presupposto per poter emettere un ordine di indagine di questo tipo è che l'autorità giudiziaria di esecuzione abbia la disponibilità dei mezzi tecnici necessari alla videoconferenza. Se così non fosse, l'autorità giudiziaria italiana potrà, per il tramite del Ministero della Giustizia, fornirglieli.

L'esecuzione dell'ordine avverrà con modalità concordate, ma l'autorità giudiziaria italiana avrà, comunque, il compito di accertarsi che la persona da ascoltare venga avvertita dei propri diritti e delle garanzie previste dall'ordinamento italiano.

Per quanto riguarda, invece, la conferenza telefonica prevista dalla Direttiva con riferimento a testimoni e periti, tale modalità non è stata oggetto di disciplina da parte del legislatore, in quanto non contemplata dall'ordinamento interno.

Alla pari rispetto alla scelta effettuata per la rogatoria in sede di riforma del Libro XI del codice di procedura penale, infatti, tale attività di acquisizione probatoria, non contemplata dal nostro ordinamento poiché rappresentativa di evidenti violazioni del principio del contraddittorio, ha trovato spazio solo limitatamente alla procedura passiva.

Le ragioni alla base di tale scelta sono evidenti.

Trattandosi di un'attività che risulta incompatibile con principi cardine che guidano tutto il procedimento probatorio, infatti, i risultati probatori ottenuti con l'audizione tramite teleconferenza non potrebbero mai entrare all'interno del procedimento penale poiché ritenuti illegittimi e, pertanto, inutilizzabili ai sensi dell'art. 191 c.p.p..

L'articolo 40 del decreto contempla l'ordine di indagine emanato per procedere ad accertamenti bancari o fiscali mentre gli articoli 41 e 42 (corrispondenti agli articoli 21 e 22 concernenti le richieste dall'estero) riguardano le operazioni sotto copertura.

Nel caso in cui con l'ordine europeo di indagine l'autorità italiana intenda richiedere all'autorità giudiziaria di altro Stato membro di procedere ad accertamenti bancari o fiscali, tale richiesta dovrà essere predisposta nel Modello contenuto nell'Allegato A del decreto[574], all'interno del quale devono essere indicati i motivi della rilevanza dell'accertamento, e tutte le informazioni utili all'individuazione delle banche o degli istituti interessati.

In questo caso la presenza di una motivazione dettagliata assume ancora più rilevanza considerato che, in mancanza della stessa, gli elementi ottenuti dall'esecuzione dell'ordine di indagine sarebbero colpiti da inutilizzabilità.

Con riguardo ai casi in cui l'autorità giudiziaria italiana intenda utilizzare l'ordine d'indagine per lo svolgimento di operazioni sotto copertura, infine, la disciplina rinvia alle modalità disciplinate dall'art. 9 della legge n. 146 del 2006 già analizzate con riferimento alla procedura passiva[575].

---

[574] Ci si riferisce al modello, indicato nell'apposita sezione H4 dell'allegato A del decreto.

[575] La richiesta dovrà essere inoltrata dall'autorità italiana direttamente all'autorità di esecuzione e le operazioni saranno regolate sulla base di specifici accordi tra le autorità. Nel caso in cui quella italiana, per "proteggere" un'operazione sotto copertura in corso, abbia necessità di ricorrere allo strumento di ricerca probatoria europeo questa, ai sensi dell'art. 4 del decreto, potrà emettere l'ordine per chiedere all'autorità giudiziaria di esecuzione di omettere o ritardare

III.4.2.2.1 Il tema delle intercettazioni.

Arrivando agli articoli da 43 a 45 del decreto, questi disciplinano la procedura attiva di emissione, da parte delle autorità giudiziarie italiane, di un ordine di indagine per attività di intercettazione di comunicazioni.

Come già emerso per gli articoli da 23 a 25 del decreto di attuazione, la principale novità dell'attuazione della Direttiva consiste nell'obbligo posto a carico degli Stati di informare sempre, tempestivamente, gli altri Stati membri quando sia in corso o in procinto di essere attivata un'intercettazione di utenze situate all'estero, a prescindere dall'esigenza di una collaborazione tecnica da parte dello Stato sul quale è situata l'utenza da intercettare.

La Direttiva supera, dunque, il dato tecnologico che, oggi, consente nella maggior parte dei casi, di svolgere l'intercettazione in *roaming*, senza ausilio di autorità estere, per richiedere, comunque, che siano fornite informazioni e che sia garantita la possibilità dello Stato ospitante l'utenza intercettata di negare l'autorizzazione alle attività.

In particolare, l'articolo 43 del decreto disciplina l'ipotesi in cui il pubblico ministero abbia bisogno di assistenza tecnica da parte dell'autorità giudiziaria di altro Stato membro, al fine di intercettare un'utenza (dispositivo o sistema informatico o telematico da controllare) che si trova su quel territorio. L'ordine d'indagine che dovrà essere redatto in base a quanto previsto dalla sezione H dell'allegato A, dovrà contenere i dati relativi all'autorità che ha disposto l'intercettazione, gli elementi utili ad individuare la persona da intercettare, i dati tecnici necessari all'operazione, la durata delle operazioni e, infine, i motivi della rilevanza dell'atto.

In tale richiesta, il pubblico ministero dovrà inoltre indicare, come già previsto nell'ambito della procedura passiva, se l'assistenza tecnica consisterà nella trasmissione immediata delle telecomunicazioni, ovvero nella trasmissione

---

a tal fine, provvedimenti cautelari quali l'arresto, il fermo e il sequestro probatorio.

successiva degli esiti [576].

Anche se l'ordine d'indagine è emesso dal pubblico ministero, questi potrà procedere solo previa emissione da parte del giudice per le indagini preliminari di un valido provvedimento di autorizzazione alle operazioni, di cui è fatta espressa menzione nell'ordine di indagine.

La disciplina, di fatto, ricalcapienamente quanto sancito in materia dal codice di procedura penale.

Sarà, pertanto, sempre il giudice per le indagini preliminari a verificare i presupposti della richiesta, in base alla disciplina di cui agli artt. 266 ss. c.p.p. e, quindi, a respingerla in assenza di tali presupposti così come accadrebbe in un caso interno analogo.

L'articolo 44 del decreto riguarda, invece, l'ipotesi in cui, pur non essendo necessaria l'assistenza tecnica, l'intercettazione sia diretta verso un'utenza situata in altro Stato membro. Il pubblico ministero dovrà, in questo caso, informare l'autorità giudiziaria competente dello svolgimento delle operazioni, dal momento in cui ha notizia che l'utenza si trova in altro Stato. All'obbligo di informare, consegue l'obbligo di cessare le operazioni nell'ipotesi in cui l'autorità giudiziaria estera, una volta informata, comunichi che l'intercettazione non possa essere proseguita.

I risultati conseguiti con l'intercettazione potranno essere utilizzati nel procedimento penale alle condizioni stabilite dall'autorità giudiziaria delloStato membro. Ciò comporta che, a meno che l'autorità giudiziaria estera non specifichi l'inutilizzabilità, le prove acquisite prima della cessazione delle operazioni potranno essere utilizzate all'interno del processo italiano. Ovviamente tale disposizione deve essere letta e interpretata considerando quanto disposto in tema di utilizzabilità dal codice di procedura penale.

Ciò significa che, se anche l'autorità di esecuzione nulla dicesse in ordine all'utilizzabilità di quanto ottenuto, in presenza di inosservanza di quanto

[576] In caso di richiesta relativa alla trascrizione, decodificazione o decrittazione, le spese dovranno essere anticipate dallo Stato.

prescritto dagli artt. 266 ss. c.p.p. i risultati raccolti, ai sensi dell'art. 271 c.p.p. non sarebbero, comunque, utilizzabili perché acquisiti in violazione di legge.

L'art. 45 del decreto regola, infine, l'acquisizione dei c.d. tabulati telefonici o telematici, per la quale possono emettere un ordine di indagine tanto il pubblico ministero quanto il giudice, a seconda della fase del procedimento penale. L'ordine d'indagine dovrà contenere, ancora una volta, tutte le informazioni che siano utili ad individuare l'utenza e identificare la persona oggetto di indagine, nonché il reato per il quale si procede.

III.5 Riflessioni conclusive

L'indagine fin qui svolta evidenzia come l'ordine europeo d'indagine costituisca un importante passo avanti da parte degli Stati membri nel cammino della cooperazione giudiziaria per il contrasto alla criminalità transnazionale.

La sua promulgazione evidenzia la piena consapevolezza della necessità della sussistenza di un livello di fiducia tra gli Stati, tale da consentire al sistema di mutuo riconoscimento di operare naturalmente, sulla base di un'approssimazione legislativa che avvicini, per quanto non esattamente nei termini originariamente sperati, le distinte discipline degli ordinamenti che popolano l'Unione Europea.

Uno dei tratti caratterizzanti la disciplina introdotta con questo strumento è il costante ricorso al principio di proporzionalità, quale elemento cardine del mutuo riconoscimento.

La sua osservanza, quale principio fondamentale dall'art. 52 della Carta di Nizza, nonché dalla Corte di Giustizia, è imposta dalla Direttiva (e dalle discipline di attuazione) tanto all'autorità di emissione quanto a quella di esecuzione. Ogni deviazione rispetto agli *standard* di raccolta della prova previsti dal diritto nazionale deve essere strettamente necessaria, trovando un'adeguata motivazione nelle peculiarità della singola situazione.

Conseguentemente, ogniqualvolta dall'esecuzione dell'ordine derivi un sacrificio ai diritti fondamentali "*non giustificato dalle esigenze investigative o probatorie del caso concreto, tenuto conto della gravità dei reati per i quali si procede e della pena per essi prevista*", questo sarà ritenuto in contrasto con il

principio di proporzione e, pertanto, non potrà trovare riconoscimento.

Tuttavia, non si deve cadere nell'erronea convinzione che l'adozione del principio di proporzionalità ai fini dell'acquisizione transnazionale delle prove determini il conferimento alle autorità giudiziarie coinvolte in tali procedimenti il potere di interpretare (o, peggio, modificare) arbitrariamente la normativa a loro favore.

Ciò anche in considerazione del fatto che, punto fermo della disciplina del nuovo strumento euro unitario è rappresentato dalle regole probatorie previste dalla *lex fori*.

Quanto detto comporta, quindi, che l'utilizzo del principio di proporzionalità sia volto proprio a ponderare e limitare le deroghe della *lex fori* rese necessarie per esigenze sostanziali o processuali dell'autorità di esecuzione e della *lex loci*.

Il punto di forza dell'ordine europeo d'indagine è, quindi, da individuare proprio nella costante ricerca di un equilibrio e di un punto di incontro tra la legislazione dell'ordinamento in cui ha corso il processo e quella dello Stato a cui si richiede assistenza per il compimento di attività che avranno, poi, ricadute dirette nel processo che ha sede dinnanzi all'autorità dello Stato richiedente.

Le analogie e le differenze tra la legislazione spagnola e quella italiana, ci portano a compiere una dovuta riflessione.

L'istituto sottoposto ad approfondimento con il presente lavoro di ricerca, di certo rappresenta un'innovazione importante in termini di indagine, di istruttoria e di ricerca probatoria ma le sue lacune e differenze in relazione all'applicabilità concreta, ci induce a pensare come esso debba ancora maturare nella tradizione culturale e giuridica di ogni Stato membro.

Non può sottacersi la circostanza fondamentale che vede ancora oggi molti Stati appartenenti all'U.E., mostrare resistenze in ordine al riconoscimento effettivo e alla concreta applicabilità dell'O.E.I.

La discrezionalità, nel dare effettiva attuazione alle norme contenute nella famosa Direttiva madre del 2014, porta a pensare come si è ancora lontani da una tradizione giuridica che necessita di un'innovazione importante ai fini procedurali per la sua concreta applicazione.

CAP. IV IL PRIMO *REPORT* DI EUROJUST SULL'APPLICAZIONE DELL'OEI: PROBLEMI OPERATIVI, SOLUZIONI E BUONE PRATICHE

IV.1. L'O.E.I. non è una formula magica: finalità e struttura del report di Eurojust. – IV.2. L'ambito applicativo della direttiva 2014/41/UE. – IV.3. Il contenuto dell'OEI: le problematiche emerse in sede di compilazione dell'allegato "A". – IV.3.1. Le sezioni "L" e "J" dell'allegato "A". – IV.4. Le divergenze tra i sistemi processuali dei singoli Stati: la sezione "I". – IV.4.1. Il principio di specialità. – IV.5. I motivi di mancato riconoscimento: doppia incriminazione e ne bis in idem. – IV.6. Il ruolo di Eurojust nella velocizzazione delle procedure di cooperazione. – IV.7. I problemi di comunicazione tra le autorità coinvolte. – IV.7.1. Le difficoltà linguistiche e l'importanza di traduzioni accurate. – IV.8. L'individuazione dell'autorità di esecuzione e i canali di trasmissione. – IV.8.1. Le questioni operative sollevate dal desk irlandese: la clausola di equivalenza di cui all'art. 6 § 1 lett. b) della direttiva europea. – IV.9. La funzione di coordinamento di Eurojust nelle procedure multilaterali. – IV.10. Le più rilevanti problematiche riscontrate nell'ambito degli specifici atti di indagine. – IV.10.1. Il trasferimento temporaneo di detenuti e la privazione della libertà personale nello Stato di emissione. – IV.10.2. Le operazioni sotto copertura tra cooperazione giudiziaria e di polizia. – IV.11. L'audizione tramite videoconferenza: lo status della persona da esaminare, la partecipazione del difensore e la sede di svolgimento. – IV.11.1. La nota tematica elaborata dal desk italiano in tema di audizioni in videoconferenza. – IV.12. Le intercettazioni di telecomunicazioni con e senza l'assistenza tecnica di un altro Stato membro. – IV.12.1. L'interpretazione dell'art. 31 della Direttiva e l'allegato "C". – IV. 12.2. Le questioni operative sollevate dal desk italiano in materia di intercettazioni. – IV.12.3. L'assenza di una definizione di "telecomunicazioni": quale sorte per le intercettazioni tra presenti? – IV.13. L'O.E.I. in tempo di pandemia.

IV.1 *L'O.E.I. non è una formula magica: finalità e struttura del report di Eurojust*

Preme evidenziare la circostanza secondo la quale il 10 novembre 2020 è stato pubblicato il primo *report* di Eurojust concernente l'impiego dell'OEI (*Report on Eurojust casework in the field of the EuropeanInvestigation Order*)[577], sul panorama della cooperazione giudiziaria europea in ambito probatorio. L'obiettivo è stato quello di illustrare, attraverso l'analisi di casi concreti, i principali problemi connessi all'applicazione di tale strumento e alle possibili soluzioni, nonché evidenziare il fondamentale ruolo ricoperto da Eurojust [578], nel tentativo di superare

[577] Il documento integrale nella versione originale in lingua inglese è consultabile *online* all'indirizzo *www.eurojust.europa.eu.*

[578] L. PRESSACCO, *Novità. La relazione annuale del membro nazionale italiano presso Eurojust (2020)*, in *Cass. Pen*., 2021, n. 6, p. 2199 ss.. I dati confermano "un aumento pari al 13% dell'operatività complessiva dell'Agenzia rispetto ai dati del 2019, determinato da ben 4200 nuovi casi trattati (a fronte dei 3892 del 2019), e da 4599 procedure registrate negli anni precedenti, il cui sviluppo operativo ha interessato anche il 2020".

gli ostacoli incontrati e favorire una proficua collaborazione tra le autorità degli Stati membri.

Sebbene la direttiva contenga un esplicito riferimento a Eurojust soltanto nel suo preambolo, precisamente nel *considerando* n. 13 [579], la prassi dimostra, invero, che il suo coinvolgimento nelle procedure di emissione ed esecuzione dell'O.E.I. costituisce, in molti casi, la premessa indispensabile per il buon esito della cooperazione.

Al riguardo, si rileva che, frequentemente, le autorità nazionali si sono rivolte all'Agenzia dell'Unione europea per la cooperazione giudiziaria penale anche in una fase anteriore all'emanazione di un OEI, allo scopo di ottenere informazioni o valutare l'opportunità di adottare un singolo ordine, ovvero di suddividerlo in più richieste condizionate al risultato del primo *("the choice between issuing one single EIO and splitting it into several EIO*").

Il *report* è stato preceduto da alcuni documenti emanati da Eurojust in merito all'utilizzo dell'O.E.I. e da un incontro, tenutosi nel settembre 2018, nel corso del quale gli operatori si sono confrontati sulle prime esperienze legate all'attuazione del nuovo congegno probatorio.

Il risultato di tale incontro è sfociato nell'emanazione di una nota congiunta di Eurojust e della Rete giudiziaria europea del giugno 2019[580], che fornisce informazioni e orientamenti in merito all'applicazione pratica dello strumento in esame, evidenziandone criticità, sfide e buone pratiche.

---

[579] La facoltà di avvalersi dell'intermediazione di Eurojust è prevista unicamente "ai fini della trasmissione dell'OEI all'autorità competente dello Stato di esecuzione", senza valorizzarne appieno le sue potenzialità. In verità, neppure il d.lgs. n. 108 del 2017 contempla espressamente il coinvolgimento di Eurojust nelle procedure di emissione di un OEI. Tuttavia, muovendo dall'art. 7, comma 3, della legge n. 41 del 2005, che pone un obbligo di comunicazione in capo al pubblico ministero procedente ad indagini relative a forme di criminalità rientranti nella competenza di Eurojust, l'informativa al *desk* italiano di Eurojust sembra da ritenersi dovuta, sul versante della procedura attiva, quantomeno "nei casi in cui l'OEI sia emesso nel contesto di indagini rientranti nel perimetro di competenza di questo organismo, che coinvolgano almeno due Stati membri dell'Unione europea o un Paese terzo". A tal riguardo, v. la *Circolare in tema di attuazione della direttiva 2014/41/UE relativa all'ordine europeo di indagine penale*
- *Manuale operativo*, del 26 ottobre 2017, a firma del dott. R. Piccirillo, p. 47, consultabile sul sito *www.giustizia.it*. In dottrina, v. P. SPAGNOLO, *Il procedimento di emissione dell'O.E.I.*, in M. DANIELE - R. E.KOSTORIS (a cura di), *L'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 86, la quale osserva che "l'intervento di Eurojust potrebbe risultare molto utile in un'ampia serie di casi", specialmente quando si tratta di promuovere "un dialogo sulla proposta dello Stato di esecuzione di ricorrere ad un mezzo probatorio meno intrusivo di quello richiesto" o "di definire le modalità di partecipazione alla fase esecutiva o, ancora, all'esecuzione di atti specifici".

[580] Il testo della *Joint Note* è consultabile *online*, all'indirizzo *www.eurojus.europa.eu.*

Dal punto di vista strutturale, a seguito di una breve introduzione sull'intento perseguito, il *report* del novembre 2020 si presenta suddiviso in due parti principali, che riflettono l'essenza del ruolo di Eurojust, di semplificazione (*facilitation*), supporto e potenziamento del coordinamento e della cooperazione *(coordination)*, per poi offrire, in conclusione, una panoramica dei risultati ottenuti dall'analisi dei molteplici casi gestiti e qualche suggerimento pratico.

Una parte consistente del lavoro si sofferma, inoltre, sulle principali difficoltà che si sono mostrate in ordine agli specifici atti d'indagine, dal trasferimento temporaneo di detenuti alle operazioni sotto copertura, dedicando particolare attenzione alla disciplina relativa all'audizione mediante videoconferenza e alle intercettazioni, fonte, quest'ultima, di novità e, al contempo, problemi interpretativi.

La relazione in oggetto si apre con una considerazione di carattere generale sull'OEI, introdotto allo scopo di sostituire e migliorare il quadro normativo esistente in materia di mutua assistenza giudiziaria. Indubbiamente, il ricorso a moduli *standard*, disponibili in tutte le lingue dell'Unione europea, il crescente ruolo attribuito alle autorità giudiziarie e la previsione di limitati motivi di rifiuto e di scadenze temporali hanno determinato il successo dello strumento di raccolta della prova, producendo un impatto positivo sulla cooperazione penale.

Tuttavia, affinché il principio del mutuo riconoscimento possa effettivamente assumere concretezza, sono indispensabili un'adeguata compilazione dei formulari, una corretta interpretazione dei motivi di non riconoscimento contemplati dalla normativa sovranazionale e l'osservanza di tempistiche da parte delle autorità coinvolte nelle procedure di emissione e di esecuzione.

Nell'arco temporale preso in considerazione dal *report*, compreso tra maggio 2017 e maggio 2019, sono stati registrati ben 1.529 casi relativi all'OEI, attivo e passivo, che hanno richiesto il coinvolgimento di Eurojust.

Lo studio dei *casework* condotto dai *desk* nazionali presso l'Agenzia europea ha permesso di identificare le problematiche più rilevanti, riconducibili alle seguenti tematiche: la definizione dell'ambito applicativo della direttiva; il contenuto e le modalità di compilazione delle diverse sezioni dei moduli ad essa allegati; la necessità di colmare le differenze esistenti tra le normative nazionali; l'esigenza di assicurare un'interpretazione stringente dei motivi di rifiuto; la necessità di velocizzare l'esecuzione dell'OEI, identificando i casi che richiedono realmente una trattazione urgente; l'esigenza di agevolare - tramite un tempestivo coinvolgimento di Eurojust – il contatto

diretto e lo scambio di informazioni tra le autorità; le difficoltà connesse a divergenze linguistiche e traduzioni errate o poco precise, foriere di incomprensioni e ritardi ingiustificati; l'incentivo all'utilizzo dei moduli di cui agli allegati "B" e "C" della direttiva; l'individuazione dell'autorità di esecuzione competente cui trasmettere l'OEI; il coordinamento, nei casi multilaterali e più complessi, in fase di esecuzione di un OEI in diversi Stati membri e/o con altri strumenti di assistenza giudiziaria.

Trattasi, come evidente, di problemi aventi natura prevalentemente pratica, legati a differenti aspetti e cicli vitali dello strumento di acquisizione della prova transfrontaliera, che contribuiscono a rendere farraginoso il meccanismo del mutuo riconoscimento in ambito probatorio "*the report clearly indicates that the EIO is not functioning as a well-oiled machine*".

Il *report* mira, dunque, all'approfondimento di ciascuna problematica, individuando soluzioni e buone pratiche e, in definitiva, mettendo in luce come l'esperienza applicativa maturata nel biennio di riferimento abbia dimostrato che l'OEI, al pari del principio del mutuoriconoscimento su cui esso si fonda, non è una formula magica ("*EIO is not a magical formula"*).

Per chiarezza e completezza espositiva, è opportuno ripercorrere le dieci problematiche generali, selezionate da Eurojust e sopra menzionate, per poi volgere lo sguardo alle specifiche misure investigative, cui è dedicata un'intera sezione del *report*.

IV.2 *L'ambito applicativo della direttiva 2014/41/UE*

La prima questione concerne l'esatta individuazione del perimetro applicativo della direttiva europea, sia oggettivo che soggettivo.

Dal punto di vista oggettivo, alcuni Stati hanno riscontrato difficoltà nel tracciare la linea di confine tra cooperazione di polizia e cooperazione giudiziaria e, di conseguenza, nel distinguere i casi in cui ricorrere o meno all'OEI.

Le ipotesi maggiormente problematiche riguardano, nello specifico, le operazioni sotto copertura (*covert investigations*) e le osservazioni transfrontaliere (*cross-border surveillance*), nonostante il considerando n. 9 della direttiva affermi che, in relazione a queste ultime, dovrebbe continuare ad operare la Convenzione applicativa dell'Accordo

di Schengen[581].

Un ulteriore problema si è posto con riferimento ai rapporti tra l'OEI e gli altri strumenti di cooperazione, quali il mandato d'arresto europeo, per ciò che attiene al trasferimento di persone detenute da uno Stato membro all'altro, e i provvedimenti di sequestro preventivo e confisca dei beni.

A tal proposito, sono riportati alcuni casi che mostrano come la distinzione tra i predetti strumenti, sebbene netta a livello teorico, tenda a sfumare sensibilmente nella pratica. In altri termini, non è sempre agevole identificare l'obiettivo perseguito dalla richiesta proveniente dall'estero: se, ad esempio,il trasferimento di una persona sia preordinato all'esercizio dell'azione penale (*purposeof prosecution*) o al compimento di un atto di indagine (*purpose of evidence gathering*) ovvero, con riferimento alla destinazione finale del bene sequestrato, se il sequestro sia richiesto a soli fini probatori (*freezing for evidence gathering)* oppure in vista della futura confisca *(freezing for confiscation)*[582]. Talvolta, è necessario un impiego congiunto o complementare di più strumenti di cooperazione. A tal riguardo, si considera buona pratica la compilazione della sezione

[581] La questione è stata affrontata anche nella *Nota congiunta di Eurojust e della Rete giudiziaria europea sull'applicazione pratica dell'ordine europeo d'indagine*, del giugno 2019, reperibile all'indirizzo *www.eurojust.europa.eu*, p. 23, ove si dà atto che "la maggior parte degli Stati membri ritiene che le osservazioni transfrontaliere rientrino nella cooperazione di polizia e che in questi casi non sia opportuno emettere un OEI. Per altri Stati membri rientrano nella cooperazione giudiziaria. Alcuni Stati membri hanno inoltre precisato che le osservazioni transfrontaliere non rientrino nell'ambito di applicazione dell'OEI, a meno che la procedura non comporti l'uso di dispositivi di controllo, la geo-localizzazione e/o [lo svolgimento di operazioni di] intercettazioni. Le diverse interpretazioni dell'ambito di applicazione dell'OEI riguardo alle osservazioni transfrontaliere possono creare problemi. Una questione riguarda la limitazione dell'utilizzo delle prove ottenute mediante osservazioni transfrontaliere: in alcuni Stati membri le prove raccolte ricorrendo a questo provvedimento possono essere utilizzate dinanzi a un organo giurisdizionale, mentre in altri Stati membri ciò non è possibile."

[582] Il rapporto tra sequestro probatorio e sequestro preventivo alla luce dell'OEI è stata recentemente approfondita dalla *Relazione del membro nazionale di Eurojust*, cit., p. 43, in cui si afferma che "l'esperienza fatta in questi anni attesta un'interpretazione restrittiva fornita dagli altri Paesi in merito alla estensione dell'istituto del sequestro probatorio (per il quale lo strumento previsto è l'ordine di indagine europeo). Tendenzialmente i beni fungibili, e in generale le cose pertinenti al reato e non strettamente funzionali alle esigenze probatorie dello stesso, sono aggredibili solo attraverso il certificato (in precedenza emesso ai sensi del d.lgs. n. 35/16, ora sostituito dal Regolamento 2018/1805). Pertanto, nel caso in cui le autorità nazionali abbiano necessità di individuare preliminarmente e poi sequestrare (con un *freezing order*) beni situati all'estero, questo *desk* ha suggerito la seguente pratica, che potrebbe consolidarsi come pratica ricorrente: emissione contemporanea dell'ordine di indagine, finalizzato alla individuazione dei beni, e del certificato (basato su un provvedimento di sequestro preventivo per equivalente), in modo tale da evitare il pericolo di soppressione o dispersione del bene".

"D" del modulo di cui all'allegato "A" alla direttiva, qualora l'autorità di emissione, al momento dell'inoltro dell'ordine, sia consapevole del possibile mutamento delle finalità dello stesso e dell'eventualità di dover successivamente procedere, ad esempio, alla confisca dei beni sequestrati o procedere alla loro restituzione all'avente diritto.

Diversamente, nessun particolare problema, ad eccezione di casi limitati, si è posto rispetto ai rapporti tra l'OEI e le squadre investigative comuni (*joint investigation team*), il cui regime sembra essere rimasto intatto con l'entrata in vigore della direttiva. La scelta tra l'emissione di un ordine europeo di indagine e l'istituzione di una squadra è rimessa alla valutazione delle autorità procedenti, avuto riguardo alle peculiarità del caso concreto. Sebbene la creazione di una squadra investigativa comune e l'acquisizione di prove nell'ambito della stessa siano espressamente escluse dalla sfera operativa della direttiva OEI, in diversi casi caratterizzati da notevole complessità è stata sperimentata con successo la sinergia tra i due strumenti.

Maggiori difficoltà interpretative[583] ha suscitato, invece, la clausola contenuta nell'art. 34 § 1 della direttiva 2014/41/UE, ove si prevede la sostituzione, da parte della direttiva medesima, delle "corrispondenti disposizioni" contenute nella C.E.A.G. del 1959 e nei due protocolli aggiuntivi, nella Convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen e nella Convenzione di Bruxelles del 2000 tra gliStati membri dell'Unione europea e nel relativo protocollo. Gli iniziali dubbi che attorniavano la generica espressione impiegata dalla norma, non accompagnata dall'elencazione delle disposizioni sostituite, hanno inciso sul legame sussistente tra l'OEI e le rogatorie.

In particolare, in un caso concernente la restituzione alla persona offesa dal reato di furto di un cavallo da corsa, l'autorità di emissione si è rivolta a Eurojust per chiarire se la richiesta avente a oggetto il sequestro e il trasporto dell'animale rientrasse nell'ambito dell'OEI o in quello delle rogatorie.

A seguito di un confronto con l'autorità di esecuzione, reso possibile grazie all'intermediazione di Eurojust, si è optato in definitiva per l'inoltro congiunto di una richiesta di sequestro e restituzione dell'animale, sulla base dell'art. 8 della Convenzione "MAP", e di un OEI relativo all'audizione della persona che ne era in possesso.

[583] Sul tema, v. S. MONTALDO, *A caccia di … prove. L'ordine europeo di indagine penale tra complesse stratificazioni normative e recepimento nell'ordinamento italiano*, in *Giur. pen. web*, 2017, n. 11, p. 1 ss.; S. FRANZ, *Questioni in tema di regime transitorio*,in M. Daniele - R. E. Kostoris (a cura di), *L'ordine europeo di indagine penale,* cit., p. 199 ss.

Sul versante soggettivo, si segnala che Danimarca e Irlanda, nonostante la decisione di rimanere estranee alla direttiva, secondo il meccanismo dell'*opt-out,* spesso ricevono, per errore, ordini d'indagine, in luogo di una rogatoria.

Nondimeno, tali Stati hanno mostrato un atteggiamento flessibile, informando Eurojust della loro disponibilità a trattare gli ordini ricevuti come fossero rogatorie.

Nello specifico, l'Irlanda utilizza come base giuridica la Convenzione del Consiglio d'Europa del 1959, mentre la Danimarca ricorre all'applicazione in via analogica del proprio codice di procedura penale.

L'impossibilità di applicare il principio del mutuo di riconoscimento ai predetti Stati non si traduce, dunque, nell'attivazione di procedure necessariamente lunghe e macchinose.

Lo dimostra un caso in cui l'Irlanda ha provveduto, in meno di tre giorni, all'esecuzione di tutti gli atti richiesti da un altro Stato membro tramite OEI.

IV.3 Il contenuto dell'OEI: le problematiche emerse in sede di compilazione dell'allegato "A"

Sul piano contenutistico, una delle cause principali di mancata o tardiva esecuzione di un OEI è da ricondursi alla trasmissione di informazioni insufficienti, incomplete, poco chiare o contraddittorie, relativamente ad aspetti cruciali, quali l'oggetto, i motivi della richiesta, la descrizione del fatto di reato per cui si procede e l'indicazione dell'atto di indagine da svolgere, a dispetto di quanto previsto dall'art. 5 della direttiva.

Sono, infatti, numerosi i casi in cui sezioni importanti del modulo di cui all'allegato "A" sono state lasciate in bianche o compilate erroneamente. In siffatte ipotesi, l'assistenza prestata da Eurojust ha consentito di chiarire le incomprensioni, di rispondere alle domande provenienti dalle autorità di esecuzione e di favorire lo scambio di documentazione aggiuntiva.

Per quanto concerne, in particolare, la descrizione della condotta penale oggetto d'indagine, Eurojust si è occupato di diversi casi in cui le autorità di esecuzione non riuscivano a decifrarne la natura, a causa di informazioni poco precise o delle differenze esistenti tra le normative nazionali in punto di qualificazione giuridica del fatto.

A livello formale, si è talvolta assistito a un utilizzo improprio della sezione "G", che dovrebbe essere dedicata alla sintesi dei fatti e accompagnata da una dettagliata descrizione dei reati contestati, della loro natura e qualificazione giuridica e da altre

informazioni rilevanti.

In alcuni casi, in luogo della compilazione dell'apposita sezione, è stato trasmesso un documento separato contenente una sintesi dei fatti oggetto del procedimento, mentre, in altri casi, è stata omessa l'indicazione delle informazioni relative alle concrete modalità esecutive e alle circostanze del reato.

Sono, inoltre, pervenute critiche da parte di alcuni Stati nei confronti della struttura dell'allegato "A", ritenuta troppo dettagliata a fronte di indagini semplici e, viceversa, inadatta a soddisfare richieste di cooperazione nell'ambito di indagini più complesse.

In molte occasioni, l'intervento di Eurojust ha permesso di ottenere dall'autorità di emissione informazioni mancanti o più specifiche in relazione a determinati atti di indagine richiesti. In particolare, alcuni OEI concernenti l'audizione dell'indagato o di un testimone non contenevano elementi sufficienti per consentire all'autorità di esecuzione di rintracciare tali persone oppure erano privi di indicazioni di primaria importanza, come il nome della persona da sentire. Altri OEI non specificavano neppure se una determinata persona dovesse essere esaminata in veste di indagato o di testimone, con evidenti ricadute sul piano delle garanzie e delle modalità di svolgimento dell'esame.

Ancora, con riferimento al sequestro (*seizure*) e alla perquisizione domiciliare (*house search*), sono stati ricevuti ordini contenenti errori o informazioni incomplete e generiche su vari aspetti, spazianti dal numero di conto corrente bancario da sottoporre a sequestro all'indirizzo dell'abitazione da perquisire.

Nell'ambito delle intercettazioni di telecomunicazioni, *Eurojust* ha richiamato all'attenzione dell'autorità emittente l'importanza di indicare esplicitamente la sussistenza di un collegamento tra il numero di telefono da intercettare e i fatti oggetto del procedimento, la necessità e la proporzionalità della misura richiesta, nonché l'indicazione della durata delle operazioni e di eventuali proroghe.

Talvolta, l'Agenzia europea si è dovuta confrontare con richieste che apparivano superflue, pretestuose e, come tali, non giustificate nel contesto della cooperazione basata sulla reciproca fiducia e sul mutuo riconoscimento. In un caso caratterizzato da urgenza, l'autorità di esecuzione chiedeva di poter esaminare l'intero fascicolo del procedimento instaurato nello Stato di emissione.

L'autorità emittente inizialmente si opponeva a tale richiesta, sostenendone la contrarietà ai principi fondamentali sottostanti alla direttiva OEI, ma, nel timore che altrimenti l'ordine sarebbe rimasto ineseguito, si dichiarava disponibile a consentirne l'accesso.

Tuttavia, grazie alla mediazione di Eurojust, l'autorità di esecuzione lasciava cadere le proprie pretese e dava esecuzione all'ordine, ancorché parzialmente.

In casi analoghi, le autorità competenti degli Stati membri coinvolti, unitamente a *Eurojust*, hanno pianificato incontri allo scopo di elaborare soluzioni strutturali a fronte di richieste ritenute sproporzionate.

Un altro caso gestito da *Eurojust*, connesso al terrorismo di matrice islamica, ha mostrato come le insistenti richieste dell'autorità di esecuzione, finalizzate ad acquisire informazioni ulteriori rispetto a quelle già ricevute, siano apparse pretestuose, risolvendosi in un vero e proprio ostacolo alla cooperazione.

Nello specifico, nonostante l'invio da parte dell'autorità emittente di informazioni dettagliate circa le prove esistenti a carico del sospettato e gli elementi da cui si desumeva la sua pericolosità sociale, l'autorità di esecuzione rifiutava il riconoscimento dell'ordine, sulla base della asserita insufficienza degli elementi di prova acquisiti.

Ad avviso di Eurojust, si è trattato di un diniego sorretto da valutazioni meramente discrezionali, in contrasto con il principio del mutuo riconoscimento che anima la direttiva.

IV. 3.1 Le sezioni "L" e "J" dell'allegato "A"

Ulteriori difficoltà si sono presentate con riferimento alla compilazione delle sezioni "L" e "J" dell'allegato "A", riservate, rispettivamente, all'indicazione dei dati dell'autorità giudiziaria convalidante l'OEI e ai mezzi di impugnazioni disponibili nello Stato di emissione, spesso lasciate entrambe in bianco.

Per ciò che attiene alla sezione "L", qualora sia richiesta l'esecuzione di misure investigative "coercitive", quali le perquisizioni domiciliari o le intercettazioni di telecomunicazioni, Eurojust suggerisce, per eccesso di zelo, di allegare all'ordine la decisione dell'autorità nazionale che autorizza l'atto richiesto, sebbene l'art. 5 della direttiva non lo prescriva espressamente.

In un caso relativo alle intercettazioni telefoniche, si constatava sia l'omessa compilazione della predetta sezione sia il mancato invio di una copia del provvedimento che autorizza le operazioni, che veniva trasmesso successivamente, dietro esplicita richiesta dell'autorità di esecuzione.

Per il futuro, il *desk* nazionale dello Stato membro di esecuzione non nominato nel *report* – ha prospettato due soluzioni alternative: la compilazione della sezione "L", con sottoscrizione dell'autorità che ha autorizzato l'intercettazione, ovvero l'allegazione del

provvedimento di autorizzazione tradotto nella lingua del paese di destinazione.

Relativamente alla sezione "J", i dubbi sorti attorno all'obbligo di indicare "se è già stato fatto ricorso a mezzi di impugnazioni contro l'emissione di un OEI e, in caso informativo, di fornire ulteriori dettagli" sono stati recentemente sciolti da una pronuncia della Corte di giustizia[584]. In questa sede, basti ricordare che i giudici di Lussemburgo hanno chiarito che l'art. 5 § 1 della direttiva debba essere interpretato nel senso che l'autorità giudiziaria di uno Stato membro, al momento dell'emissione di un OEI, non è tenuta a fornire, nella sezione "J",una descrizione dei mezzi di impugnazione disponibili in quello Stato, essendo sufficiente la comunicazione dell'avvenuta impugnazione contro il provvedimento di riconoscimento o di esecuzione dell'ordine, conformemente a quanto stabilito dall'art. 14 § 7.

IV. 4. Le divergenze tra i sistemi processuali dei singoli Stati: la sezione "I"

Una terza questione sottoposta all'attenzione di Eurojust riguarda le problematiche derivanti dalle divergenze tra le singole normative nazionali in materia processuale penale e probatoria.

Non va, infatti, dimenticato che il sistema dell'OEI, al pari di quello delle rogatorie, s'inserisce in un contesto caratterizzato dall'assenza di una preventiva armonizzazione delle regole processuali di ammissibilità e utilizzabilità delle prove. Di conseguenza, benché la direttiva mira alla semplicità e alla speditezza della cooperazione, nella prassi spesso si ha a che fare con ordini dal contenuto minuzioso e complicato, proprio a causa delle differenze che contraddistinguono i sistemi processuali dei vari Stati membri.

All'interno di un siffatto contesto eterogeneo e frammentario, Eurojust si è attivato per consentire agli Stati di giungere a soluzioni di compromesso. Il punto di partenza è l'art. 9 § 2 della direttiva, che fa riferimento alle formalità e alle procedure espressamente indicate dall'autorità di emissione cui l'autorità di esecuzione deve attenersi, salvo che contrastino con i principi fondamentale della *lex loci*. Si tratta di una norma di primaria importanza, che riflette la necessità di realizzare un ravvicinamento tra le normative dei singoli Stati membro dell'Unione europea, secondo quanto già auspicato dall'art. 82 § 2

[584] Cfr. C. giust., Prima sezione, 24 ottobre 2019, *Gavazonov*, C-324/17. Per un commento v. G. BORGIA, *La prima volta dell'ordine europeo di indagine penale dinanzi alla Corte di giustizia UE: strumento nuovo, approccio di sempre*, in *Arch. pen,* 2020, n. 1, p. 1 ss.; M. SIMONATO, *Reciproco riconoscimento in materia penale e vie di ricorso: la prima sentenza della CGUE sull'ordine europeo di indagine*, in *www.europeanlawblog.eu*, 1 aprile 2020, p. 1 ss., nonché, volendo, C. DE LUCA, *La prima pronuncia della corte di giustizia sull'ordine europeo d'indagine penale: un approccio formale diretto a favorire l'efficacia della cooperazione giudiziaria,* in *Cass. pen.,* 2020, n. 10, p. 3854 ss.

TFUE, allo scopo di facilitare la cooperazione giudiziaria in materia penale.
In vista di tale obiettivo, è evidente che una compilazione corretta ed esaustiva della sezione "I", riservata all'indicazione delle forme e delle procedure richieste per l'esecuzione dell'ordine, costituisca il presupposto per una valida collaborazione: soltanto il rispetto di tali formalità da parte dell'autorità di emissione, ove possibile, può infatti assicurare l'utilizzabilità del materiale probatorio raccolto *aliunde.*

Tuttavia, in molti casi, la sezione "I" è stata omessa, in tutto o in parte, e le informazioni necessarie sono state ottenute *in extremis* grazie a Eurojust.

Orbene, in un caso relativo ad un OEI avente ad oggetto l'audizione di un testimone, l'autorità emittente aveva omesso sia di indicare le modalità con le quali il soggetto da esaminare dovesse essere informato dei propri diritti sia di specificare quale fosse l'autorità competente a ricevere le dichiarazioni.

Tali trascuratezze si sono peraltro verificate anche in relazione a diversi ordini relativi all'interrogatorio della persona sottoposta alle indagini.

In siffatte ipotesi, è da considerarsi buona pratica la trasmissione, da parte dell'autorità richiedente, di un elenco delle domande da rivolgere alla persona da sottoporre all'audizione e dei diritti che le riconosce la *lex fori*.

Talvolta, le informazioni inerenti alla necessità o meno della presenza dell'autorità giudiziaria o di polizia, originariamente non inserite nell'ordine, sono state comunicate per mezzo di Eurojust in via urgente, poco prima che l'audizione avesse luogo nello Stato di esecuzione, così da poterne autorizzare la partecipazione.

In un altro caso, si constatava che la presenza del difensore all'audizione della persona sottoposta ad indagini fosse obbligatoria soltanto nello Stato di emissione, e non anche in quello di esecuzione.

Di conseguenza, le dichiarazioni rese davanti all'autorità di esecuzione in assenza del difensore sarebbero state inutilizzabili soltanto secondo la *lex fori*.

Spesso, inoltre, le differenze sussistenti tra le normative processuali nazionali e le diverse interpretazioni date ad alcune diposizioni della direttiva sono state invocate dai singoli Stati per giustificare l'impossibilità di eseguire specifiche misure investigative, quali l'intercettazione di telecomunicazioni, il trasferimento temporaneo di detenuti e le

osservazioni transfrontaliere.

Si pensi, ad esempio, alla previsione di cui all'art. 31 § 3 della direttiva in tema di intercettazioni senza l'assistenza tecnica di un altro Stato membro, su cui si tornerà in seguito, in relazione alla quale non vi è unanimità di vedutecirca il significato da attribuire all'espressione "qualora l'intercettazione non sia ammessa in un caso interno analogo". A tal proposito, si anticipa che gli orientamenti oscillano tra chi ritiene necessario un controllo esteso alla sussistenza delle condizionidi ammissibilità stabilite dalla *lex loci* e chi, invece, afferma che lo Stato notificato debba limitarsi a una valutazione di tipo formale, ossia circoscritta alla corrispondenza del titolo di reato per cui sono disposte le intercettazioni.

In tutti questi casi, sarebbe auspicabile la diffusione di un'interpretazione comune a livello sovranazionale dei concetti maggiormente ampi e generici – che avrebbe potuto realizzarsi attraverso l'inserimento nel testo della direttiva di definizioni più precise e univoche – per evitare di mettere a repentaglio l'utilizzabilità delle prove assunte all'estero.

IV. 4.1. Il principio di specialità

Un altro aspetto problematico concerne la mancata previsione del principio di specialità (*rule of speciality*) – se non nel ristretto ambito del trasferimento temporaneo di detenuti (art. 22 § 8) – che si ripercuote sull'utilizzabilità del materiale raccolto oltre i confini nazionali.

In altre parole, ci si domanda se le prove assunte nello Stato di esecuzione possano essere utilizzate anche in procedimenti diversi da quello o da quelli in cui è stato emesso l'OEI.

Alcuni Stati ritengono che, in assenza di un esplicito richiamo a tale principio, il regime da seguire sia quello dettato dalla *lex fori*.

Nondimeno, come sottolineato anche dall'ultima Relazione annuale del *desk* italiano[585], il suggerimento che si ricava dalla prassi è di chiedere all'autorità di esecuzione l'autorizzazione ad utilizzare il materiale probatorio anche in un altro procedimento interno. Spesso, le autorità di emissione, con il supporto di Eurojust, hanno espressamente richiesto a quelle di esecuzione l'autorizzazione all'impiego delle prove già ottenute per scopi ulteriori e diversi da quelli originariamente indicati nell'OEI.

[585] Cfr. *la Relazione del membro nazionale di Eurojust*, cit., p. 43.

Ad esempio, nell'ambito di un'indagine per frode su larga scala, riguardante l'investimento di fondi pensionistici, che coinvolgeva numerosi Stati, i reati per cui si procedeva avevano mutato la loro qualificazione nel corso delle investigazioni.

In particolare, le indagini, che avevano dato vita a circa 50-60 tra rogatorie e OEI diretti a diversi Paesi, rivelavano che i fatti inizialmente qualificati come malversazione ai danni dello Stato integrassero, piuttosto, gli estremi della truffa.

Inoltre, durante le indagini erano emersi ulteriori reati (tra cui riciclaggio e corruzione), alcune posizioni erano state archiviate ed erano stati iscritti a registro nuovi indagati.

A fronte del cambiamento dell'oggetto o dello scopo delle investigazioni in corso, Eurojust osserva che mentre alcuni Stati pretendevano di essere consultati per valutare se concedere o meno l'autorizzazione all'utilizzo delle prove in relazione a finalità o reati diversi da quelli che avevano sorretto la richiesta iniziale, altri non lo ritenevano necessario.

Nel caso di specie, veniva accolta da tutti la richiesta dell'autorità emittente di estendere il raggio di utilizzabilità delle prove sino a quel momento raccolte.

IV. 5. I motivi di mancato riconoscimento: doppia incriminazione e ne bis in idem

Sul terreno motivi di rifiuto di un OEI (*grounds for non-recognition or for non-execution*), è interessante notare che, nei casi trattati da Eurojust, raramente sono emersi problemi.

In alcuni casi, le consultazioni tra le autorità sono state avviate prima di prendere qualsiasi decisione sull'eseguibilità dell'ordine.

In altri casi, caratterizzati da un iniziale rigetto da parte dell'autorità di esecuzione, l'intervento dell'Agenzia europea ha permesso di emanare nuovi ordini, poi eseguiti con successo.

Dal *report* del 2020 si evince che le questioni correlate alla presunta violazione del principio della doppia incriminazione e del *ne bis in idem* sono state di gran lunga più frequenti rispetto a quelle connesse agli altri motivi di rifiuto contemplati dall'art. 11 della direttiva.

A tal proposito, meritano di essere menzionate due specifiche problematiche che involgono il principio della doppia incriminazione.

Quanto alla prima, in diverse occasioni le autorità di esecuzione hanno invocato il motivo di rifiuto basato sulla doppia incriminazione anche in relazione a quegli atti di indagine (*privileged measures*) per i quali, come si evince dal combinato disposto degli artt. 10 § 2 e 11 § 2 della direttiva OEI, esso non dovrebbe operare.

Tra le misure investigative "che devono essere sempre disponibili" rientrano, a titolo esemplificativo, l'audizione di un testimone, di una persona sottoposta a indagini o di un imputato e gli atti di indagine "non coercitivi", la cui individuazione, in assenza di una specifica definizione nel testo della direttiva, è rimessa alla discrezionalità dello Stato di esecuzione.

In tali ipotesi, l'esecuzione dell'OEI ha richiesto l'intervento di Eurojust, affinché chiarisse che le misure indicate dall'art. 10 § 2 della direttiva devono ritenersi sempre disponibili nello Stato di esecuzione, anche qualora il fatto per cui si procede non costituisca reato in base alla *lex loci*.

Pertanto, in taluni casi, si è proceduto al ritiro del rifiuto originariamente opposto e, di conseguenza, all'esecuzione dell'ordine.

Una seconda questione è stata posta con riferimento ai reati figuranti nella lista di cui all'allegato "D" della direttiva OEI (*list offences*) che, in considerazione dellagravità che li connota, prescindono dal soddisfacimento della condizione della doppia incriminazione. La configurabilità di alcuni di essi implica, talvolta, la commissione di un reato presupposto (*predicate offence*). Si pensi, a titolo di esempio, al riciclaggio di proventi di denaro o alla partecipazione a un'organizzazione criminale. In alcuni casi, è accaduto che l'autorità di esecuzione rifiutasse il riconoscimento dell'OEI, adducendo che il reato presupposto non avesse superato il *test* della doppia incriminazione.

Un caso specifico trattato da Eurojust riguardava un OEI relativo allo svolgimento di una perquisizione domiciliare, nell'ambito di un procedimento per il delitto di associazione a delinquere dedita al traffico di sostanze steroidee. L'autorità di esecuzione rifiutava l'esecuzione dell'ordine, argomentando che il commercio di tali sostanze – che, nel caso di specie, configurava un reato presupposto – non integrasse reato secondo la *lex loci*. Siffatta conclusione non ha persuaso, atteso che, come si afferma nelle note conclusive del *report*, il parametro di riferimento dovrebbe essere la *lex fori*, e non la *lex loci*.

In altri casi, traduzioni poco accurate o informazioni scarne in merito al *modus operandi* o all'oggetto del procedimento hanno reso difficile l'esatta individuazione del tipo di reato per il quale l'OEI era stato emanato e, di conseguenza, la verifica del

rispetto della doppia incriminazione da parte dell'autorità di esecuzione, richiedendo l'intervento di Eurojust.

L'Agenzia europea ha poi prestato assistenza in casi connessi alla presunta violazione del principio del *ne bis in idem*.

In un caso, una descrizione alquanto sommaria della vicenda non consentiva all'autorità di esecuzione di stabilire con certezza se i fatti oggetto di indagine fossero identici a quelli per i quali pendeva un procedimento in un altro Stato, ovvero se la connessione fra i due procedimenti fosse limitata all'identità fisica della persona.

Dopo aver consultato Eurojust, l'autorità di esecuzione riteneva opportuno svolgere una riunione di coordinamento, che però non ha avuto luogo, stante il ritiro dell'OEI da parte dell'autorità di emissione.

Un altro caso interessante riguardava la trasmissione di un OEI finalizzato a ottenere documenti correlati a un procedimento già avviato nello Stato di esecuzione.

In un primo momento, l'autorità di esecuzione non intendeva fornire la documentazione richiesta, nel timore che il suo utilizzo da parte dell'autorità di emissione avrebbe comportato la violazione del *ne bis in idem.*

Tuttavia, attraverso Eurojust, è stato chiarito che tali documenti sarebbero stati serviti unicamente per archiviare il procedimento nello Stato di emissione.

Pertanto, l'ordine era prontamente eseguito. Per ciò che attiene al motivo di non riconoscimento relativo alla previsione di immunità o privilegi, anche di tipo professionale, sono sorte alcune difficoltà, illustrate nel r*eport* attraverso la sintetica esposizione di alcuni casi, spazianti dal segreto bancario alle immunità diplomatiche.

Tra questi, particolare interesse suscita un procedimento riguardante la restituzione all'avente diritto di alcuni dipinti, sottratti durante la Seconda guerra mondiale, nell'ambito del quale l'autorità di emissione aveva richiesto, tramite OEI, la perquisizione negli uffici di un avvocato in veste di indagato.

L'autorità di esecuzione opponeva diversi motivi di rifiuto, tra cui quello basato sull'esistenza del segreto professionale. Nonostante i tentativi dell'autorità di emissione di superare le argomentazioni a sostegno del rifiuto, l'OEI veniva definitivamente ritirato e la restituzione della refurtiva era pianificata attraverso canali diplomatici.

Spesso le autorità nazionali si sono rivolte a Eurojust per vagliare l'opportunità di eseguire ordini emanati in relazione a reati di lieve entità *(petty offences),* mediante il compimento di un atto di indagine alternativo e meno invasivo di quello richiesto, secondo quanto consentito dall'art. 10 della direttiva.

In un caso, veniva emesso un OEI al fine di svolgere intercettazioni, perquisizioni e acquisire documenti bancari per l'accertamento di una truffa del valore pari a 2.000 euro. L'autorità di esecuzione, ritenendo sproporzionate le richieste pervenute a fronte dell'esiguità dell'offesa recata al patrimonio, contattava Eurojust per discutere le opzioni praticabili.

In tale sede, veniva scartata la possibilità, inizialmente considerata, di invocare il motivo di rifiuto di cui all'art. 11 § 1 lett. h) della direttiva OEI, riservato ai casi in cui il compimento dell'atto richiesto sia limitato dalla *lex loci* a una determinata categoria di reati o a reati punibili entro una certa soglia.

Si osservava, infatti, che la punibilità della truffa nello Stato di esecuzione prescindeva dall'entità del profitto conseguito e, dunque, l'ordine veniva eseguito.

Per quanto attiene al bilanciamento tra le esigenze investigative o probatorie e le garanzie fondamentali, è curioso notare che, tra i casi confluiti nel *report*, non ve ne sia neppure uno che abbia destato sospetti di incompatibilità tra l'esecuzione dell'atto richiesto e gli obblighi gravanti sullo Stato di esecuzione, ai sensi dell'art. 6 TUE e della Carta fondamentale dei diritti dell'Unione europea.

Tuttavia, non può sottacersi che le divergenze sussistenti tra le varie normative nazionali abbiano, in alcune occasioni, suscitato discussioni connesse all'esigenza di apprestare una tutela effettiva nei confronti dei diritti fondamentali.

Ad esempio, in un caso relativo all'audizione di un testimone, l'autorità di esecuzione nutriva alcune riserve in merito al rispetto, da parte della *lex fori*, del diritto a un giusto processo e del privilegio contro l'autoincriminazione.

Ulteriori chiarimenti rilevavano, però, che l'ostacolo non era tanto riconducibile alla presunta incompatibilità con le garanzie previste a livello sovranazionale, quanto piuttosto alle diverse modalità con cui gli ordinamenti dei rispettivi Stati membri si approcciavano al tema dei diritti fondamentali, pur essendo entrambi conformi al dettato della Carta.

Muovendo da questa prospettiva, l'ordine veniva eseguito, ma soltanto dopo aver fornito all'autorità di esecuzione una dettagliata descrizione delle garanzie processuali riconosciute dallo Stato di emissione.

IV. 6. Il ruolo di Eurojust nella velocizzazione delle procedure di cooperazione

L'accelerazione delle procedure di cooperazione occupa una parte significativa del lavoro di mediazione svolto da Eurojust, specialmente in relazione a quelle urgenti e agli ordini "dimenticati" (*forgotten EIOs*) dalle autorità di esecuzione.

In numerosi casi, l'intervento dell'Agenzia ha consentito un'esecuzione rapida degli ordini, fornendo alle autorità coinvolte alcuni chiarimenti relativi ad aspetti teorici o pratici.

Spesso, le informazioni o le prove richieste dovevano essere ottenute entro qualche giorno o, addirittura, poche ore.

Nella maggior parte di questi casi, Eurojust è riuscito a garantire l'esecuzione dell'OEI entro la scadenza prestabilita.

Con riguardo alle procedure urgenti, si è talvolta assistito a un utilizzo improprio, da parte delle autorità di emissione, della sezione "B" dell'allegato "A", ove si chiede di specificare i motivi per i quali si ritiene sussistente l'urgenza: spesso, infatti, l'apposito spazio è annerito anche se il compimento dell'atto di indagine non è davvero urgente ovvero lasciato in bianco quando, al contrario, sarebbe opportuna una rapida evasione dell'ordine. Eurojust è intervenuto per fornire delucidazioni in merito alla natura urgente di talune misure investigative, non chiaramente desumibile dal contenuto dell'OEI.

A tal proposito, si raccomanda agli operatori, quale buona prassi, di motivare puntualmente le ragioni dell'urgenza dell'atto richiesto, ogniqualvolta sia spuntata la relativa casella (*urgency box).*

Le ragioni che inducono a qualificare il compimento di un atto come urgente possono essere le più disparate: si pensi all'ipotesi in cui lapersona indagata sia sottoposta all'esecuzione di misure cautelari detentive, oppure alla sussistenza di un imminente pericolo di distruzione della prova o, ancora, alla particolare gravità del reato per cui si procede nello Stato di emissione.

In assenza di giustificati motivi a sostegno dell'urgenza, la sezione "B" dovrebbe, invece, essere tralasciata.

IV. 7. I problemi di comunicazione tra le autorità coinvolte

Un'altra tematica affrontata dal *report* attiene alle difficoltà che di frequente si presentano a livello di comunicazione tra le autorità, riconducibili non solo a incomprensioni dovute a problemi linguistici, ma anche all'assenza di risposte da parte

dell'autorità di esecuzione e al mancato utilizzo del modulo di conferma di avvenuta ricezione dell'ordine (allegato "B").

Si tratta, a ben vedere, di problematiche strettamente correlate tra loro, che si ritiene opportuno esaminare congiuntamente.

In situazioni di stallo, Eurojust è subentrato nel corso delle diverse fasi dell'OEI per promuovere il contatto diretto fra le autorità e facilitare lo scambio delle informazioni necessarie.

In alcuni casi, ad esempio, non vi era alcuna traccia né del modulo di cui all'allegato "B", né di qualsiasi risposta alle e-mail o alle telefonate provenienti dall'autorità di emissione.

In altri casi, a seguito della trasmissione del modulo di conferma, l'autorità di esecuzione non forniva alcuna ulteriore informazione circa gli sviluppi esecutivi oppure non rispondeva alle richieste dell'autorità di emissione.

Talvolta, i rapporti tra le autorità si sono incrinati a causa delle ripetute richieste di informazioni aggiuntive, delle barriere linguistiche o delle differenze intercorrenti tra i vari sistemi giuridici, che hanno finito per generare incomprensioni e confusione.

Per uscire dall'impasse, Eurojust ha ricoperto un ruolo di mediatore, ora sollecitando l'invio dell'allegato "B" e incoraggiandone l'utilizzo in futuro, ora escogitando soluzioni che incontrassero il favore delle autorità coinvolte, specialmente in caso di disaccordo sulle modalità di esecuzione di un OEI.

In qualche occasione, è accaduto che l'autorità di esecuzione si limitasse a manifestare il proprio rifiuto, senza fornire alcuna giustificazione o risposta alle richieste di spiegazioni dell'autorità di emissione, talvolta opponendosi anche all'esecuzione di quegli specifici atti di indagine che, ai sensi dell'art. 10 § 2 della direttiva OEI, dovrebbero essere sempre disponibili.

In questi casi, Eurojust è intervenuto, in primo luogo, per cercare di ristabilire i contatti tra le autorità coinvolte e,secondariamente, per comprendere le ragioni del rifiuto e verificare se ci fosse margine per superarle.

L'intermediazione di Eurojust, di regola, ha condotto all'esecuzione o, al contrario, alla conferma del diniego. In ipotesi eccezionali, nonostante l'intervento dell'Agenzia, non è mai stata ricevuta alcuna spiegazione che giustificasse il rifiuto.

In altri casi caratterizzati da un'esecuzione parziale dell'ordine, le autorità hanno contattato Eurojust per identificare e superare gli ostacoli che ne impedivano la piena attuazione.

Una tematica strettamente connessa a quella relativa ai problemi di comunicazione e linguistici riguarda il ritiro degli ordini "difettosi", ossia affetti da anomalie o errori formali e contenutistici.

La casistica è ampia e spazia da semplici sviste, in fase di scansione o di inoltro, a errori sostanziali, non rettificabili neppure con l'intervento di Eurojust.

In un caso, ad esempio, non vi era corrispondenza, a livello di contenuto, tra l'istanza avanzata da un difensore, il quale chiedeva che fosse un giudice a svolgere l'esame di un testimone, e il modulo di cui all'allegato "A", che indicava la polizia giudiziaria quale organo competente al compimento dell'atto.

In questi casi, talvolta, l'unica via d'uscita consiste nel ritiro dell'ordine difettoso e nella emanazione di uno nuovo.

Come anticipato, anche le differenze intercorrenti tra le legislazioni nazionali in ambito processuale e probatorio spesso si rivelano fonte di equivoci e rappresentano un freno alle procedure di cooperazione.

In particolare, sono stati portati all'attenzione di Eurojust alcuni casi dai quali emergeva la previsione di presupposti diversi per consentire lo svolgimento delle operazioni d'intercettazione delle comunicazioni tra presenti all'interno dell'abitacolo di un'autovettura.

In un caso, si richiedeva sia l'osservazione transfrontaliera di narcotrafficanti, sia l'intercettazione delle loro conversazioni mediante l'installazione di una microspia all'interno dell'autovettura abitualmente utilizzata per il trasporto delle sostanze stupefacenti.

Mentre la prima misura veniva attuata senza particolari difficoltà, per lo svolgimento della seconda la *lex loci* richiedeva soglie di punibilità ben più elevate rispetto a quelle previste dalla *lex fori*, al punto da trovare rara applicazione già nell'ordinamento domestico.

Tuttavia, a seguito dell'intervento di Eurojust, che si è occupato della traduzione di documenti di cruciale importanza e della trasmissione di rilevanti informazioni aggiuntive, l'autorità competente dello Stato membro di esecuzione ha infine accolto anche la seconda richiesta, dando così attuazione integrale all'OEI.

IV. 7.1 Le difficoltà linguistiche e l'importanza di traduzioni accurate

Una buona traduzione è la chiave per evitare incomprensioni e ritardi ingiustificati.

Può sembrare un suggerimento scontato, ma l'esperienza rivela una realtà diversa: traduzioni incomprensibili, realizzate tramite traduttori automatici come *Google translate*, hanno intralciato l'esecuzione di numerosi ordini e causato notevoli ritardi.

In un caso, ad esempio, a causa di una traduzione di scarsa qualità, l'autorità di esecuzione non era in grado di capire che l'atto di indagine richiestole fosse una perquisizione domiciliare.

Spesso, ordini tradotti in maniera superficiale e incompleta sono stati rispediti al mittente, attraverso Eurojust, con la richiesta di ulteriori chiarimenti o, più semplicemente, di una traduzione più accurata.

In alcuni casi, i problemi sono stati direttamente risolti dai *desk* di Eurojust, avvalendosi della stretta collaborazione delle autorità nazionali.

Inoltre, in diverse occasioni i *desk* nazionali hanno provveduto con le proprie risorse alla tempestiva traduzione in inglese di OEI per i quali, in ragione dell'urgenza che li caratterizzava, non era possibile attendere la traduzione giurata. In tal modo, si è consentito all'autorità di esecuzione di iniziare a organizzarsi, nell'attesa dell'invio della versione dell'OEI nella lingua richiesta. Sul punto, si osserva che, mentre nei casi non urgenti le autorità di esecuzione tendono a insistere per ricevere la traduzione nella lingua ufficiale, prima di dare attuazione a un OEI, in quelli urgenti adottano un approccio più flessibile. È infatti emerso che la maggior parte degli Stati è disposta a iniziare l'esecuzione di ordini urgenti emessi in una lingua diversa dalla propria (per lo più in inglese), a condizione però che le traduzioni ufficiali giungano in un momento immediatamente successivo.

In varie occasioni, si è diffusa la prassi secondo cui l'autorità di emissione compila l'ordine direttamente nella lingua ufficiale dello Stato di destinazione, sottoscrivendo e trasmettendo unicamente la versione tradotta, rendendo così indisponibile l'OEI nella lingua originale dello Stato di provenienza.

Eurojust ha chiarito che si tratta di una pratica sconsigliata, in considerazione dell'obbligatorietà dell'emissione e dellasottoscrizione degli ordini (anche) nella lingua originale.

Con riferimento alla traduzione dei documenti aggiuntivi, inviati successivamente, Eurojust ha favorito la conclusione di accordi tra le autorità in merito a quali di essi dovessero essere tradotti e su chi incombessero i relativi costi.

IV. 8. L'individuazione dell'autorità di esecuzione competente e i canali di trasmissione

Nell'assolvimento delle sue funzioni operative volte a facilitare l'esecuzione di richieste e decisioni, Eurojust si è reso disponibile, in fase di trasmissione, a coadiuvare le autorità emittenti nella corretta identificazione di quelle competenti alla ricezione, specialmente a fronte di ordini relativi ad atti che richiedono il coinvolgimento di più autorità allo stesso tempo.

Le difficoltà principali sorgono in ragione del ricorso, da parte di ciascuno Stato, a criteri diversi per designare l'autorità responsabile dell'esecuzione.

In particolare, nel contesto di un'indagine per il delitto di pornografia minorile commesso via *web*, veniva emesso un OEI allo scopo di identificare l'indirizzo IP in uso all'indagato ed effettuare perquisizioni all'interno dell'abitazione presso cui tale indirizzo era fisicamente localizzato.

A seguito del tracciamento da parte di una prima autorità, l'OEI veniva inoltrato, mediante Eurojust, a una seconda autorità per lo svolgimento della perquisizione domiciliare.

In un altro caso, relativo all'audizione di otto persone offese situate in differenti giurisdizioni, l'assistenza prestata da Eurojust ha consentito la corretta identificazione delle autorità competenti ed il conseguente invio di un unico OEI a sei diverse Procure. In alcuni casi, il contestuale ricorso a più canali informativi (giudiziari e di polizia), in assenza di adeguato coordinamento, si è rivelato gravemente caotico.

Pertanto, si raccomanda, quale buona pratica, l'utilizzo di un solo canale di trasmissione delleinformazioni che, preferibilmente, nel caso degli OEI non dovrebbe essere "SIENA" (*Secure Information Exchange Network Application*), in quanto trattandosi di una piattaforma gestita da Europol, soddisfa unicamente le esigenze di comunicazione delle forze di polizia.

Eurojust ha altresì collaborato al tracciamento di ordini erroneamente inoltrati a un'autorità incompetente e alla successiva trasmissione all'autorità dotata di competenza. A tal proposito, si rammenta che, in forza dell'art. 7 § 6 della direttiva, l'autorità priva di competenza che ciononostante riceva un ordine è tenuta a trasmetterlod'ufficio a quella ritenuta competente, dandone contestuale notizia all'autorità di emissione.

A livello formale, gli Stati di emissione hanno più volte domandato a Eurojust se fosse necessario trasmettere anche a mezzo posta una copia cartacea dell'ordine già inviato via mail. Sul punto, nel giugno 2017, il *desk* dell'Estonia ha sollevato una questione operativa sull'utilizzo degli strumenti digitali, che toccava anche l'aspetto relativo all'individuazione dei casi in cui era sufficiente la trasmissione di un OEI (o di una rogatoria) per via telematica (mail o fax) e di quelli che, invece, richiedevano anche la spedizione per posta di una copia cartacea.

Le risposte al questionario hanno rivelato che la maggior parte degli Stati membri accetta la versione digitale di un OEI.

Alcuni Stati, però, hanno precisato che, sebbene si possa iniziare l'esecuzione dell'OEI ricevuto tramite mail o fax, la successiva trasmissione per posta è comunque necessaria.

Un'altra discussione intavolata dalle autorità nazionali verteva sull'identificazione dello strumento più adeguato a inviare informazioni riservate o sensibili.

Se in alcuni casi si è fatto ricorso alla posta raccomandata, in altri si è optato per la trasmissione digitale dell'ordine, ritenuta un canale più sicuro.

Talvolta, i documenti contenenti siffatte informazioni sono stati consegnati personalmente alle autorità competenti da parte dei membri nazionali di Eurojust. L'iniziativa promossa da numerosi *desk* nazionali di istituire un canale sicuro per comunicare con le rispettive autorità nazionali è sicuramente una buona prassi, in quanto permetterebbe a queste ultime di servirsene per trasmettere in modo tempestivo gli OEI urgenti o dal contenuto sensibile e riservato.

IV. 8.1. Le questioni operative sollevate dal desk irlandese: la clausola di equivalenza di cui all'art. 6 § 1 lett. b) della direttiva europea

Le difficoltà incontrate al momento dell'individuazione dell'autorità competente si sono manifestate, oltre che a livello generale, anche con riferimento all'esecuzione di specifici atti di indagine.

Più nel dettaglio, il principale quesito era incentrato sulla corretta definizione della portata del principio di equivalenza, menzionato dall'art. 6 § 1 lett. b) della direttiva, ove si prevede, quale condizione di emissione dell'OEI, che l'atto o gli atti richiesti siano consentiti in un caso interno analogo.

Alcune questioni che ruotano attorno alla suindicata disposizione sono state affrontate su iniziativa del *desk* irlandese il quale, nel settembre 2018, ha rivolto alcune

domande agli altri *desk* nazionali, sintetizzate nel *report* unitamente alle risposte ottenute.

Nonostante la mancata adesione dell'Irlanda alla direttiva, è stata comunque avvertita la necessità di approfondire alcuni aspetti relativi alle condizioni di emissione di un OEI, che possono dar luogo a difficoltà operative.

Anzitutto, veniva domandato se, sulla base dell'art. 6 § 1 lett. b) della direttiva, l'autorità giudiziaria di emissione dovesse o meno essere competente, secondo la *lex fori*, a eseguire l'atto di indagine richiesto all'autorità straniera.

Le risposte a questa prima domanda hanno fatto emergere diversi approcci.

In particolare, otto *desk* hanno specificato che, nei rispettivi Stati di appartenenza, la previsione contenuta nella direttiva è stata interpretata nel senso che l'autorità emittente debba necessariamente avere la competenza a disporre la misura investigativa anche a livello nazionale.

Quattro *desk* hanno riferito che la disposizione in oggetto era stata trasposta in modo letterale da parte del legislatore, senza fornire istruzioni per guidare l'attività dell'interprete, precisando però che, sul punto, non fosse ancora sorta alcuna questione.

Tra questi, vi è chi ha ritenuto che la previsione relativa alle condizioni di emissione di un OEI non incida sulla natura e sui poteri dell'autorità da cui promana l'emanazione o l'autorizzazione dell'ordine.

Un altro *desk* ha comunicato che, nell'ordinamento di provenienza, era stato riconosciuto un ordine avente ad oggetto atti di indagine coercitivi, emanato da un procuratore in assenza dell'autorizzazione a procedere del giudice, che sarebbe stata invece indispensabile se si fosse proceduto sul piano interno.

Questa impostazione è stata successivamente abbandonata, sul presupposto che sarebbe contrario alla *ratio* della norma consentire all'autorità di emissione di ordinare l'esecuzione all'estero di un atto investigativo che ecceda i poteri conferiti dalla *lex fori*.

Infine, tre *desk* hanno risposto che, nei rispettivi ordinamenti, la disposizione di cui all'art. 6 § 1 lett. b) non è interpretata nel senso che l'autorità di emissione debba disporre della competenza necessaria per adottare la medesima misura secondo il diritto nazionale. In questi Stati, l'individuazione delle autorità competenti a tal fine prescinde, infatti, dalla sussistenza dei poteri per adottare i medesimi atti investigativi in un caso interno analogo, basandosi, piuttosto, sullo stadio procedimentale o processuale in cui ha luogo l'emissione dell'ordine.

È stato, poi, richiesto ai *desk* nazionali se le rispettive legislazioni attribuissero a determinate autorità la competenza all'emanazione di OEI relativi al compimento di uno o più specifici atti di indagine di cui all'elenco contenuto nella sezione "C" dell'allegato "A" e, in caso affermativo, se la scelta riflettesse o meno lo spettro dei poteri conferiti a livello nazionale.

A tal riguardo, soltanto quattro *desk* hanno risposto affermativamente, precisando che i criteri più comunemente impiegati per identificare l'autorità competente a disporre l'adozione di uno specifico atto d'indagine consistono nella tipologia e nella natura della misura (in buona sostanza, se o meno coercitiva), nonché nella fase in cui si trova il procedimento penale.

Non sempre, però, i suddetti criteri rispecchiano la suddivisione dei poteri prevista in ambito domestico.

L'ultima domanda posta del *desk* irlandese era finalizzata a indagare se, a seguito dell'avvento dell'OEI, si fosse assistito a un ridimensionamento del ruolo riconosciuto al Procuratore, rispetto a quanto avveniva nell'ambito delle richieste di mutua assistenza giudiziaria, sotto la vigenza delle Convenzioni del 1959 e del 2000.

Mentre otto *desk* hanno riferito che la nuova direttiva non ha inciso particolarmente su questo aspetto, altri quattro hanno rilevato che, rispetto al previgente sistema rogatoriale, si percepisce una significativa dilatazione dei poteri assegnati a tale organo.

IV. 9. La funzione di coordinamento di Eurojust nelle procedure complesse e multilaterali

Oltre all'agevolazione dell'esecuzione degli ordini investigativi in contesti bilaterali, Eurojust ha svolto un'importante funzione di coordinamento, assegnatagli dall'art. 2 § 1 del Regolamento 2018/1727/UE, nell'ambito di procedure di cooperazione transfrontaliere c.d. "multilaterali", che coinvolgono più Stati membri, se non anche Paesi terzi.

Attraverso l'organizzazione di incontri e la creazione di centri di coordinamento, è stato possibile garantire la contestuale esecuzione di più ordini e di altri strumenti di cooperazione giudiziaria, anche a fronte della pendenza di procedimenti collegati o connessi in Stati differenti.

In tali casi, la partecipazione attiva di Eurojust sin dalle fasi embrionali delle procedure si è rivelata vantaggiosa sotto molteplici aspetti ed è, pertanto, altamente raccomanda.

L’esposizione di un caso concreto aiuta a comprendere il tipo di attività svolta da Eurojust e i ritmi incalzanti che la caratterizzano.

L’autorità di emissione invocava l’assistenza dell’Agenzia per entrare in contatto con l’autorità straniera, al fine di predisporre un’azione comune per il compimento di perquisizioni e sequestri in entrambi gli Stati coinvolti e consentire il contestuale svolgimento delle operazioni attraverso un centro di coordinamento istituito presso Eurojust.

L’autorità di esecuzione palesava al proprio *desk* nazionale la necessità di ricevere ulteriori informazioni rispetto a quelle contenute nell’OEI, in modo da ottenere un mandato di perquisizione dal giudice nei termini.

La risposta da parte dell’autorità emittente avrebbe dovuto pervenire entro le dodici del giorno successivo dalla richiesta, per consentire all’autorità di esecuzione di preparare la documentazione da sottoporre algiudice.

Si specificava, inoltre, che sarebbero state accettate soltanto modifiche formali alla versione originaria dell’ordine, integrato con le informazioni richieste.

L’autorità di emissione provvedeva a trasmettere la documentazione al *desk* di riferimento, il quale sioccupava di tradurla in inglese la notte stessa.

La versione definitiva dell’OEI, con la traduzione in allegato, era immediatamente inoltrata all’autorità di esecuzione, la quale ne confermava l’avvenuta ricezione cinque minuti prima della scadenza del termine.

Nelcorso della stessa giornata, perveniva un’ulteriore richiesta di chiarimento, che necessitava di una risposta entro un’ora.

Il *desk* nazionale contattava immediatamente il procuratore titolare delle indagini, per poi comunicare le risposte di costui all’autorità diesecuzione.

A distanza di breve tempo, veniva inoltrata un’altra istanza volta ad acquisire informazioni aggiuntive, a cui il *desk* rispondeva prontamente.

Grazie al supporto di Eurojust, il giudice finalmente autorizzava la perquisizione e l’operazione si rivelava un successo dal punto di vista investigativo: le autorità eseguivano la perquisizione domiciliare, il cui esito consentiva il sequestro di computer portatili, *ipad*, chiavette usb, telefoni cellulari, e riuscivano a ottenere informazioni concernenti conti correnti bancari e contratti commerciali.

Le riunioni di coordinamento organizzate da Eurojust hanno altresì rappresentato l’occasione per discutere varie questioni correlate alle diverse fasi dell’OEI, in parte già

illustrate.

Meritano, in ogni caso, di essere approfonditi tre aspetti problematici che possono manifestarsi anche a seguito del buon esito dell'esecuzione di un ordine.

Il primo concerne l'ipotesi in cui la richiesta di acquisire una prova allocata in un determinato Stato provenga da più Stati. In un caso, due Stati trasmettevano, pressoché contestualmente, un OEI diretto all'assunzione della prova sita nel territorio di un altro Stato. Tramite Eurojust, è stato possibile il coordinamento della fase esecutiva e la "condivisione" della prova tra gli Stati richiedenti, senza alcun pregiudizio per le indagini. In quella sede, veniva concordato che, in vista delle future richieste, ciascuno Stato avrebbe dovuto specificamente indicare, ove a conoscenza, la relazione sussistentetra l'OEI e il procedimento in corso nell'altro Stato.

In un altro caso, si procedeva al sequestro probatorio di un'ingente quantità di dati informatici, poi trasmessa all'autorità di emissione. In seguito, le autorità di altri due Stati emettevano ordini investigativi per acquisire la documentazione informativa già sottoposta a sequestro. Su domanda dell'autorità di emissione che per prima aveva avanzato la richiesta di sequestro, l'autorità esecutiva, in possesso dei dati originali, divulgava agli altri Stati membri le copie del materiale ottenuto tramite il primo OEI.

Una seconda questione dibattuta nel corso degli incontri di coordinamento riguardava la possibilità di creare una squadra investigativa anche a seguito dell'esecuzione di un OEI o di una rogatoria, allo scopo di intensificare la cooperazione tra le autorità coinvolte. La costituzione di una squadra è stata ritenuta legittima, muovendo dalla constatazione che gli accordi istitutivi contengono talvolta una clausola in cui si specifica che le prove raccolte attraverso un OEI o una rogatoria rientrino nell'area applicativa dell'accordo stesso.

Il terzo e ultimo aspetto discusso atteneva all'esigenza di individuare l'autorità più idonea a perseguire nuovi e diversi reati che emergono successivamente all'esecuzione dell'ordine. In un primo caso, relativo a quattro omicidi commessi nel territorio di uno Stato membro, l'autorità di emissione trasmetteva diversi OEI all'indirizzo di più Stati.

Grazie alla cooperazione instauratasi tra le autorità coinvolte, si stabiliva la natura mafiosa di un altro omicidio, collegato ai quattro precedenti, e si optava per il trasferimento del relativo procedimento nello Stato di emissione.

In altri casi, all'esito degli incontri di coordinamento promossi da Eurojust, le autorità si sono accordate sull'individuazione di quella munita di giurisdizione, effettuando poi il trasferimento dei procedimenti.

Spesso, il tardivo coinvolgimento di Eurojust ha fatto sì che l'assenza di forme di coordinamento investigativo tra le autorità impedisse il raggiungimento, in tempi brevi, di un accordo sulle questioni di giurisdizione.

Ad esempio, in un procedimento iscritto per i delitti di tratta di essere umani e prostituzione, il coordinamento tra le autorità giudiziarie aveva luogo soltanto atre anni di distanza dall'avvio, in due diversi Stati delle indagini, iniziate parallelamente a seguito della presentazione della denuncia da parte della vittima.

In fase di esecuzione,emergevano notevoli differenze tra i provvedimenti sino a quel momento adottati,specialmente sotto l'aspetto della ricostruzione dei fatti oggetto del procedimento.

In un caso del genere, il coinvolgimento di Eurojust sin dall'apertura delle indagini avrebbe consentito di rimediare ai difetti di coordinamento e ai problemi inerenti alla giurisdizione.

IV. 10. Le più rilevanti problematiche riscontrate nell'ambito degli specifici atti di indagine

Oltre all'esposizione delle principali problematiche emerse dall'analisi dei casi gestiti da Eurojust e delle soluzioni percorribili, il *report* riserva ampio spazio alla disamina di alcuni aspetti inerenti agli specifici atti di indagine disciplinati dal capo IV della direttiva, focalizzandosi su quelli che sono più frequentemente oggetto di OEI.

Si tratta, nello specifico, del trasferimento temporaneo di detenuti, delle operazioni sotto copertura, dell'audizione mediante videoconferenza e delle intercettazioni di telecomunicazioni.

IV. 10.1 Il trasferimento temporaneo di detenuti e la privazione della libertà personale nello Stato di emissione

In relazione al trasferimento temporaneo di detenuti, le questioni messe in luce riguardano l'individuazione dello strumento di cooperazione utilizzabile (in questo caso, il problema si pone in relazione all'OEI e al mandato d'arresto, di cui si è già detto[586]), e

[586] V. *supra*, § 2, la distinzione tra *purpose of prosecution* e *purpose of evidence gathering*.

del fondamento normativo che legittima la privazione della libertà personale nello Stato di emissione.

In relazione a questo secondo aspetto, diverse autorità penitenziarie si sono rifiutate di sottoporre una persona a misure restrittive in assenza di un mandato d'arresto.

Allo stesso modo, i giudici di merito hanno ritenuto che l'art. 22 § 6 della direttiva OEI[587] non costituisca un fondamento normativo sufficiente a giustificare la privazione della libertà personale della persona provvisoriamente trasferita da uno Stato all'altro.

Sulla base di queste premesse, Eurojust ha suggerito che l'autorità di esecuzione debba chiedere esplicitamente a quella di emissione il mantenimento della detenzione durante la permanenza della persona trasferita nel territorio dello Stato di destinazione.

In ogni caso, il periodo trascorso in custodia nello Stato di emissione è detratto da quello che l'interessato deve o dovrà scontare nel territorio dello Stato di esecuzione, in forza di quanto stabilito dall'art. 22 § 7 della direttiva.

Alcuni problemi possono inoltre sorgere qualora la persona detenuta, che abbia inizialmente acconsentito al proprio trasferimento, revochi il consenso, quando ormai si trova nel territorio dello Stato in cui si deve compiere un atto d'indagine nei suoi confronti. La mancanza del consenso, anche sopravvenuta, legittima, infatti, il rifiuto dell'esecuzione, ai sensi dell'art. 22 § 2 lett. a) della direttiva.

IV. 10.2 Le operazioni sotto copertura tra cooperazione giudiziaria e di polizia

Sebbene non siano numerosi i casi che hanno richiesto l'intervento di Eurojust con riferimento alle operazioni sotto copertura, è stato comunque possibile cogliere le differenze sussistenti in materia nei vari Stati membri.

In alcuni Paesi, tali operazioni rientrano infatti nell'ambito della cooperazione di polizia, mentre in altri il loro svolgimento richiede l'autorizzazione da parte dell'autorità giudiziaria competente.

Le risposte fornite dagli Stati membri al questionario elaborato dal *desk* della Repubblica Ceca nel luglio 2018 confermano tali divergenze.

In particolare, alcuni Stati hanno riferito che il compimento delle operazioni di infiltrazione involge le autorità di polizia, esulando dalla sfera applicativa dell'OEI.

[587] Tale disposizione prevede, nello specifico, che la persona trasferita debba rimanere in stato di detenzione nel territorio dello Stato di emissione e, se del caso, anche in quello dello Stato membro di transito, per fatti o condanne per i quali era in stato di detenzione nello Stato di esecuzione, salvo che quest'ultimo non ne richieda la liberazione.

All'opposto, gli Stati che hannotrasposto l'art. 29 della direttiva richiedono l'emissione di un OEI.

Esistono, poi, alcune eccezioni, riconducibili alla conclusione di accordi bilaterali, che esonerano dall'obbligo di ricorrere all'OEI ovvero lo richiedono espressamente quando, di regola, non sarebbe necessario.

Infine, i *desk* di alcuni Stati membri hanno precisato che, sebbene le operazioni sotto copertura siano gestite a livello di cooperazione di polizia, è in ogni caso riservato al procuratore il potere di decidere se accettare o richiedere il contributo di un agente infiltrato.

IV. 11. L'audizione tramite videoconferenza: lo status della persona da esaminare,la partecipazione del difensore e la sede di svolgimento

In un considerevole numero di casi, l'assistenza di Eurojust è stata richiesta al fine di agevolare e coordinare l'esecuzione di audizioni mediante videoconferenza.

Le maggiori difficoltà incontrate in tale contesto hanno riguardato aspetti pratici e tecnici, per lo più relativi allo *status* della persona dalla quale assumere dichiarazioni e alla fase processuale da riservare allo svolgimento dell'audizione.

La trasmissione degli ordini attraverso il canale di Eurojust ha consentito di prevenire o chiarire incomprensioni – causate, ancora una volta, da informazioni insufficienti e traduzioni scorrette – in merito alle tempistiche e ai luoghi in cui svolgere la videoconferenza. In alcuni casi, ad esempio, le autorità di emissione non indicavano le domande da sottoporre al testimone oppure non chiarivano se fosse necessaria la partecipazione di un'autorità giudiziaria o di polizia.

Spesso, l'intervento di Eurojust ha permesso, in tempi brevi, di calendarizzare nuovamente le date delle audizioni, a causa di impedimenti o irreperibilità dei testimoni.

L'individuazione del luogo più appropriato all'audizione si scontra con le diverse soluzioni adottate dai vari sistemi nazionali. Eurojust è dunque intervenuto per stabilire se la videoconferenza dovesse svolgersi presso un'aula di tribunale o nell'ufficio del procuratore, oppure in una stazione di polizia.

L'assistenza dell'Agenzia europea è stata poi richiesta a fronte di situazioni particolarmente complesse, che prevedevano l'audizione in videoconferenza di numerosi indagati o testimoni, da svolgersi anche in località appartenenti a diverse giurisdizioni

o caratterizzate dalla presenza di diversi fusi orari.

In altri casi, occorreva chiarire chi dovesse sopportare i costi della videoconferenza.

Come già evidenziato, ai sensi dell'art. 21 della direttiva, tutti i costi connessi all'esecuzione dovrebbero essere sostenuti dallo Stato che riceve l'ordine.

Qualora, però, l'autorità di esecuzione li ritengaeccezionalmente elevati può valutare, unitamente a quella di emissione, la ripartizione delle spese o la modifica del contenuto dell'OEI.

In un caso, l'autorità emittente aveva esplicitamente richiesto che l'audizione si svolgesse alla presenza di un interprete, che avrebbe comportato un significativo innalzamento dei costi di esecuzione. A seguito di un fitto scambio di mail tra le autorità coinvolte, e con la mediazione di Eurojust, l'autorità di emissione si rendeva disponibile a farsi carico del pagamento dei costi dell'interprete.

Spesso Eurojust ha dovuto chiarire lo *status* giuridico della persona da esaminare (indagato, imputato o testimone), non sempre agevolmente desumibile dal tenore dell'allegato "A". In alcuni casi, le autorità nazionali si sono trovate in disaccordo sulla veste da attribuire al soggetto da sottoporre all'audizione.

Talvolta, le autorità di emissione si sono rifiutate di modificarne la qualifica, su richiesta dell'autorità di esecuzione, provocandone il rifiuto del riconoscimento, nonostante i tentativi di mediazione di Eurojust.

Un problema ricorrente nella prassi riguarda, inoltre, l'attribuzione, da parte di alcuni ordinamenti, di diritti processuali differenti a seconda che il presunto autore di reato ricopra la posizione di indagato o di imputato. In particolare, si è riscontrata l'esistenza di diverse interpretazioni circa il contenuto del diritto di rimanere in silenzio e del privilegio contro l'autoincriminazione. In un caso relativo all'audizione testimoniale finalizzata ad acquisire le coordinate bancarie di una società indagata per riciclaggio, il cui autore era ancora ignoto, l'autorità di esecuzione rilevava che ilprivilegio contro l'autoincriminazione, previsto dal diritto interno, avrebbe potuto impedire lo svolgimento dell'esame, considerato il rischio che la persona da esaminaresi rivelasse un potenziale sospetto. Pertanto, l'autorità di emissione spiegava che la *lex fori* riconosce a chiunque il diritto di rimanere in silenzio, in presenza del concreto rischio di rendere dichiarazioni auto-indizianti, e prevede che chi viene sentito in qualità di testimone debba essere preventivamente informato della facoltà di non rispondere.

La medesima autorità si preoccupava, inoltre, di trasmettere un elenco dei diritti

riconosciuti all'autorità di esecuzione, la quale, adeguatamente rassicurata, procedeva ad escutere il dichiarante.

Il caso qui esposto dimostra che, nonostante le differenze sussistenti tra i vari sistemi nazionali, il dialogo e lo scambio di reciproche informazioni tra le autorità consenta comunque di soddisfare le richieste di cooperazione e di garantire, al contempo, il rispetto dei diritti riconosciuti alle persone coinvolte nelle investigazioni.

Numerosi casi hanno poi riguardato la partecipazione del difensore all'esame testimoniale, anch'esso oggetto di diverse vedute negli Stati. In un caso, ad esempio, l'autorità di emissione chiedeva che l'esame del teste avesse luogo alla presenza del difensore, in linea con quanto previsto dalla *lex fori*. L'autorità di esecuzione comunicava, però, che la partecipazione di un avvocato era contraria ai principi dell'ordinamento e che, di conseguenza, non era possibile assecondare la richiesta.

Eurojust si è domandato in che modo la presenza di un difensore possa contrastare con i principi fondamentali di uno Stato, dubitando della validità delle ragioni poste alla base del rifiuto di procedere secondo le formalità indicate dall'autorità di emissione, e sottolineando come, in generale, tali comportamenti restii rischino di sgretolare le fondamenta della fiducia reciproca tra i Paesi dell'Unione.

IV. 11.1 La nota tematica elaborata dal desk italiano in tema di audizioni in videoconferenza

In considerazione delle ripetute richieste di chiarimenti inoltrate a Eurojust, il *desk* italiano, nel 2019, ha interpellato gli altri *desk* nazionali su vari aspetti correlati all'audizione tramite videoconferenza.

Una prima questione riguardava l'individuazione della sede processuale in cui svolgere l'audizione della persona alla quale è attribuito il fatto di reato.

In dettaglio, si chiedeva di indicare se l'esame dell'indagato o imputato fosse consentito in ogni fase del procedimento (*indagini, udienza preliminare, dibattimento di primo grado, giudizio di appello*).

La maggior parte dei *desk* ha risposto positivamente, affermando che le normative di recepimento della direttiva consentono di riconoscere ed eseguire un OEI relativo all'audizione in videoconferenza di tali soggetti a prescindere dallo stadio del procedimento.

Diversamente, due *desk* hanno riferito che i loro Stati di appartenenza subordinano l'accoglimento della richiesta alla condizione che l'audizione abbia luogo durante le indagini, non ammettendone l'esecuzione in fasi avanzate.

Allo stesso modo ha risposto l'Irlanda la quale, pur non essendo vincolata alla direttiva, consente lo svolgimento dell'audizione tramite videoconferenza esclusivamente nel corso delle indagini.

La seconda questione verteva sull'eventualità in cui la persona, indagata o imputata, non prestasse il consenso a sottoporsi all'audizione.

Si tratta di una circostanza che, ai sensi dell'art. 24 § 2 della direttiva, può legittimare il rifiuto dell'esecuzione.

Soltanto uno Stato ha riferito della possibilità che l'audizione sia disposta d'ufficio dall'autorità, precisando che il relativo provvedimento possa essere impugnato soltanto per determinati motivi.

In tutti gli altri Stati, invece, la mancanza delconsenso integra un motivo di non esecuzione.

Con la terza questione s'intendeva verificare se, a livello nazionale, fosse previsto un regime peculiare nel caso in cui l'imputato versasse in stato di detenzione o che avesse esplicitamente richiesto di sottoporsi all'esame.

A tal proposito, un solo Stato riferiva circa l'operatività di una regola speciale, che vieta la presenza fisica in udienza dell'imputato che sia *in vinculis* nel territorio dello Stato di esecuzione.

Tutti gli altri, invece, negavano la presenza di deroghe alla disciplina generale sull'audizione mediante videoconferenza.

Tutti gli Stati hanno risposto in senso affermativo all'ultima domanda rivolta dal *desk* italiano, volta a indagare se le autorità nazionali fossero disposte a riconoscere un OEI relativo all'audizione in videoconferenza di un teste durante la fase strettamente processuale.

IV. 11.2 Le intercettazioni di telecomunicazioni con e senza l'assistenza tecnica di un altro Stato membro

Una cospicua parte del *report* si focalizza sulle problematiche relative alla disciplina delle intercettazioni, distinguendo tra le ipotesi in cui si rende necessaria la collaborazione tecnica di un altro Stato membro e quelle, più frequenti che, invece, non

la richiedono[588].

In relazione alle prime, la cui regolamentazione si rinviene nell'art. 30 della direttiva, i principali problemi riscontrati sono ricollegabili, ancora una volta, alle divergenze esistenti a livello nazionale (circa l'ambito applicativo delle intercettazioni, le finalità dell'utilizzo dei relativi risultati, la durata delle operazioni, lo *status* della persona sottoposta alle captazioni) e all'insufficienza delle informazioni fornite dall'autorità emittente.

Numerosi casi hanno infatti richiesto l'intervento di Eurojust per colmare l'incompletezza del contenuto dell'OEI o rettificare traduzioni imprecise.

Per ciò che attiene all'ambito di applicazione, la questione più dibattuta concerne la possibilità di utilizzare l'art. 30 della direttiva come base giuridica per disporre un ordine d'intercettazione "ambientale", mediante l'installazione occulta di microspie nel luogo in cui si svolgono le comunicazioni tra presenti. Si tratta di una questione particolarmente delicata, che si ripropone, come si dirà a breve, anche nel contesto delle intercettazioni che prescindono dall'altrui assistenza tecnica.

Con riferimento allo *status* della persona da sottoporre alle intercettazioni, in un caso il problema riguardava la possibilità di captare le comunicazioni di un soggetto che, in quel procedimento, non ricopriva la qualifica di indagato.

Secondo la *lex loci*, i presupposti per intercettare colui che riveste la qualità di persona informata sui fatti sono più stringenti rispetto a quelli contemplati dalla *lex fori* per la medesima ipotesi: nello Stato di esecuzione, l'intercettazione delle comunicazioni di un potenziale testimone è, in linea di principio, vietata, salvo che vi sia fondato motivo di ritenere che il soggetto possa entrare in contatto con l'indagato o trasmetta messaggi per conto di costui. Nel caso di specie, accertata l'insussistenza di tali condizioni, lo Stato di esecuzione non procedeva all'intercettazione. Ai sensi dell'art. 30 § 5 della direttiva, l'esecuzione di un ordine d'intercettazione può infatti essere rifiutata qualora l'atto richiesto non sia ammesso in un caso interno analogo. Invocando l'applicazione del principio di equivalenza, in più occasioni le autorità di esecuzione hanno espressamente richiesto che l'utilizzo dei risultati delle captazioni, da parte delle autorità dello Stato di

[588] Cfr., su tutti, F. RUGGIERI, *Le intercettazioni "per istradamento" sul canale internazionale: un mezzo di ricerca della prova illegittimo*, in *Cass. pen.*, 2000, p. 1062 ss. Corte EDU, Sez. I, 23 febbraio 2016, *Capriotti c. Italia*, in *HUDOC database*, § 43 - 52, con commento di A. BALSAMO, *Intercettazioni ambientali mobili e cooperazione giudiziaria internazionale: le indicazioni desumibili dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in *Cass. pen*., 2016, n. 11, p. 4236 ss.

emissione, fosse limitato a scopi meramente investigativi (*intelligence purposes*)[589], e non esteso ai fini di prova (*evidence purposes*).

IV. 12.1 L'interpretazione dell'art. 31 della Direttiva e l'allegato "C"

Ostacoli operativi sono stati incontrati nell'ambito delle intercettazioni senza l'assistenza tecnica[590], per le quali l'art. 31 della direttiva prevede un obbligo di notifica del compimento delle operazioni nei confronti dello Stato nel cui territorio è in uso l'indirizzo di comunicazione della persona interessata[591], da effettuare mediante il modulo di cui all'allegato "C".

In numerosi casi, si è riscontrato il mancato utilizzo, da parte dell'autorità dello Stato d'intercettazione, del predetto modulo, oppure la mancata indicazione, al suo interno, di informazioni utili per lo Stato notificato, quali gli estremi del provvedimento di autorizzazione, la durata delle operazioni prevista dalla *lex fori* e il momento in cui si è avuta conoscenza dello spostamento all'estero del soggetto intercettato.

Il problema principale discende, tuttavia, dalle diverse interpretazioni che ruotano attorno alla clausola di equivalenza ("qualora l'intercettazione non sia ammessa in un caso interno analogo")[592], di cui all'art. 31 § 3 della direttiva, il cui mancato rispetto può condurre al

---

[589] L'espressione potrebbe tradursi nel senso che i risultati delle intercettazioni sono utilizzabilisoltanto ai fini di consentire la prosecuzione delle indagini già in corso.

[590] Nel *report* di Eurojust si afferma che tali intercettazioni non rientrano tanto nell'ambito applicativo generale della direttiva, non essendovi alcun "ordine" da eseguire, quanto piuttosto nello specificocontesto dell'art. 31, che disegna un sistema basato sulle notifiche da effettuare mediante l'allegato "C".

[591] Sul punto, v. la *Relazione illustrativa*, cit., p. 13. Per «indirizzo di comunicazione» s'intende "un'identità tecnica di rete in grado di fruire dei servizi di comunicazione elettronica erogati dalla rete pubblica di comunicazioni o da risorse di connettività allocate [in ipotesi] in Italia". Il d.lgs. n. 108/2017 menziona, invece, il "dispositivo o sistema" controllato o da controllare. Secondo C. PARODI, *Il modello C: vecchie criticità e nuovi problemi in caso di intercettazioni all'estero,* in *Dir. pen. cont*., 1° marzo 2019,
p. 3, il riferimento al dispositivo o al sistema, anziché all'indirizzo di comunicazione, "non è differenza di poco conto, in quanto in teoria l'utenza intercettata potrebbe trovarsi nella disponibilità di soggetto diverso dall'abituale utilizzatore", aggiungendo che "non si può escludere che il «dispositivo o sistema da controllare» possa essere in uso a soggetto non compiutamente identificato (si pensi a utenze in contatto con altre di soggetti identificati in ambito di indagini su traffico di stupefacenti)".

[592] Il problema si pone in maggiore misura poiché, a differenza di quanto richiesto dall'art. 30 § 4 e, di riflesso, dalla sezione "H7" dell'allegato "A", nel caso delle intercettazioni senza l'assistenza tecnica la direttiva non impone all'autorità dello Stato d'intercettazione di indicare «i motivi per cui considera l'atto di indagine richiesto utile al procedimento penale interessato», limitandosi l'allegato "C" a prevedere l'indicazione generica di «tutte le informazioni necessarie» a consentire all'autorità dello Stato notificato di verificare il rispetto del principio di equivalenza.

divieto di iniziare le operazioni o all'interruzione di quelle già avviate[593].

Sul punto, alcuni ritengono che all'autorità dello Stato notificato sia demandato un controllo di tipo formale, preordinato a verificare la corrispondenza dei presupposti penalistici contemplati dalla *lex loci* che, nel nostro caso, coincidono con quelli indicati negli artt. 266 e 266 *bis* c.p.p.[594].

Al contrario, altri affermano come debba svolgersi un controllo più pregnante, di tipo sostanziale, esteso, cioè, alla verifica della sussistenza delle ulteriori condizioni di ammissibilità previste dal diritto dello Stato notificato, risultanti dall'art. 267 c.p.p. nell'ipotesi in cui la notifica sia diretta all'Italia.

Negli ordinamenti che aderiscono a quest'ultima interpretazione, più rigorosa e garantista, è statisticamente più frequente, stando a quanto riportato da Eurojust, l'esercizio di poteri inibitori, che vietano la prosecuzione delle operazioni o l'utilizzo dei risultati eventualmente già ottenuti.

---

[593] Come osservato da M. DANIELE, *La sfera d'uso delle prove raccolte*, in M. DANIELE - R. E. KOSTORIS (a cura di), *L'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 187, il divieto in parola "discende dall'inosservanza della *lex loci*, la quale proietta i suoi effetti anche nello Stato di emissione".

[594] L'interpretazione "formale" è accolta dalla *Relazione illustrativa*, cit., p. 15, nella parte in cui afferma che "non è pensabile, a fronte del testo della direttiva che non contempla alcuna verifica in tema di "indizi" (né gravi, né sufficienti) imporre alle autorità straniere di avventurarsi in valutazioni calibrate sulle forme tipiche del sistema italiano e verosimilmente estranee alle abitudini ed alla cultura dello Stato richiedente" e che, sul versante attivo, "non fosse altro che per una questione di tempi, non è pensabile che l'a.g. italiana possa e debba esaminare integralmente e direttamente gli elementi in fatto posti a fondamento delle richieste". "Del resto, si tratta pur sempre di dare esecuzione ad un provvedimento già emesso dalla competente autorità giudiziaria dello Stato richiedente. Il sistema della direttiva non può chefondarsi infatti su un atto di reciproca fiducia da parte degli Stati, il che consente al giudice italiano di fondare il proprio giudizio su di un quadro 'attestato' dall'autorità richiedente". In dottrina, in senso conforme, cfr. G. DE AMICIS, *Dalle rogatorie all'ordine europeo di indagine: verso un nuovo diritto della cooperazione giudiziaria penale*, in *Cass. pen*., 2018, p. 44, il quale reputa tale interpretazione in linea con la logica del mutuo riconoscimento; nonché A. NOCERA, *Il sindacato giurisdizionale interno in tema di ordine europeo di intercettazione*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim*., 2018, n. 1, p. 149 ss., ove afferma che, dal lato passivo, "la verifica del g.i.p. ha ad oggetto l'attestazione della esistenza di «elementi evocativi» dei presupposti per l'intercettazione (grave quadro indiziario ed indispensabilità del ricorso all'intercettazione per la prosecuzione delle indagini), come rappresentati nel modulo di trasmissione ovvero nelle informazioni integrative, senza possibilità di sindacato sul merito delle valutazioni già svoltedall'autorità procedente". Al contrario, v. M. DANIELE, *La sfera d'uso delle prove raccolte*, cit., p. 188 ss., secondo il quale l'opposta lettura è supportata dal dato normativo, atteso che "l'art. 24, comma 2, non specifica che la regola speciale opera in deroga alla regola generale dell'art. 9, commi 1 e 3, che (…) richiede l'osservanza di tutti i requisiti di ammissibilità previsti dalla *lex loci*. Né esso precisa che, ai fini delle intercettazioni senza l'assistenza dell'Italia, siano necessari «solo» i presupposti penalistici richiesti dalle norme italiane", con la conseguenza che "al momento della comunicazione all'autorità italiana dello svolgimento delle intercettazioni, l'autorità straniera non potrebbe esimersi dall'allegare le ragioni fattuali che ne stanno alla base, così da consentire il riscontro degli indizi di reato e della indispensabilità delle operazioni ai sensi dell'art. 267 c.p.p.".

Per evitare la stasi della cooperazione e, al contempo, l'intrusione nel merito delle altrui decisioni, pare dunque che la soluzione risieda nell'adozione, da parte dellaautorità destinataria dell'ordine o della notifica, di un atteggiamento flessibile e collaborativo, che presuppone una dettagliata esposizione degli elementi che sorreggonola richiesta estera, anche mediante successive integrazioni.

Atteggiamento flessibile e collaborativo non significa, però, passiva acquiescenza alle pretese avanzate dell'autorità straniera, a scapito delle garanzie della persona assicurate dall'ordinamento interno. L'insindacabilità delle ragioni di merito non può, in altre parole, spingersi sino a legittimare forme di cooperazione basate su valutazioni superficiali e frettolose: una cosa è, infatti, la reciproca fiducia, che si nutre del rispetto dei diritti fondamentali da parte di ciascuno Stato; ben diversa è la fiducia "ad occhi chiusi", che rischia di rivelarsi un pretesto per evitare di addossare all'autorità il peso di controlli minuziosi e di compromettere i rapporti secondo la prospettiva utilitaristica *do ut des*.

IV. 12.2 Le questioni operative sollevate dal desk italiano in materia di intercettazioni

Già nel luglio 2018, il *desk* italiano ha sollevato una tematica operativa incentrata sull'applicazione dell'art. 31 della direttiva e sull'utilizzo, ancora poco diffuso, del modulo di cui all'allegato "C".

Con la prima questione si chiedeva agli altri *desk* nazionali di illustrare le modalità con cui i rispettivi Stati avessero recepito la citata norma e i presupposti necessari per ottenere l'autorizzazione a proseguire l'intercettazione transfrontaliera.

Alcune risposte si sono soffermate sui criteri che le autorità di esecuzione sono solite impiegare per valutare se l'intercettazione sia o meno consentita sul piano domestico.

In via esemplificativa, sono stati menzionati i seguenti elementi: l'intensità del dolo, la gravità del reato per cui si procede - desunta non soltanto dal *quantum* di pena comminata in astratto, ma anche dalla sua natura e dall'eventuale connessione con altri reati della stessa indole - , l'impossibilità di ottenere la prova attraverso altre modalità e l'indispensabilità del mezzo di ricerca della prova ai fini della prosecuzione delle indagini.

Ulteriori criteri presi in considerazione attengono all'idoneità dell'intercettazione ad acquisire elementi di prova pertinenti al reato oggetto del procedimento e al grado di compressione dei diritti fondamentali dell'intercettato, che deve risultare necessaria e proporzionata alle esigenze investigative e probatorie del caso concreto.

Secondariamente, ci si interrogava se fossero state diffuse linee guida sulle modalità con cui lo Stato notificato procede alla valutazione del contenuto dei moduli di cui all'allegato "C".

Un solo *desk* ha reso nota l'esistenza di linee guida in materia, con la funzione di orientare l'autorità nel momento in cui verifica se il reato per cui si procede consenta o meno l'intercettazione in un caso interno analogo, tralasciando ogni altro aspetto, che si presume già valutato in fase di emissione secondo i parametri della *lex fori*.

Diversamente, la maggior parte degli Stati membri, dispone di linee guida meno dettagliate, relative, in generale, alle modalità di attuazione della direttiva nel suo complesso[595].

La terza questione mirava a raccogliere informazioni in merito ai problemi sorti dalla casistica selezionata da Eurojust.

Dalle risposte è emerso che si tratta, in buona sostanza, di problematiche legate allo scarso utilizzo del modulo di cui all'allegato "C", all'incompletezza del suo contenuto o alla pessima qualità delle traduzioni.

Come si è anticipato, ulteriori difficoltà derivano dall'assenza di un'interpretazione univoca circa la portata del principio di equivalenza e di una specifica regolamentazione dell'intercettazione tra presenti, cui si ricollega l'ultima questione sollevata dal *desk* italiano.

Tale questione verte, in particolare, sul significato da attribuire alla nozione di "telecomunicazioni", che sconta l'assenza di una definizione unitaria a livello europeo.

La domanda cruciale, tuttora priva di risposta univoca, è dunque se l'installazione occulta di dispositivi spie all'interno di un determinato luogo (stanza o abitacolo di un'autovettura), finalizzata a captare i colloqui che ivi si svolgono, rientri o meno nelle "intercettazioni di telecomunicazioni" di cui parla la direttiva.

[595] A livello nazionale, un esempio è fornito dalla Circolare del Ministero della Giustizia, del 26 ottobre 2017, più volte citata, nonché, a livello distrettuale, dalle *Linee guida della Procura di Torino in tema di ordine europeo di indagine "passivo"*, del 29 gennaio 2021, a firma del dott. Cesare Parodi, pubblicate in *Sist. pen*., 8 febbraio 2021.

IV. 12.3 L'assenza di una definizione di "telecomunicazioni": quale sorte per le intercettazioni tra presenti?

Preliminarmente, si osserva che nel testo della direttiva non si rinviene alcuna definizione del concetto di "telecomunicazioni": né nel suo preambolo, né agli artt. 30 e 31, e neppure all'art. 2, rubricato "definizioni".

Nessun rimando viene fatto alla legge dei singoli Stati membri, così escludendo la possibilità di scovarne il significato al loro interno.

Cionondimeno, un primo elemento utile alla ricostruzione del corretto significato del termine può essere fornito dall'indicazione contenuta nella risoluzione del Consiglio sull'intercettazione legale di telecomunicazioni del 17 gennaio 1995, che le definisce come "ogni trasferimento di segni, segnali, scritture, immagini, suoni, dati o informazioni di qualsiasi genere trasmessi totalmente o parzialmente con un sistema via cavo, via radio, elettromagnetico, fotoelettronico o fotottico".

È poi doveroso considerare la relazione esplicativa della Convenzione di Bruxelles del 2000, atteso che gli artt. 30 e 31 della direttiva sono largamente ispirati agli artt. 17-20 della predetta.

L'accento è posto sulla scelta del Consiglio dell'Unione di non ancorare le telecomunicazioni a una definizione codificata, e dunque statica, allo scopo di renderla un concetto dinamico e favorirne, così, interpretazioni al passo con l'evoluzione tecnologica.

Tuttavia, stando a un'interpretazione letterale, il termine in oggetto, a differenza di quello più generico di "comunicazioni", sembra propendere per lo scarto delle intercettazioni "ambientali", relative a conversazioni di due o più persone, fisicamente presenti in un medesimo luogo [596].

Va però osservato che la Corte di giustizia si mostra spesso refrattaria nei confronti di interpretazioni basate esclusivamente sul dato normativo, prediligendo, piuttosto, quelle di carattere sistematico, maggiormente ingrado di realizzare gli obiettivi perseguiti dal diritto europeo, conformemente al principio dell'effetto utile.

Pertanto, Eurojust si fa promotore di un'interpretazione estensiva, suggerendo di estendere lo sguardo al contesto che ha dato alla luce ladirettiva OEI e alle finalità che la animano.

[596] Cfr. C. MARINELLI, *Le intercettazioni di comunicazioni*, in M. DANIELE - R. E. KOSTORIS (a cura di), *L'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 231.

Sottolinea poi l'Agenzia dell'Unione che, nonostante l'evidente differenza, in punto di oggetto e modalità attuative, tra intercettazione telefonica o telematica (*wiretapping - interception of communication by telephone or other telecommunication technology*) e intercettazione di conversazioni tra presenti (*bugging - installation of a small microphone in the place to be bugged and transmission to some nearby receveir*), è anche vero che l'effetto prodotto consiste pur sempre nella captazione occulta di comunicazioni o conversazioni, e che entrambe le tipologie di intercettazione interferiscono in ugual misura con il diritto alla riservatezza degli interlocutori.

Un altro elemento sembrerebbe deporre a favore dell'opportunità di sottoporre a una disciplina unitaria le intercettazioni di conversazioni telefoniche e quelle di comunicazioni tra presenti: dall'onnicomprensività che connota la direttiva OEI, la quale "dovrebbe applicarsi a tutti gli atti di indagine finalizzati all'acquisizione di prove", è consentito dedurre che il legislatore europeo abbia inteso superare la distinzione fondata sulla loro natura.

Le argomentazioni fornite da Eurojust, volte ad ampliare il raggio applicativo della direttiva OEI alle intercettazioni tra presenti, tuttavia, non convincono pienamente.

La delicatezza della materia, l'assenza di interpretazioni univoche e di sicuri approdi giurisprudenziali, nonché le asimmetrie esistenti nei singoli Stati a livello di disciplina normativa, di cui risente la prassi applicativa, inducono a ritenere preferibile che la soluzione positiva poggi su un dato normativo certo e inequivocabile[597].

A maggior ragione se si considera che, sul piano domestico, alcune recenti e travagliate riforme[598] hanno portato all'attenzione degli studiosi la complessa tematica –

[597] Nell'attesa dell'avvento di una normativa unitaria in materia, si ritiene che le difficoltà operative determinate da tali divergenze possano essere, parzialmente e provvisoriamente, superate mediante l'attivazione di procedure di consultazione tra le autorità, rivolgendosi al rispettivo membro nazionale presso Eurojust. Sul punto C. PARODI, *Ordine di indagine europeo: la disciplina delle intercettazioni*, in Cass. pen., 3, 2020, 1314 ss. e DE LUCA, I*ntercettazioni eseguite mediante ordine europeo di indagine: qualcosa di nuovo sul fronte occidentale?*, in Cass. pen., 2, 2023, 590 ss..

[598] La disciplina delle intercettazioni tra presenti mediante l'inoculazione del captatore informatico in dispositivo elettronico portatile è attualmente compendiata negli artt. 266, commi 2 e 2 *bis*, e 267, commi 1 e 2 *bis*, c.p.p. Il primo intervento normativo in materia è costituito dal d.lgs. 29 dicembre 2017, n. 216, poi seguito dalla l. 9 gennaio 2019, n. 3 e, da ultimo, dal d.l. 30 dicembre 2019, n. 161, conv. in l. n. 28 febbraio 2020, n. 7, applicabile ai procedimenti iscritti dopo il 31 agosto 2020 (e a partire dall'1 settembre 2020 per ciò che riguarda la disciplina sulla pubblicità dell'ordinanza cautelare), che completa il percorso di equiparazione tra i delitti di criminalità organizzata e terrorismo, di cui agli artt. 51, commi 3 *bis* e 3 *quater*, c.p.p., e i reati contro la pubblica amministrazione puniti con la pena della reclusione non inferiore nel massimo a 5 anni, commessi non più soltanto dai pubblici ufficiali, ma anche dagli incaricati di pubblico servizio. In estrema sintesi, la peculiarità della disciplina risiede nella previsione di un"doppio binario", che muove lungo la distinzione tra reati comuni, da un lato, e delitti di criminalità organizzata e gli

resa tale anche a causa dell'intricata disciplina che la presiede – delle intercettazioni tra presenti da effettuarsi, anche all'interno dei luoghi domiciliari, mediante l'installazione del captatore informatico (c.d. *trojan horse*): uno strumento investigativo, invero già invalso da tempo nella prassi[599], particolarmente sofisticato e altrettanto intrusivo, il cui impiego, ad oggi, non è ammesso in tutti i Paesi aderenti alla direttiva[600].

altri ad essi equiparati, dall'altro, cui si accompagnano significative differenze relativamente ai seguenti profili: i presupposti per consentire le intercettazioni nei luoghi di privata dimora con l'uso del captatore, sempre consentite se si rientra nella seconda categoria, e quelli per autorizzare il compimento delle operazioni (nel secondo caso, opera il regime speciale di cui all'art. 13 d.l. 152/1991, a prescindere dall'utilizzo del captatore); la possibilità di procedere d'urgenza con decreto motivato del pubblico ministero, riservata esclusivamente alla seconda ipotesi; il contenuto del provvedimento del giudice per le indagini preliminari, che richiede una motivazione rafforzata soltanto se si procede per un reato comune, dovendosi indicare, oltre alle ragioni che rendono necessario l'impiego ditale modalità, delle coordinate spazio-temporali in relazione alle quali è consentita l'attivazione del microfono da remoto. Con riferimento a quest'ultimo profilo, si segnala Cass., sez. V, 30 settembre 2020 (dep. 9 dicembre 2020), n. 35010, Rv. 280398, la quale ha affermato che "in tema di intercettazioni ambientali a mezzo di captatore informatico (*trojan*), il riferimento al luogo di svolgimento dell'intercettazione tra presenti non costituisce presupposto di autorizzabilità, necessario ai fini del rispetto dell'art. 8 CEDU secondo l'interpretazione della giurisprudenza della Corte EDU, essendo, in via alternativa, consentito far ricorso all'indicazione del destinatario di essa ed in considerazione altresì della natura dinamica e "itinerante" della captazione, che prescinde dal riferimento ai luoghi". In relazione all'impiego dell'agente "intrusore" nei procedimenti per delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione, di recente, Cass., sez. VI, 1° dicembre 2020 (dep. 15 marzo 2021), n. 10080, Rv. 280719, ne ha confermato l'utilizzo anche nei confronti del privato corruttore, poiché "lo strumento è applicabile indipendentemente dalla qualifica soggettiva dell'indagato". In dottrina, tra i molteplici contributi, v. L. KALB, *Solo l 'ascolto diretto del "captato" assicura un pieno diritto di difesa*, in *Guida dir.*, 2008; M. GIALUZ, *L'emergenza nell'emergenza: il decreto-legge n. 28 del 2020, tra ennesima proroga delle intercettazioni, norme manifesto e "terzo tempo" parlamentare*, in *Sist. pen.,* 1° maggio 2020; M. MIRAGLIA, *La riforma delle intercettazioni e la redazione dei "brogliacci di ascolto"*, in M. GIALUZ (a cura di), *Le nuove intercettazioni*, in *Diritto di internet*, 2020, n. 3 (suppl.), p. 8 ss.; L. GIORDANO, *Presupposti e limiti all'utilizzo del captatore informatico: le indicazioni della Suprema Corte*,in *Sist. pen. - Riv. trim*., 2020, n. 4, p. 109 ss.; D. PRETTI, *La metamorfosi delle intercettazioni, ultimoatto? La legge n. 7/2020 di conversione del d.l. n. 161/2019*, in *Sist. pen.*, 2 marzo 2020; W. NOCERINO, *Prime riflessioni a margine del nuovo decreto legge in materia di intercettazioni*, in *Sist. pen. - Riv. trim.*, 2020, n. 1, p. 63 ss.; L. CAMALDO, *Le innovazioni previste dalla legge anticorruzione in tema di intercettazioni con captatore informatico*, in *Dir. pen. cont.*, 24 settembre 2019; M. BONTEMPELLI, *Il captatore informatico in attesa della riforma*, in *Dir. pen. cont*., 20 dicembre 2018.

[599] Il primo punto fermo in tema di intercettazioni c.d. "ambientali" mediante captatore informatico è posto da Cass., sez. un., 28 aprile 2016 (dep. 1° luglio 2016), n. 26889, Rv. 266905, la quale ha affermato il seguente principio di diritto, tuttora applicabile ai procedimenti iscritti prima del 31 agosto 2020: "*Limitatamente ai procedimenti per delitti di criminalità organizzata è consentita l'intercettazione di conversazioni o comunicazioni tra presenti mediante l'installazione di un captatore informatico in dispositivi elettronici portatili, anche nei luoghi di cui all'art. 614 c.p., pure non singolarmente individuati e anche se ivi non si stia svolgendo l'attività criminosa*", dove per «criminalità organizzata» si è accolta una nozione ampia, secondo un approccio teleologico, che include "non solo i delitti elencati nell'art. 51, commi 3 *bis* e 3 *quater*, c.p.p., ma anche quelli comunque facenti capo a un'associazione per delinquere *ex* art. 416 c.p., correlata alle attività criminose più diverse, con esclusione del mero concorso di persone nel reato, nel quale manca il requisito dell'organizzazione".

IV. 13 L'OEI in tempo di pandemia

Concludendo quanto assunto all'interno del presente capitolo, con un taglio prevalentemente pratico, si reputa interessante, in ragione dell'attualità della tematica, dare conto dell'impatto che l'emergenza sanitaria connessa alla pandemia da Covid-19 ha avuto sulla cooperazione giudiziaria penale nel contesto europeo.

L'analisi, qui circoscritta, per evidenti ragioni, alle ricadute sul terreno dell'OEI (talvolta considerato unitamente alle rogatorie) prende le mosse dalle risposte fornite dagli Stati[601] che hanno partecipato al questionario predisposto sul tema da Eurojust e dalla Rete giudiziaria europea, su incarico del Consiglio dell'Unione.

Si fa riferimento, in particolare, alla tabella riassuntiva del 12 maggio 2020[602] e al documento di sintesi, aggiornato al 12 febbraio 2021[603], entrambi consultabili sul sito della RGE, che riportano le informazioni raccolte, relativamente ai seguenti strumenti di cooperazione giudiziaria in materia penale[604]: mandato d'arresto europeo, estradizione, ordine europeo d'indagine, mutua assistenza legale (rogatorie), trasferimento dei condannati, provvedimenti di sequestro e confisca dei beni, squadre investigative comuni.

Limitando lo sguardo all'OEI, si espongono di seguito le considerazioni di carattere generale svolte nell'*executive summary*, riportando alcune risposte fornite dai vari Stati, che si è scelto di selezionare in base al livello di dettaglio o alla peculiarità del contenuto.

---

[600] V. la *Relazione del membro nazionale di Eurojust*, cit., p. 44. È poi da considerare che, quantomeno nella prospettiva italiana, l'inclusione delle captazioni ambientali – eseguite mediante la tradizionale "cimice" o il *virus* "spia" – nel perimetro della direttiva sull'OEI ne comporterebbe la loro formale sottrazione alla prassi dell'istradamento, con la conseguenza che alle maggiori garanzie di riservatezza nei confronti dei soggetti le cui comunicazioni sono oggetto di ascolto si contrapporrebbero le difficoltà operative derivanti dal costante monitoraggio degli spostamenti del dispositivo itinerante, da comunicare tempestivamente all'autorità straniera. Cfr. altresì le *Linee guida della Procura di Torino in tema di ordine europeo di indagine "passivo"*, del 29 gennaio 2021, in cui si afferma che, nel silenzio della direttiva e del decreto attuativo, le richieste estere relative alle intercettazioni ambientali "potranno essere accolte per le ipotesi e nei limiti in cui le stesse sono ammissibili nel sistema nazionale".

[601] Si tratta di Austria, Belgio, Bulgaria, Croazia, Cipro, Repubblica Ceca, Danimarca, Estonia,Finlandia, Francia, Germania, Grecia, Irlanda, Italia, Islanda, Lettonia, Lituania, Lussemburgo, Malta, Norvegia, Paesi Bassi, Polonia, Romania, Slovacchia, Slovenia, Spagna, Svezia e Ungheria.

[602] Cfr. *COVID-19 summary table of measures. Overview of replies*.

[603] Cfr. *The impact of COVID-19 on judicial cooperation in criminal matters - Executive summary of information compiled by Eurojust and EJN*.

[604] Per un'efficace sintesi v. M. BARGIS, *La cooperazione giudiziaria in materia penale alla prova dell'emergenza da covid-19*, in *Sist. pen*., 24 giugno 2020, p. 1 ss.

Una precisazione è doverosa: come si desume dal documento di sintesi, le difficoltà maggiori – verificatesi soprattutto sul versante di esecuzione, più che su quello di emissione – sono state riscontrate durante i primi mesi della pandemia (marzo - aprile 2020), per poi attenuarsi nei successivi mesi di maggio e giugno.

Inoltre, nonostante la nuova ondata di contagi risalente all'autunno 2020 e la correlata adozione di misure di prevenzione più stringenti, non vi sono state significative ripercussioni sull'attività di cooperazione giudiziaria, complessivamente considerata.

Si può, dunque, affermare che la situazione, almeno da questo punto di vista, stia progressivamente tornando alla normalità, dovendo però fare i conti con il carico di lavoro cumulatosi per effetto degli inevitabili ritardi e rinvii connessi all'emergenza sanitaria.

Ad ogni modo, per quanto riguarda l'attività di cooperazione in ambito probatorio, i quesiti indirizzati agli Stati sono così sintetizzabili: si è chiesto di indicare se, e in che modo, le procedure di emissione ed esecuzione di OEI e rogatorie abbiano risentito dell'adozione delle misure di contenimento della diffusione del contagio; se siano stati introdotti criteri, e in caso affermativo quali, per accordare priorità a determinate procedure piuttosto che ad altre; se l'esecuzione di tali strumenti sia stata o meno circoscritta ai casi caratterizzati da urgenza.

Da ultimo, si è domandato se fosse preferibile inoltrare le richieste di cooperazione tramite posta ordinaria oppure via mail, e rivolgersi direttamente all'autorità competente ovvero a quella centrale.

Dalle informazioni ricevute è emerso, in linea generale, il ricorso, ove possibile, a modalità alternative che consentissero l'esecuzione dell'attività richiesta e garantissero, al contempo, l'osservanza delle misure di distanziamento sociale e lo svolgimento delle udienze, optando, ad esempio, per le audizioni tramite video o teleconferenza, in luogo dell'esame "in presenza".

In alcuni Stati si è assistito alla sospensione o al differimento dell'esecuzione di misure che implicano un contatto fisico, come la perquisizione personale e domiciliare.

Sotto quest'ultimo aspetto, il Lussemburgo, ad esempio, ha riferito della difficoltà di procedere alle perquisizioni domiciliari, a causa della chiusura della maggior parte di aziende e uffici presenti sul territorio, e della mancata assistenza di forze di polizia straniere.

Nei Paesi in cui, durante l'emergenza sanitaria, sono state adottate misure sospensive del decorso dei termini o dello svolgimento dell'attività giudiziaria[605], l'esecuzione di OEI e rogatorie è stata talvolta circoscritta alle sole ipotesi urgenti (è il caso di Polonia e Portogallo), identificate procedendo a una valutazione caso per caso, oppure elaborando specifici criteri.

La Bulgaria ha preannunciato possibili ritardi nell'esecuzione di tutti gli OEI, in ragione delle limitate risorse giudiziarie e di polizia, comunicando altresì il differimento degli OEI non urgenti sino al termine dello stato di emergenza dichiarato dalle autorità nazionali. Ha invece optato per un approccio caso per caso l'Estonia, che ha reso nota l'intenzione di accordare priorità all'esecuzione di misure non implicanti contatto fisico diretto.

La Lettonia ha fatto uso di un criterio ancorato alla fase del procedimento (*pre-trial or trial stage*), precisando che l'esecuzione di attività implicanti il contatto fisico avrebbe avuto luogo solo laddove ritenuta strettamente necessaria, in considerazione della gravità del reato, mantenendo la distanza di due metri e vietando la partecipazione delle autorità emittenti.

Una risposta completa è stata fornita dalla Germania. In particolare, gli Stati Federali hanno adottato alcuni criteri funzionali a stabilire una gerarchia delle procedure da eseguire in via prioritaria, quali la sussistenza di un particolare interesse pubblico o

[605] Per quanto attiene alle misure di contrasto all'emergenza epidemiologica da Covid-19 in relazione allo svolgimento dell'attività giudiziaria adottate nell'ordinamento italiano, v. l'art. 83 d.l. 17 marzo 2020, n. 18, convertito con modifiche in l. 24 aprile 2020, n. 27 (c.d. decreto "cura Italia"). Con specifico riferimento al regime della prescrizione, la Corte costituzionale, pronunciatasi con sentenza 18 novembre 2020 (dep. 23 dicembre 2020), n. 278, in *www.cortecostituzionale.it,* ha ritenuto che il comma 4 della citata disposizione – che stabilisce la sospensione del decorso della prescrizione del reato, anche in relazione ai reati commessi prima della sua entrata in vigore – fosse compatibile con il principio di irretroattività in *malam partem,* in quanto "sul piano della ragionevolezza e proporzionalità, la misura è giustificata dalla finalità di tutela del bene della salute collettiva per contenere il rischio di contagio da Covid-19 in un eccezionale momento di emergenza sanitaria". Sull'argomento, v. G.L. GATTA, *Emergenza Covid e sospensione della prescrizione del reato: la Consulta fa leva sull'art. 159 c.p. per escludere la violazione del principio di irretroattività ribadendo al contempo la natura sostanziale della prescrizione, coperta dalla garanzia dell' art. 25, comma 2, Cost.*, in *Sist. pen*., 26 dicembre 2020; ID., *Le Sezioni Unite dopo la Consulta, sulla sospensione della prescrizione del reato: circoscritto l'ambito di applicabilità della disciplina*, in *Sist. pen*., 11 febbraio 2021, nonché M. BONTEMPELLI, *Emergenza Covid-19 e ragionevole durata del processo penale*, in *Sist. pen.,* 13 gennaio 2021. Più di recente, la Consulta, con sentenza 25 maggio 2021 (dep. 6 luglio 2021), n. 140, in *www.cortecostituzionale.it,* è tornata a occuparsidell'art. 83, questa volta in relazione al comma 9, nella parte in cui fa discendere l'effetto sospensivo del termine di prescrizione dall'adozione, da parte del capo dell'ufficio giudiziario, di un provvedimento di rinvio dell'udienza per motivi di organizzazione legati all'emergenza epidemiologica, dichiarando l'illegittimità costituzionale della norma censurata per violazione del principio di legalità, sotto il profilo della insufficiente determinatezza.

l'importanza del caso, lo stato di detenzione dell'indagato o imputato, il pericolo di dispersione delle prove, l'imminente prescrizione o la gravità del reato, il rischio di aggravamento delle indagini, l'urgenza e la tipologia della misura oggetto di richiesta.

L'esecuzione non è stata limitata ai soli casi urgenti, nonostante si siano verificati alcuni fisiologici ritardi e rinvii, talvolta dovuti anche a difficoltà di natura tecnica, specialmente nel caso dell'audizione da remoto. Anche la Germania, come la Lettonia, ha impedito sia la presenza sul territorio nazionale di agenti di polizia stranieri sia la partecipazione di funzionari tedeschi all'estero.

Analogamente, l'Ungheria, pur assicurando l'esecuzione di OEI e rogatorie indipendentemente dall'urgenza, ha raccomandato di non disporre la comparizione di persone dinnanzi alle autorità, ritenendo preferibili modalità che consentissero l'esame a distanza.

L'aumento di audizioni mediante videoconferenza durante il *lockdown* è stato registrato anche dalla Romania.

Interessante è anche quanto è stato riferito da Malta, che ha fatto dipendere l'esecuzione dal tipo di misura richiesta, dall'urgenza e dalla sussistenza di un interesse pubblico, a fronte della chiusura dei tribunali e della sospensione dei termini legali.

È stato precisato che l'urgenza della procedura potesse stabilirsi anche in un secondo momento, a seguito di un'interlocuzione tra le autorità, e che le perquisizioni domiciliari continuassero a svolgersi adottando le necessarie precauzioni sanitarie.

La Svezia ha affermato di non aver ricevuto istruzioni in ordine all'opportunità di limitare l'esecuzione degli OEI, né di aver adottato criteri prioritari per la loro emissione. Italia, Francia e Spagna hanno asserito di non aver incontrato, in linea di principio, particolari ostacoli in sede di emissione e di esecuzione di OEI e rogatorie.

Nello specifico, la Spagna ha comunicato il regolare svolgimento dell'attività di cooperazione giudiziaria in ambito probatorio, dal lato sia attivo che passivo, senza necessità di emanare apposite linee guida.

Sono state tuttavia riscontrate difficoltà nell'esecuzione di misure investigative implicanti il trasferimento di persone o altro tipo di contatto fisico. In relazione alle perquisizioni domiciliari, si è ritenuto opportuno procedere a una valutazione in concreto, al fine di evitare che i funzionari giudiziari si esponessero al rischio di contagio, in violazione delle restrizioni imposte a livellonazionale. La priorità è stata accordata agli OEI connotati da urgenza, desumibile da una chiara descrizione dei motivi da parte dell'autorità di emissione.

Con riferimento ai canali di trasmissione utilizzabili, la maggior parte degli Stati ha specificato di inoltrare, preferibilmente tramite posta elettronica, gli ordini e le richieste all'autorità competente servendosi degli indirizzi indicati nella risposta al questionario o già inclusi nella piattaforma "Atlas"[606], senza necessità di coinvolgere l'autorità centrale.

In particolare, la Lettonia ha riferito di aver contattato via mail le autorità centrali soltanto nei casi urgenti, mentre la Slovacchia ha richiesto che, in tali casi, all'OEI e alle altre richieste inoltrate in formato digitale dovesse seguire l'invio per posta ordinaria della copia cartacea originale.

È stata infine espressamente sollecitata (da parte di Italia, Finlandia, Portogallo, Repubblica Ceca e Slovenia) l'attivazione dei punti di contatto presso Eurojust e la RGE, che resta comunque rimessa alla discrezionalità dell'autorità giudiziaria procedente.

Da quanto sin qui esposto pare dunque che, in tempo di pandemia, gli Stati abbiano dimostrato, oltre a uno spirito collaborativo animato dal *favor cooperationis* e dal mutuo riconoscimento, di essersi lasciati guidare dal principio di proporzionalità, sorgente luminosa della direttiva OEI.

L'assunzione di decisioni calibrate sulle specificità del caso e la ricerca del giusto equilibrio tra il diritto alla salute e le esigenze investigative e probatorie, realizzate plasmando criteri suscettibili di tornare utili in ipotesi affini e instaurando un dialogo con le autorità estere, hanno rivelato la capacità degli Stati di muoversi con accortezza nel solco tracciato dal legislatore europeo: un atteggiamento che, si auspica, possa continuare a mantenersi anche in futuro, ovvero quando a entrare in gioco è (soprattutto) il diritto di difesa.

[606] L'Atlante giudiziario europeo della RGE agevola l'individuazione dell'autorità da contattare in base al tipo di cooperazione richiesta.

CAP. V. LA COOPERAZIONE GIUDIZIARIA TRA STATI E I SUOI STRUMENTI NELLA LOTTA AL TERRORISMO INTERNAZIONALE

Premessa. *V.1 La crescita della politica antiterroristica nel panorama Europeo; V.2 Gli espedienti della cooperazione giudiziaria e di polizia nella lotta al terrorismo; V.2.1 Gli scambiinformativi con finalità di investigazione; V.2.2 Le operazioni sotto copertura; V.2.3 Le intercettazioni; V.2.3.1 Le intercettazioni preventive; V.2.4 I captatori informatici e il loro utilizzo; V. 3 Considerazioni conclusive in riferimento all'attuazione dell'ordine europeo di indagine penale.*

Premessa

La creazione di uno Spazio di libertà, sicurezza e giustizia, quale obiettivo precipuo delle politiche e delle attività dell'Unione Europea[607], all'interno del quale vengono garantite ai cittadini europei libertà fondamentali, come quella di circolazione delle persone, dei lavoratori, delle merci, dei servizi e dei capitali proprie del mercato unico europeo, ha permesso, parallelamente, la proliferazione di forme di criminalità particolarmente allarmanti, che hanno assunto, progressivamente, dimensioni di carattere transnazionale.

Tra le più disparate manifestazioni di criminalità transnazionale, emerge in primo piano il fenomeno terroristico che rappresenta, oggi, la minaccia principale nel territorio europeo (e internazionale).

Dato confermato dalle drammatiche vicende che hanno riguardato Francia, Belgio, Germania, Inghilterra e Spagna in cui si è avuta dimostrazione del fatto che le gravi forme di criminalità approfittano delle libertà di movimento dei nostri Paesi[608].

[607] Così come emerge dal tenore degli artt. 67-76 del Titolo V del TFUE.

[608] Come emerge a chiare lettere dalle parole del Consiglio dell'Unione europea con riferimento ai combattenti stranieri "La minaccia posta dai cittadini europei radicalizzati, molti dei quali viaggiano anche all'estero per combattere, è destinata a persistere nei prossimi anni. Per rispondere efficacemente a tale problematica occorrono un approccio globale e un impegnoa lungo termine. La responsabilità di combattere il terrorismo spetta principalmente agli Stati membri. Tuttavia, l'Unione europea può e dovrebbe svolgere un ruolo di sostegno che contribuisca ad affrontare la natura transfrontaliera della minaccia". Si veda http://www.consilium.europa.eu/it/policies/fight-against-terrorism/foreign-fighters/ .

La rilevanza del fenomeno induce una grande attenzione da parte dell'intera comunità internazionale, partendo dai semplici cittadini per arrivare ai più importanti esperti di politica, diritto e sicurezza.

Attenzione affiancata da un effettivo e concreto sostegno da parte dell'Unione Europea[609], imprescindibile per il contrasto a minacce di tale portata.

Certo è che, il terrorismo non costituisce una realtà nuova all'interno dello scenario internazionale ed europeo[610] ma, come ogni fenomeno storico e antropologico, nel tempo si adatta, evolve e muta.

Proprio per questo motivo, data la varietà delle forme di terrorismo registrate nella storia e delle motivazioni alla base degli atti terroristici,

---

[609] Si rimanda per un approfondimento a C. PÉREZ BERNÁRDEZ, *El collage de la política antiterrorista de la Unión Europea*, in M. PÉREZ GONZÁLEZ, E. CONDE PÉREZ, *Lucha contra el terrorismo, Derecho Internacional Humanitario y Derecho Penal Internacional,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.

[610] Tale fenomeno, di fatti, è noto fin dai tempi più antichi. Basti pensare, a mero titolo esemplificativo, alle congiure di palazzo ai tempi dell'Impero Romano e nel Medioevo, come accadde nella setta islamica dei cc. dd. assassini in lotta contro i crociati. Un precedente emblematico è costituito dal tirannicidio, rifiorito durante il Rinascimento (si pensi all'uccisione nel 1537 a Firenze di Alessandro de Medici da parte di Lorenzino de Medici, che, poi, nella sua *Apologia* rivendicò il gesto come doverosa difesa della libertà repubblicana) nonché, nel corso delle guerre religiose del XVI secolo, dalle teorie dei monarcomachi luterani,calvinisti e cattolici (sfociate nell'assassinio del re di Francia Enrico IV, nel 1610, a opera del fanatico cattolico Ravaillac). Ancora, dopo la svolta rappresentata dal giacobinismo robespierrista, il terrorismo rimase appannaggio degli eserciti, da quelli napoleonici a quelli avversi a Napoleone, e delle forze della Restaurazione (c.d. "terrore bianco"). Il fenomeno del terrorismo nella sua evoluzione più moderna vede le sue prime manifestazioni nell'Ottocento, quando si diffuse l'immagine del rivoluzionario in armi pronto ad agire anche isolatamente. Non da ultimo, tale modalità di azione fu rivendicata dai populisti russi, che lo ritennero quale reazione obbligata alle misure repressive estreme del potere zarista (si pensi all'attacco allo zar Alessandro II del 1881) facendogli assumere, così, il senso specifico di ribellione da parte di minoranze organizzate che passavano dalla cospirazione all'intervento armato. O, ancora, all'attentato del 1914 all'Arciduca Austroungarico erede al trono (la cui conseguenza fu lo scatenarsi della Prima guerra mondiale). Sempre più, pertanto, venne differenziandosi dalle altre forme di violenza estrema, quali quelle messe in atto dagli apparati statali nel quadro di unsistema giuridico distorto (o, spesso, in violazione di esso), o quelle tipiche della guerra condotta da eserciti regolarmente costituiti. Per un approfondimento in tema di storia del fenomeno terrorista si vedano: E. J. HOBSBAWM, *I ribelli. Forme primitive di rivolta sociale*, Torino, Piccola Biblioteca Einaudi, 1966; W. LAQUEUR, *Storia del terrorismo*, Milano, Rizzoli, 1978; L. BONANATE, *Dimensioni del terrorismo politico. Aspetti interni e internazionali*, *politici e giuridici*, Saggi e ricerche dell'Istituto di Scienze Politiche "Gioele Solari", Università di Torino, Milano, Franco Angeli ed., 1979; N. CHOMSKY, *The culture of terrorism*, Boston, M.A., 1988.

nonostante il fenomeno sia conosciuto dal popolo mondiale sin dai tempi più antichi, non è mai stato semplice pervenire a una sua definizione univoca e chiara[611].

Unico punto fermo, sin dalle più antiche origini, è costituito dalla pratica del "terrore", inteso come uso sistematico della violenza al fine di provocare una paura paralizzante.

Di pari passo con l'evoluzione del fenomeno e delle sue manifestazioni, si è assistito nei decenni anche a un cambiamento delle strategie antiterroristiche[612].

Fino agli inizi degli anni 90, le Nazioni Unite si erano interessate alle guerre interstatali e all'aiuto alle popolazioni che, trovandosi in Paesi gravemente sottosviluppati o addirittura teatro di sanguinosi conflitti, versavano in terribili condizioni. Si parlava già di terrorismo internazionale, ma il fenomeno non aveva ancora assunto l'importanza e la gravità cui assistiamo oggi e il Consiglio si preoccupava di mettere in atto strategie rivolte agli Stati piuttosto che ai singoli individui.

La situazione iniziò a cambiare nel 1998 con gli attentati alle ambasciate americane di *Nairobi* e *Dar es Salaam*, che mostrarono per la prima volta all' Unione internazionale l'imprevedibilità e la violenza dei terroristi[613].

---

[611] È vero, infatti, che nel tempo ogni guerra non convenzionale, civile, rivoluzionaria, di liberazione nazionale o di resistenza contro forze occupanti straniere, ogni rivolta contadina, azione di brigantaggio e guerriglia, è stata, in qualche misura, contraddistinta dall'applicazione del terrore e da motivazioni tra le più variegate: religiose, politiche, sociali, culturali. Interessanti in proposito le riflessioni di P. IACOVELLI, *Terrorismo nella storia, origini ed evoluzione*, reperibile tra le meditazioni pubblicate da Cercasi un fine, in http://www.cercasiunfine.it/meditando/articoli-cuf/terrorismo-nella-storia-origini-ed-evoluzione-di-paolo-iacovelli#.Wonaj-co9PY.

[612] Da ultimo si vedano i quattro blocchi della strategia antiterrorista individuati dal Consiglio d'Europa già dal 2005 individuati in: prevenzione; protezione; perseguimento e risposta. Per un approfondimento in tal senso si rimanda ancora ad http://www.consilium.europa.eu/it/policies/fight-against-terrorism/eu-strategy/.

[613] M. SOSSAI, *La prevenzione del terrorismo nel diritto internazionale*, Torino, Giappichelli, 2012, 28 ss. Nell'occasione non si riuscì ad identificare gli attentatori; il Consiglio, una settimana dopo gli attentati, adottò la Risoluzione 1189 (*"The Security Council stressing that every Member State has the duty to refrain from organizing, instigating, assisting or participating in terrorist acts in another State or acquiescing in organized activities within its territory directed towards the commission of such acts. The Security Council stressing the needto strengthen international cooperation between States in order to adopt practical and effective*

Il tipo di approccio che è mutato radicalmente nel corso degli anni, tuttavia, si registra con gli attentati alle *Twin Towers* e al Pentagono l'11 settembre 2001[614].
È proprio a seguito di questi attentati, infatti, che ONU e Unione Europea iniziarono, nei rispettivi ambiti di competenze, a porre in essere concrete strategie fondate sulla cooperazione tra Stati per la lotta alterrorismo[615].
In particolare, soffermando l'attenzione sull'operato dell'Unione Europea, spesso mosso dalle spinte provenienti proprio dall'ONU, non può non segnalarsi

---

measures to prevent, combat and eliminate all forms of terrorism affecting the international community as a whole." Cfr. Risoluzione n. 1189, Carta delle Nazioni Unite, reperibile all'indirizzo: http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N98/237/77/PDF/N9823777.pdf? Open Element) che obbligava gli Stati ad astenersi dall'organizzare e incoraggiare atti terroristici, esortandoli a collaborare tra loro per porre in essere misure efficaci di prevenzione delle crisi. Malgrado la Risoluzione rappresentasse una condanna degli attentati avvenuti non inflisse una vera e propria "punizione" agli attentatori, ragion per cui gli Stati Uniti decisero di rispondere all'attacco lanciando, il 20 agosto 1998, settantanove missili *cruise* contro campi di addestramento di gruppi paramilitari, tra i quali Al-Qaeda, sia nel territorio afgano, che contro una fabbrica farmaceutica a Khartoum, in Sudan, dove si pensava che venissero prodotte armi biologiche. Una risposta più concreta da parte del Consiglio, si ebbe l'anno seguente, nel 1999, quando, tramite la Risoluzione 1267, venne finalmente inflitta ai talebani in Afghanistan una sanzione per aver fornito il loro appoggio ai terroristi di Al-Qaeda.

[614] L'11 settembre 2001 rappresenta una delle date più significative della storia internazionale e probabilmente la più importante in tema di terrorismo internazionale, poiché è a partire da quella data che la lotta al terrorismo diventa l'obiettivo principale nell'agenda di sicurezza delle Nazioni Unite. A partire da quell'evento, le Nazioni Unite hanno modificato ulteriormente il loro sistema di sicurezza collettiva per la lotta al terrorismo internazionale, incrementando il ricorso alle sanzioni individuali inaugurato dalla Risoluzione 1267 ed obbligando gli Stati membri ad adottare delle misure più dure contro gli aggressori, rispetto a quanto avessero fatto precedentemente. La prima reazione del Consiglio di Sicurezza dopo gli attacchi fu l'emanazione della Risoluzione 1368, adottata il 12 settembre del 2001, di cui una delle caratteristiche principali consiste nel richiamo alla legittima difesa individuale e collettiva, ai sensi di quanto previsto dall'art. 51 della Carta delle Nazioni Unite, in virtù della quale gli Stati sono legittimati ad agire, anche con misure implicanti l'uso della forza, contro Al-Qaeda e tutte le organizzazioni terroristiche che mettono in atto azioni di natura terroristica:come cita il testo, si riconosce infatti *"le droitinhérent à la légitime défense individuelle ou collective conformément à la Charte"*. Cfr. art. 51 Carta delle Nazioni Unite.

[615] Oggi assume assoluta centralità le strategie adottate dal Consiglio d'Europa. Si veda, in particolare il Piano strategico quadriennale 2018-2021 reperibile all'indirizzo http://www.consilium.europa.eu/es/policies/fight-against-terrorism/counter-terrorism-coordinator/.

L'armonizzazione[616] conseguita, sia attraverso la convenzione di Varsavia adottata per la "prevenzione" del terrorismo dal Consiglio d'Europa nel 2005[617], sia attraverso le decisioni quadro dell'Unione Europea del 2002 e poi del 2008[618], recentemente sostituite dalla Direttiva 2017 n. 541[619] emanata sulla nuova base giuridica fornita dal Trattato di Lisbona[620].

Il terrorismo, infatti, costituisce un fenomeno di criminalità grave e transnazionale, che può essere efficacemente contrastato solo su basi comuni, per cui è prevista una specifica competenza concorrente dell'Unione Europea in materia penale.

Inoltre, altrettanto importanti, paiono gli strumenti basati sul "mutuo riconoscimento" dei provvedimenti giudiziari degli Stati membri, a partire dalla Decisione quadro sul mandato d'arresto europeo risalente al 2002 e, come noto, approvata proprio sulla spinta dell'urgenza di contrastare il terrorismo internazionale, manifestatosi negli attentati dell'11 settembre.

Ad essa sono seguite, come si è già avuto modo di vedere, altre decisioni quadro, basate sempre sul principio del riconoscimento mutuo quale, ad esempio, la Decisione 2008/978/GAI in materia di ricerca e acquisizione delle prove precostituite, oggi interamente sostituita dall'ordine europeo di indagine, di cui si è già avuto modo di parlare nel capitolo precedente.

Nonché la Decisione 2003/577/GAI di blocco di beni, sequestri e confisca, in cui il terrorismo figura sempre nella lista di reati (o, meglio, di materie) per cui si prescinde dal requisito della doppia incriminazione, sul presupposto del sufficiente livello di approssimazione raggiunto nelle rispettive

[616] Da interpretarsi nel significato più generico della parola.

[617] Convenzione del Consiglio d'Europa per la prevenzione del terrorismo, aperta alla firma a Varsavia il 16 maggio 2005.

[618] Rispettivamente: Decisione quadro del Consiglio, n. 475 del 13 giugno 2002, sulla lotta contro il terrorismo, pubblicata in GU n. L 164 del 22 giugno 2002; Decisione quadro del Consiglio, n. 919 del 28 novembre 2008, che modifica la Decisione quadro 2002/475/GAI sullalotta contro il terrorismo, pubblicata in GU n. L 330/21 del 9 dicembre 2008.

[619] Direttiva n. 541 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 marzo 2017, sulla lotta contro il terrorismo e che sostituisce la Decisione quadro 2002/475/GAI del Consiglio emodifica la Decisione 2005/671/GAI del Consiglio (in perfetta coerenza con gli obiettivi e le strategie che presero piede dal Consiglio del 2005), pubblicata in GU n. L 88/6 del 31 marzo 2017.

[620] In specie dagli artt. 82 e 83, par. 1, TFUE rispettivamente concernenti la disciplina processuale e sostanziale.

legislazioni nazionali e di correlate, equivalenti, garanzie.

Non solo.

Come ritenuto in precedenza, la Procura Europea, prevista dall'art. 86 TFUE per contrastare le frodi e gli altri reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione, il cui regolamento istitutivo è stato recentemente approvato, potrebbe vedere estesa la sua competenza alla lotta al terrorismo, sulla base di una decisione all'unanimità del Consiglio europeo così come previsto dall'art. 86, par. 4 TFUE.

Alla luce di quanto sino ad ora esposto, è doveroso dedicare una parte di questo lavoro all'analisi di alcuni strumenti preventivi d'indagine e di acquisizione probatoria, specificamente introdotti a livello europeo proprio per il contrasto a tale, grave e allarmante, fenomeno di criminalità transnazionale.

V.1 La crescita della politica antiterroristica nel panorama Europeo

In ragione del fatto che il terrorismo costituisce una delle più gravi minacce che la sicurezza degli Stati dell'Unione Europea riceve dall' "esterno"[621], la politica antiterrorista dell'Unione è dovuta evolvere, negli

[621] Di fatti, i fenomeni terroristici conosciuti dall'Unione europea negli ultimi quindici anni nonsono inquadrabili in quelle manifestazioni tipiche di una parte della popolazione che, nelribellarsi al governo per motivazioni politiche o culturali (come accadde in Spagna con l'ETA),pongono in essere attività cosiddette del terrore. Al contrario, i fenomeni che si stannomanifestando ormai sempre più di frequente corrispondono, nella stragrande maggioranza deicasi, a tentativi di aggressione dall'esterno mirati a incardinare politiche, pensieri e culture isolati nel territorio internazionale e riconducibili, sostanzialmente, a ideologie estremiste dipaesi arabi. Per un approfondimento sui nuovi fenomeni terroristi si rimanda a http://www.consilium.europa.eu/es/policies/fight-against-terrorism/counter-terrorism-coordinator/ cit. Proprio a conferma del fatto che le minacce arrivino "dall'esterno", tra gli altriprovvedimenti di assoluta centralità emerge il regolamento adottato dal Consiglio il 7 marzo 2017 che modifica il codice frontiere Schengen al fine di rafforzare le verifiche nelle banchedati pertinenti alle frontiere esterne. La modifica obbliga gli Stati membri a effettuare verifichesistematiche nelle banche dati pertinenti per tutte le persone che attraversano le frontiere esterne. Le relative informazioni sono reperibili all'indirizzo http://www.consilium.europa.eu/it/press/press-releases/2017/03/07/regulation-reinforce- checks-external-borders/.; Per alcune riflessioni di grande interesse sul piano della disciplina internazionale rinvio a L. MARINI, *L'evoluzione della disciplina internazionale in materia di terrorismo: qualche spunto recente tra ONU ed Europa*, in *Questione Giustizia,* n. 2/2017; M. ROMANELLI, *Il contrasto al terrorismo internazionale in una prospettiva di esperienza e di cultura,* in Sistema Penale (*web*) 2022.

anni, di pari passo con la metamorfosi dei fenomeni terroristici che, oggi, si rivelano ancor più violenti, imprevedibili e difficili da contrastare[622].

Tra gli strumenti programmatici con un'evidente rilevanza nel contesto evolutivo della politica dell'Unione, occorre ricordare, *in primis*, il "Piano d'azione" contro il terrorismo varato dai capi di Stato e di Governo durante il Consiglio europeo straordinario dell'11 settembre 2001, riunitosi all'indomani degli attentati di New York e Washington[623], in cui vennero previste una serie di misure in materia di relazioni esterne dell'Unione e di sicurezza dei trasporti, nonché di lotta alle fonti del finanziamento del terrorismo e, soprattutto, l'armonizzazione legislativa finalizzata alla cooperazione giudiziaria e di polizia in materia[624].

Di fatti, in seguito agli attentati terroristici negli Stati Uniti, gli Stati membri confermarono, a più riprese, la loro volontà di combattere ogni forma di atto terroristico, in perfetta sinergia con le politiche proprie del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite, impegnandosi a rafforzare la cooperazione tra *Europol, Eurojust*, servizi di polizia e ogni altra Istituzione incaricata della lotta contro il terrorismo.

In particolare, in conformità con quanto già richiesto dalla risoluzione del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite n. 1333 (2000), e, successivamente, dalla n. 1373 (2001), il Consiglio adottò due posizioni comuni, la 2001/154/PESC[625] e la 2001/931/PESC[626] volte all'applicazione di misure specifiche per la lotta al terrorismo.

---

[622] Ancora una volta è d'obbligo il rimando alle strategie antiterroristiche del Consiglio di cui sopra.

[623] Le cui conclusioni sono reperibili all'indirizzo http://europa.eu.int/comm/justice-home/news/terrorism/documents/concl-council-21sep-en.pdf.

[624] Cfr. sul punto, L. SALAZAR, *Misure di contrasto alla criminalità organizzata elaborate dall'Unione europea*, in AA.VV., *La cooperazione internazionale per la prevenzione e la repressione della criminalità organizzata e del terrorismo*, a cura di M. CHERIF BASSIUNI, Milano, Giuffré, 2005, 125 ss. Anche in questo caso con il termine armonizzazione ci si riferisce ad un sufficiente livello di uniformità e non alla c.d. "armonizzazione" così come intesa nei Trattati prima di Lisbona. Si è parlato del tema ampiamente *supra*, Cap. I.; G. ROSSI, *Gli atti diretti a prevenire il Finanziamento al terrorismo internazionale,* in Pre-Investigazioni Giappichelli Editore – Torino – ISBN/EAN 978-88-7524-485-9. M. ROMANELLI, *Riflessioni sul complessivo sistema di contrasto al terrorismo internazionale in Italia*, in *Diritto penale contemporaneo*, 14 giugno 2019; M. ROMANELLI, *Il valore della memoria. Riflessioni a margine di un corso della S.S.M. sul terrorismo dedicato a Guido Galli*, in Sistema Penale, 8 settembre 2021.

[625] Posizione comune del Consiglio, n. 154/2001, pubblicata nella GU n. L 57/2001.

La seconda delle due ribadì la necessità che gli Stati membri adottassero misure specifiche tramite gli strumenti di cooperazione giudiziariae di polizia in materia penale al fine di contrastare efficacemente qualunque atto terroristico[627].

[626] Posizione comune del Consiglio, n. 931 del 27 dicembre 2001 relativa all'applicazione di misure specifiche per la lotta al Terrorismo, pubblicata nella GU n. L. 344, del 28 dicembre 2001.

[627] Occorre in questa sede ricordare che a partire dal 2005 il percorso giurisprudenziale dei giudici comunitari è stato contraddistinto da molteplici impugnazioni di provvedimenti dell'Unione europea concernenti misure restrittive per il contrasto al terrorismo. Tra queste una delle maggiormente criticata è stata la creazione di una *black list* in cui venivano inseriti individui ed entità nei cui confronti dovevano essere emanate misure di congelamento di beni ecapitali sulla base di quanto disposto dal Comitato per le sanzioni istituito dal Consiglio di sicurezza dell'ONU. La posizione inizialmente assunta dalla giurisprudenza comunitaria in tema di misure restrittive non aveva risolto il lamentato deficit di tutela nell'ambito delle procedure di *listing*, visto che il diritto ad un ricorso giurisdizionale effettivo e quello ad un giusto processo avevano ricevuto inadeguata garanzia dalla possibilità, concessa dalregolamento controverso (attuativo di risoluzioni del Consiglio di sicurezza ONU), di chiedere la revisione delle liste al solo Comitato per le sanzioni contro i talebani, organo ausiliario del Consiglio di sicurezza, dalla natura esclusivamente politica e quindi certamente non giurisdizionale. L'aspetto più importante della vicenda evolutiva della giurisprudenza della Corte dell'Unione europea emerge dalle pronuncia della Corte di Giustizia del 3 settembre 2008 (cause riunite C-402/05 Pe C-415/05 P, *Yassin Abdullah Kadi* e *Al Barakaat International Foundation* c. Consiglio e Commissione CE) nella quale la Corte, nel ridisegnare completamente il precedente indirizzo seguito dal Tribunale di primo grado (ci si riferisce alle sentenze del 21 settembre 2005, *Yusuf*, causa T-306/01, e *Kadi*, causa T-315/01, in GU C 281, 12 novembre 2005), sancisce espressamente la competenza del giudice CE in ordine alle violazioni dei diritti fondamentali in materia di terrorismo internazionale e congelamento dei beni e, soprattutto, afferma che i principi regolatori dell'ordinamento giuridico internazionale creato dalle Nazioni Unite non escludono la possibilità di un controllo giurisdizionale della legittimità interna del regolamento comunitario sotto il profilo della sua compatibilità con i diritti fondamentali. Cfr. par. 291, 293 e 299 della sentenza della Corte di Giustizia, pubblicata in GU C 285, 8 novembre 2008, e reperibile su http://curia.europa.eu/jurisp/. Sul tema si vedano anche M. COSTAS TRASCASAS, *Seguridad nacional y derechos humanos en la reciente jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en materia de terrorismo internacional: ¿hacia un nuevo equilibrio?*, in E. CONDE PÉREZ, S. IGLESIAS SÁNCHEZ, *Terrorismo y legalidad internacional*, Madrid, Dykinson, 2012; F. JIMENEZ GARCÍA, *Tutela judicial efectiva, pilares intergubernamentales de la Unión Europea y Naciones Unidas o viceversa. El periplo comunitario marcado por los asuntos Yusuf/Kadi, Ayadi/Hassan, Modjahedines del pueblo de Irán y Segi/gestoras*, in A. CUERDA RIEZU, F. JIMÉNEZ GARCÍA, *Nuevos desafíos del Derecho Penal Internacional. Terrorismo, crímenes internacionales y derechos fundamentales*, Madrid, Tecnos, 2009.

L'anno successivo le decisioni quadro n. 475 del 2002[628] e n. 584 del 2002[629], rispettivamente, sulla lotta contro il terrorismo e il mandato d'arresto europeo, costituirono le prime, concrete, risposte offerte dall'Unione Europea (allora Comunità Europea) nell'ambito della politica antiterrorista.

In particolare, la Decisione quadro 2002/475/GAI[630] del Consiglio, grazie all'elaborazione di un quadro giuridico comune a tutti gli Stati membri e, nella fattispecie, di una definizione armonizzata dei reati di terrorismo, consentì di sviluppare ed espandere la politica antiterrorismo dell'Unione Europea nel rispetto dei diritti fondamentali e dello Stato di diritto.

Il suo scopo era proprio quello di avvicinare le legislazioni degli Stati membri, stabilendo norme minime relative sia agli elementi costitutivi dei reati, che alle sanzioni.

Attraverso tale pietra miliare della politica antiterrorista (e la successiva Decisione quadro del 2008 [631]) il legislatore dell'Unione ha, infatti, assunto un ruolo di primaria importanza nell'ambito del processo di riforma delle legislazioni nazionali formulando numerosi obblighi di incriminazione finalizzati all'introduzione di nuovi reati terroristici da parte dei legislatori domestici[632].

---

[628] Decisione quadro del Consiglio 2002/475/GAI, n. 475 del 13 giugno 2002, sulla lotta contro il terrorismo, pubblicata in GU n. L 164 del 22 giugno 2002.

[629] Decisione quadro del Consiglio, n. 584 del 13 giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri, pubblicata nella GU N. L 190 il 18 luglio 2002, ed entrata in vigore il 7 agosto 2002. Attuata in Italia con la Legge 22 aprile 2005 n. 69, recante "Disposizioni per conformare il diritto interno alla Decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri", pubblicata in GU n. 98 del 29 aprile 2005.

[630] In dottrina, si veda sul tema J. FORNER DELAYGUA, N. GONZÁLEZ VIADA, *La acción de la Unión Europea contra el terrorismo*, in Revista de Estudios Europeos, 2009, 52, 162 ss. Opera ripresa nell'approfondimento sul punto effettuato da A. TINOCO PASTRANA, *La lucha contra el terrorismo en la Unión Europea desde una perspectiva procesal*, cit. 451.

[631] Decisione quadro del Consiglio, n. 919 del 28 novembre 2008, che modifica la Decisione quadro 2002/475/GAI sulla lotta contro il terrorismo, pubblicata in GU n. L 330/21 del 9 dicembre 2008 e finalizzata proprio ad incorporare quanto sancito dal Consiglio d'Europa del 2005 cit.

[632] In particolare, sulla scia della convenzione del Consiglio d'Europa "sulla prevenzione del terrorismo" del 2005, la Decisione del 2008, ha introdotto nell'ordinamento giuridico dell'Unione europea le fattispecie di: "pubblica provocazione per commettere reati di terrorismo", la quale punisce "la diffusione, o qualunque altra forma di pubblica divulgazione, di un messaggio con l'intento di istigare" la realizzazione degli atti terroristici espressamente

Le fonti dell'Unione Europea godono, infatti, di una concreta efficacia in ragione della loro forza armonizzatrice[633]; pertanto, l'impatto prodotto nei singoli contesti nazionali dalla normativa antiterrorismo varata dall'Unione è sempre piuttosto significativo.

Nelle strategie del Piano d'azione assume centrale importanza la Decisione quadro n. 465 del 2002, sull'istituzione delle squadre investigative comuni[634].

In particolare, infatti, l'adozione di uno strumento legislativo specifico, giuridicamente vincolante, teso al loro utilizzo nelle indagini congiunte costituiva, a giudizio del Consiglio, il modo più efficace per ilcontrasto della criminalità internazionale, in particolare terroristica[635].

---

elencati dall'art. 1, par. 1 della Decisione quadro del 2002, "qualora tale comportamento, che preconizzi direttamente o indirettamente reati di terrorismo, dia luogo al rischio che possano essere commessi uno o più reati" (art. 1, par. 1, lett. a); di "reclutamento a fini terroristici", che sanziona "l'induzione a commettere" uno dei suddetti atti, nonché a tenere condotte di direzione di o di partecipazione ad associazioni o gruppi terroristici (art. 1, par. 1, lett. b); e, infine, di "addestramento a fini terroristici", che colpisce "l'atto di fornire per la fabbricazione o l'uso di esplosivi, armi da fuoco o altre armi o sostanze nocive o pericolose ovvero altre tecniche o metodi specifici" al fine di commettere uno o più atti terroristici "nella consapevolezza che le istruzioni impartite sono intese per conseguire tale obiettivo" (art. 1, par.1, lett. c). Per un approfondimento sul tema si veda L. DE MATTEIS, C. FERRARA, F. LICATA, N. PIACENTE, A. VENEGONI, *Diritto penale sostanziale e processualedell'Unione Europea*, I, Padova, Exeo Edizioni, 2011.

[633] Stanti, soprattutto, i meccanismi di giustiziabilità degli obblighi di tutela penale in esse sanciti, azionabili attraverso le procedure pregiudiziali (art. 267 TFUE) o d'infrazione (art. 258 TFUE) dinanzi alla Corte di Giustizia.

[634] Decisione quadro del Consiglio n. 465 del 13 giugno 2002, relativa alle squadre investigative comuni, pubblicata in GU n. L. 162 del 20 giugno 2002. In Italia la disciplina ha trovato attuazione solo nel 2016 con Decreto legislativo 15 febbraio 2016, n. 34 recante "Norme di attuazione della Decisione quadro 2002/465/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa alle squadre investigative comuni" pubblicato in GU n. 58 del 10 marzo 2016, in vigore dal 25 marzo 2016. La Spagna, invece, ha trasposto la disciplina europea prontamente, con la *Ley* n. 3 del 21 maggio 2003, pubblicata nel *Boletín Oficial del Estado (B.O.E)* 03/2003il 22 maggio 2003, e con la *Ley* n. 11 del 29 settembre 2003, pubblicata nel *Boletín Oficial del Estado (B.O.E)* 234/2003 il 30 settembre 2003.

[635] Cfr. considerando n. 6 e 7 della Decisione quadro n. 465, sopra citata. In particolare, il considerando numero 7 afferma: *"Il Consiglio ritiene che tali squadre debbano essere costituite, in via prioritaria, per combattere i reati commessi da terroristi"*. Tuttavia, nonostante le illusioni che tale strumento potesse risultare di centrale utilità nella lotta al terrorismo, gli Stati, di fatto, l'hanno utilizzato in maniera molto limitata e quasi sempre in virtù di puntuali accordi bilaterali. A. TINOCO PASTRANA, *La lucha contra el terrorismo en la Unión Europea desde una perspectiva procesal*, cit., 451-452.

Sempre all'interno dell'obiettivo di rafforzare la cooperazione di polizia giudiziaria in materia penale nella prevenzione e nella lotta contro gli atti terroristici, si colloca la Decisione 2003/48/GAI[636] relativa all'applicazione di misure specifiche di cooperazione di polizia e giudiziaria, emanata in attuazione dell'articolo 4 della posizione comune 2001/931/PESC sopra richiamata.

La rilevanza della Decisione del 2003 risiede, in particolare, nell'importanza conferita agli scambi informativi con finalità preventiva, investigativa e probatoria.

La disciplina ha previsto, infatti, che ciascuno Stato membro dovesse designare un settore specializzato all'interno dei suoi servizi di polizia, nonché un corrispondente nazionale di *Eurojust* in materia di terrorismo (o altra autorità giudiziaria appropriata), che avessero accesso a tuttele informazioni concernenti, rispettivamente, le indagini penali condotte dalle autorità di polizia e le procedure penali condotte dalle autorità giudiziarie, che riguardassero persone (fisiche o giuridiche) coinvolte a vario titolo in fenomeni terroristici.

Tali informazioni, inoltre, ai sensi della Decisione, dovevano essere obbligatoriamente trasmesse anche a *Europol* ed *Eurojust,* al fine di garantire un concreto ed efficace scambio d'informazioni, che permettesse una pronta reazione allorquando si presentasse la necessità[637].

In linea con quanto evidenziato, le politiche dall'Unione hanno tratto impulso da esigenze fattuali, anche all'indomani degli attentati di Madrid dell'11 marzo 2004, si è assistito a una nuova mobilitazione dell'Unione, sfociata nell'adozione della "Dichiarazione sulla lotta al terrorismo"[638], espressa nel Consiglio europeo del 25 marzo 2004, con cui il Consiglio pose l'accento sull'effettiva attuazione delle misure già introdotte e adottate.

---

[636] Decisione del Consiglio, n. 48 del 19 dicembre 2002, relativa all'applicazione di misure specifiche di cooperazione di polizia e giudiziaria in materia di lotta contro il terrorismo, pubblicata in GU n. L 16 del 22 gennaio 2003.

[637] In materia assunse rilevanza centrale il Trattato di Prüm, di cui si avrà modo di analizzare i punti più importanti della disciplina nel prosieguo del lavoro, che risultò punto nodale di partenza per un efficace scambio di informazioni. Si veda sul punto A. TINOCO PASTRANA, *La lucha contra el terrorismo en la Unión Europea desde una perspectiva procesal,* cit., 447- 448.

[638] Dichiarazione consultabile all'indirizzo http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-7906-2004-INIT/it/pdf.

In particolare, il Consiglio europeo riconobbe il ruolo decisivo del quadro legislativo dell'Unione al fine di combattere il terrorismo e migliorare la cooperazione giudiziaria e, oltre che esortare esplicitamente gli Stati alla compiuta attuazione degli strumenti già introdotti, nella prospettiva dell'ulteriore sviluppo del quadro legislativo, diede mandato al Consiglio di esaminare le misure esistenti in altri ambiti particolarmente delicati, quali la conservazione dei dati relativi al traffico delle comunicazioni da parte deiprestatori di servizi, o lo scambio di informazioni relative alle condanne per i reati di terrorismo o, ancora, l'inseguimento in flagranza oltre frontiera *etc*[639].

Sempre nella Dichiarazione, il Consiglio spinse per il rafforzamento cooperativo, soprattutto grazie al potenziamento di *Europol*, e per la massimizzazione degli scambi d'informazioni, ritenuti già allora tra i più efficaci strumenti nella lotta al terrorismo.

In tale prospettiva l'Unione Europea, unitamente all'ONU, elaborò nel 2005[640] una strategia globale per combattere efficacemente il terrorismo che vede l'azione dell'Unione concretizzarsi sostanzialmente in quattro obiettivi.

Il primo era quello della prevenzione, fondato sul contrasto alla radicalizzazione e al reclutamento di terroristi grazie all'individuazione di metodi, propaganda e strumenti utilizzati dai terroristi a tale scopo[641].

Gli Stati, nel loro ruolo di membri dell'Unione, vennero, quindi, esortati a elaborare azioni comuni per individuare e combattere i comportamenti pericolosi, frenare l'incitamento alla violenza e il reclutamento, anche tramite l'individuazione dei luoghi più propizi alla loro diffusione.

Alla base della prevenzione, l'Unione pose l'instaurazione di un dialogo interculturale finalizzato anche a spiegare al meglio le politiche e i principi

[639] Cfr. Dichiarazione sulla lotta al terrorismo, cit., punto 5 lett. a).

[640] Consiglio dell'Unione Europea, 30 novembre 2005 – Strategia antiterrorismo dell'Unione europea.

[641] In tema di prevenzione, alla luce del dispiegarsi dell'utilizzo delle tecnologie e di internet, soprattutto ai fini di addestramento e propaganda, si pongono in prima linea tutti queglistrumenti introdotti a livello euro unitario che sono specificamente mirati a contrastare l'utilizzo di tali tecnologie o, eventualmente, a sfruttarlo per contenere il fenomeno. Sul tema si veda A. TINOCO PASTRANA, *La lucha contra el terrorismo en la Unión Europea desde una perspectiva procesal*, cit., 447.

fondamentali europei.

Secondo obiettivo della strategia era rinvenuto nella protezione del territorio e mirava, quindi, a ridurre la vulnerabilità dei bersagli di attentati e limitare le conseguenze in caso di fenomeni di tal genere[642].

Gli Stati membri vennero, quindi incaricati del compito di studiare, congiuntamente, i punti deboli del settore e rafforzare la sicurezza sulle strade, sui treni, negli aeroporti e nei porti marittimi.

Ulteriore obiettivo era quello di perseguire i terroristi al di là delle frontiere nel rispetto dei diritti dell'uomo e del diritto internazionale[643].

Nell'ambito di tale terzo obiettivo l'Unione Europea intese, in primo luogo, ostacolare l'accesso alle attrezzature che permettono di compiere attentati (quali armi, esplosivi, *etc*.) e, contestualmente, smantellare le reti terroristiche e i loro agenti di reclutamento.

L'Unione precisò, pertanto, la necessità di bloccare le fonti di finanziamento del terrorismo, da un lato tramite indagini appropriate e l'utilizzo di misure volte al congelamento dei beni e all'ostacolo del trasferimento di capitali, dall'altro attraverso l'emanazione di una disciplina capace di contrastare il riciclaggio di denaro e arginare il finanziamento del terrorismo[644].

Ancora una volta, però, si è assistito ad una crescita; alla capacità del fenomeno di individuare, repentinamente, soluzioni nuove, manifestate attraverso dinamiche evolutive che ruotano intorno alla progressiva sostituzione dell'organizzazione in gruppi gerarchicamente strutturati, con cellule semiautonome che si collegano a reti internazionali e fanno sempre più uso della

[642] Fu proprio in questo contesto che assunse ancor più rilevanza il sistema d'informazione Schengen II (SIS II) e quello d'informazione sui visti (VIS), nonché l'operato dell'agenzia *Frontex*. Vedi, *supra*, Cap. I.

[643] Vedi i paragrafi da 22 a 31 della Strategia cit.

[644] I provvedimenti che si sono succeduti, nel corso degli anni, in materia, sottolineano il dato che il contrasto al finanziamento del terrorismo rivesta un peso di non poca importanza nella lotta al fenomeno criminoso. Tra i provvedimenti più significativi troviamo la Direttiva n. 60 del 2005, il Consiglio del 17 luglio 2008 che introduce modifiche alla strategia contro il finanziamento al terrorismo, il Regolamento UE n. 648 del 2012, e la Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, n. 849 del 20 maggio del 2015.

tecnologia e degli strumenti d'innovazione.

Ciò ha richiesto interventi di risposta al passo con il cambiamento e con le nuove caratteristiche assunte dal fenomeno.

In particolare, infatti, le tecnologie dell'informazione e della comunicazione (di seguito ICT) sono divenute strumento fondamentale e privilegiato d'azione delle organizzazioni terroristiche, anche grazie alle potenzialità della rete che favorisce la rapidità e la globalizzazione della circolazione delle informazioni.

Pertanto, la pubblica incitazione a commettere reati di terrorismo, il reclutamento e l'addestramento a fini terroristici si sono moltiplicati a livello esponenziale, con costi e rischi fortemente contenuti.

Proprio per tale motivo, l'Unione ha individuato come canale d'azione privilegiato le ICT sottolineando l'assoluta necessità di impedire la pianificazione di azioni terroristiche ostacolando la comunicazione e contrastando le conoscenze tecniche dei terroristi, soprattutto attraverso Internet[645].

Si arriva, così, al quarto obiettivo della strategia: ridurre gli attentati a zero.

La consapevolezza che il rischio di attentati non può essere sradicato in termini assoluti impone, infatti, l'esigenza di improntare un piano d'azione che affronti il problema di "che" risposta dare all'attentato terroristico, "come" gestire le situazioni di terrore, "quali azioni" preventive pianificare e porre in essere per ridurre al minimo le conseguenze. Tale piano d'azione deve essere, a parere dell'Unione, basato su un rapido ed efficace scambio d'informazioni e decisioni e sulla gestione del momento di crisi che assicuri, in particolare,

[645] Nel marzo 2015 il Consiglio ha incaricato l'*Europol* di istituire un'unità specifica per contrastare la propaganda terroristica su Internet. L'unità addetta alle segnalazioni su Internet (EU IRU) è stata istituita nel luglio 2015 ed è incaricata, tra l'altro, di individuare i contenuti online di carattere terroristico e di estremismo violento e di fornire consulenza agli Stati membri su questo tema. Non solo. Al Consiglio europeo del giugno 2017 i leader dell'Unione hanno invitato l'industria a contribuire alla lotta al terrorismo e alla criminalità online richiedendo l'istituzione un forum settoriale ed il miglioramento della rilevazione automatica (e conseguentemente, della rimozione) dei contenuti di matrice terroristica, affermando che, se necessario si dovrebbero completare tali iniziative con le pertinenti misure legislative europee. Si rimanda ancora all'indirizzo http://www.consilium.europa.eu/it/policies/fight-against-terrorism/foreign-fighters/.

solidarietà e assistenza alle vittime del terrorismo[646] e ai cittadini dell'Unione, sia a livello nazionale ed europeo, che all'interno dei Paesi terzi.

Gli anni successivi al 2005 hanno visto, quindi, l'Unione Europea impegnata nell'emanazione di innumerevoli provvedimenti volti ad incrementare la disciplina antiterrorismo secondo le indicazioni fatte proprie dalle istituzioni europee.

Riservando ai paragrafi successivi l'analisi puntuale dei provvedimenti più significativi in tema di cooperazione giudiziaria e di polizia, pare d'obbligo concludere tale, preliminare, sguardo d'insieme dell'evoluzione europea della lotta a terrorismo, con una breve analisi della recente Direttiva n. 541 del 2017.

L'intervento del legislatore europeo mira a colmare le lacune presenti nella Decisione quadro 2002/475/GAI sulla lotta contro il terrorismo alla luce di quanto emerso nella Risoluzione 2178 (2014) del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite[647] e del Protocollo addizionale alla convenzione del Consiglio d'Europa per la prevenzione del terrorismo, siglato a Riga il 22 maggio 2015, attraverso l'introduzione di quattro nuovi obblighi di incriminazione: la ricezione di addestramento, i viaggi, l'organizzazione o agevolazione di viaggi a fini terroristici, il finanziamento del terrorismo.

La crescente preoccupazione per la minaccia terroristica ha spinto, ancora una volta, il legislatore europeo a migliorare il quadro giuridico euro unitario sulla lotta al terrorismo, sì da far fronte alle nuove sfide che tale fenomeno pone.

Ci si riferisce, in particolare, alle nuove manifestazioni terroristiche tipicamente caratterizzate dall'operato dei cc.dd. *foreign fighters*e, soprattutto, dei lupi solitari. È proprio questo, infatti, lo scenario che fa da sfondo all'adozione della Direttiva n. 541.

---

[646] A tal riguardo assume centrale importanza la Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, n. 29 del 25 ottobre 2012. Tale Direttiva ha trovato attuazione in Italia con il d. lgs. del 15 dicembre 2015, n. 212, pubblicato in GU n. 3 del 5 gennaio 2016. In Spagna la disciplina europea è stata compiutamente trasposta grazie alla *Ley* n. 4 del 2005 che racchiude un vero e proprio codice dei diritti processuali ed *extra* processuali delle vittime di delitto. In dottrina si veda A. TINOCO PASTRANA, *La participación de las asociaciones de victimas como parte acusadora en el proceso penal y el nuevo Estatuto de la victima de delito*, *por el que se transpone la Directiva 2012/29/UE*, in Cuadernos de Política Criminal, 115, 2015.

[647] Risoluzione 2178 (2014) del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite.

L'obiettivo perseguito è, ancora una volta, quello di uniformare la normativa penalistica e processual-penalistica degli Stati membri al fine della creazione di un quadro giuridico comune che favorisca la cooperazione tra gli Stati stessi in tutte le sue forme.

Per quanto attiene alle regole sulla competenza giurisdizionale[648], questa resta ancorata al principio di territorialità, pertanto, ciascuno Stato membro avrà giurisdizione per i reati contemplati dalla Direttiva commessi (in tutto o in parte) nel proprio territorio e, nel caso di reati riconducibili ad un gruppo terroristico, ovvero di concorso, istigazione e tentativo di commettere uno di tali reati, "a prescindere dal luogo in cui il gruppo terroristico è basato o svolge le sue attività criminose", sempreché il reato sia commesso anche solo parzialmente nel proprio territorio.

Lo Stato sarà, inoltre, competente quando "*l'autore del reato è un suo cittadino o residente*", quando "*il reato è commesso a vantaggio di una persona giuridica che ha sede nel suo territorio*" e, infine, quando "*il reato è stato commesso contro le sue istituzioni o la sua popolazione, o contro un'istituzione, un organismo, un ufficio o un'agenzia dell'Unione che ha sede nello Stato membro in questione*".

La Direttiva pone, inoltre, a carico degli Stati l'obbligo di stabilire la propria giurisdizione nel caso di rifiuto di estradizione di un soggetto indagato o condannato per i reati in essa contemplati, così da assicurare l'esercizio effettivo dell'azione penale e la conseguente repressione dei reati.

Una novità, rispetto a quanto già previsto dalla precedente Decisione quadro operante in materia, è rappresentata, nei casi in cui non trovino applicazione le regole generali sopra esposte, dal riconoscimento agli Stati della possibilità di estendere la propria giurisdizione per perseguire il reato di addestramento a fini terroristici che abbia quali destinatari i propri cittadini o residenti. Tale disposizione è assolutamente centrale per un'efficace repressione di tali condotte. In sua assenza, infatti, ove l'addestratore fosse cittadino di un Paese terzo, in base alle regole generali in tema di giurisdizione lo Stato membro non potrebbe perseguirlo penalmente, potendo, al più, limitarsi a punire

[648] Cfr. art. 19 della Direttiva n. 541 del 2017 cit.

l'addestrato.

È invece strategico e imprescindibile stabilire la giurisdizione per i reati commessi da "chi" impartisce un addestramento a fini terroristici, a prescindere dalla sua cittadinanza, alla luce dei possibili effetti di tali condotte nel territorio dell'Unione e della stretta connessione materiale trail reato di impartire un addestramento a fini terroristici e quello di riceverlo[649].

Altrettanto centrale per la Direttiva è il ruolo degli atti d'indagine.

Di fatti, come previsto dall'art. 20 del provvedimento europeo (ed esplicato nel considerando 21), per poter realmente garantire il buon esito delle indagini e dell'azione penale avverso i reati di terrorismo (o, comunque, riconducibili o connessi ad attività terroristiche) i responsabili delle indagini devono necessariamente avere la possibilità di ricorrere a strumenti d'indagine efficaci,come quelli già conosciuti e utilizzati nella lotta contro le più gravi forme di criminalità quali, ad esempio, la perquisizione di beni personali, l'intercettazione di comunicazioni, la sorveglianza (anche, eventualmente elettronica), la captazione, registrazione e conservazione di audio all'interno di veicoli o di luoghi sia privati che pubblici, nonché di immagini di persone, all'interno sia di veicoli che luoghi pubblici, le indagini finanziarie, *etc*.

Certo è che, lo si ribadisce ancora una volta, il ricorso a tali strumenti, conformemente al diritto nazionale, dovrebbe essere mirato, relativo a casi concreti che richiedano l'utilizzo di strumenti invasivi come quelli poc'anzi citati, sempre nel rispetto del principio di proporzionalità.

Alla luce dei richiamati profili connessi all'uso delle ICT che caratterizzano le nuove manifestazioni del terrorismo, mezzo efficace per il contrasto di quest'ultimo su Internet consiste nel monitoraggio della rete e nella rimozione dei contenuti *online* che possano, in qualche modo, costituire una pubblica provocazione per commettere un reato di terrorismo o,quantomeno, qualora non fosse possibile rimuovere tali contenuti alla fonte, nell'impedimento dell'accesso a tali contenuti dal territorio dell'Unione[650].

---

[649] Lo sottolinea anche il considerando 20 della Direttiva.

[650] Come si è avuto modo di vedere all'interno del capitolo precedente in materia di ordine europeo di indagine e come si approfondirà, ancora, nel prosieguo della trattazione,

La Direttiva incoraggia, addirittura, l'azione volontaria dei motori di ricerca per evitare abusi nell'uso dei loro servizi, nonché ogni sostegno da parte degli Stati membri a favore di tale azione[651], anche se manca un'indicazione puntuale in merito alle modalità con cui devono essere poste in essere tali attività. La Direttiva si limita, infatti, a prevedere la garanzia agli utenti e ai fornitori di servizi di un adeguato livello di certezza e prevedibilità del diritto, nonché la possibilità di ricorrere per via giudiziaria conformemente al diritto nazionale

Il carattere programmatico della disposizione, però, rischia in qualche modo di ridurne l'efficacia sul piano sostanziale e sarebbe auspicabile, pertanto, un ulteriore livello di dettaglio che ne favorisca la concreta attuazione.

Infine, il provvedimento europeo sottolinea l'importanza di un efficace e tempestivo scambio delle informazioni considerate pertinenti dalle autorità competenti per la prevenzione, l'accertamento, l'indagine o l'azione penale in relazione ai reati di terrorismo tra le autorità competenti e le agenzie dell'Unione[652].

La Direttiva, infatti, provvede anche alla modifica della Decisione 2005/671/GAI in tema di scambio di informazioni, il cui art. 2 prevede, oggi, testualmente che "Ciascuno Stato membro adotta le misure necessarie per

---

l'esperienza ha insegnato che a fronte dell'uso smisurato degli strumenti tecnologici da parte della criminalità transnazionale, la risposta più adeguata sia da rinvenire nell'utilizzo della medesima scienza da parte delle autorità deputate al contrasto di tali fenomeni. Ciò si evince sia dal contenuto della Direttiva OEI e dall'attenzione riservata agli strumenti investigativi e di acquisizione probatoria tecnologici ed informatici, che dalle discipline di numerosi Stati membri. In particolare, la Spagna può essere portata come esempio alla luce della completa e moderna normativa in materia a seguito dell'ultima riforma della legge sul processo spagnolo avvenuta nel recente 2015. Cfr. *supra* Cap. III.

[651] Che, si badi bene, non significa imporre ai fornitori di servizi alcun obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni che trasmettono o memorizzano né di ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite. Lo precisa il considerando numero 23.

[652] Tale scambio di informazioni era già, peraltro, contemplato (oltre che dagli ulteriori provvedimenti europei di cui si avrà modo di parlare nel prosieguo del lavoro) dall'art. 87 TFUE. Si veda, a riguardo, M. JIMENO BULNES, *The use of intelligence information in criminal procedure: A challenge to defence rights in the European and the Spanish panorama*, in New Journal of European Criminal Law, SAGE, 2017, 8 (2) 177.

garantire che le informazioni pertinenti raccolte dalle sue autorità competenti nel quadro di procedimenti penali collegati a reati di terrorismo siano accessibili il più rapidamente possibile alle autorità competenti di un altro Stato membro, quando dette informazioni potrebbero essere utilizzate a fini di prevenzione, accertamento, indagine o azione penalein relazione ai reati di terrorismo di cui alla Direttiva 2017/541/UE in tale Stato membro, su richiesta o a titolo spontaneo, conformemente al diritto nazionale e ai pertinenti strumenti giuridici internazionali". Sono fatti salvi, ovviamente, tutti quei casi in cui lo scambio di informazioni possa compromettere le indagini in corso o la sicurezza di una persona e, infine, qualora sia in contrasto con gli interessi essenziali della sicurezza dello Stato membro interessato[653].

Il Titolo V della Direttiva, infine, incarica gli Stati di adottare misure di protezione, sostegno e assistenza per le vittime del terrorismo sulla scorta di quanto già previsto dalla Direttiva 2012/29/UE.

Non è da escludersi che, alla luce degli efferati avvenimenti che continuano a interessare gli Stati membri, l'elaborazione di nuove ed ulteriori risposte concrete a livello normativo continuerà ad essere al centro dei lavori delle istituzioni dell'Unione nel futuro prossimo.

Quest'auspicio ha trovato riscontro anche nel forte segnale lanciato nel corso del G7, in occasione del quale è stato ricordato come la lotta al terrorismo costituisca una priorità a livello internazionale, che dovrà essere condotta nel pieno rispetto dei diritti umani, delle libertà fondamentali e dello stato di diritto[654].

Peraltro, il fatto che la lotta al terrorismo rivesta un ruolo primario nell'agenda della giustizia penale europea trova indiretta, ulteriore, conferma nella presentazione di una proposta di regolamento concernente l'importazione di beni culturali[655] recentemente affrontata anche nell'ambito del Consiglio

[653] Si rimanda ancora a quanto analizzato da A. TINOCO PASTRANA, *La lucha contra el terrorismo en la Unión Europea desde una perspectiva procesal*, cit., 447-448 con riferimento al citato Trattato di Prüm e alla Decisione quadro che lo completa n. 671 del 2005.

[654] Cfr. G7 *Taormina Statement on the Fight Against Terrorism and Violent Extremism*, in www.consilium.europa.eu.

[655] *Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on the import of cultural goods*, COM (2017) 375, in www.eur-lex.europa.eu. Si segnala che la predisposizione

d'Europa[656], in occasione del quale tale traffico è stato letto come potenziale strumento per il reperimento di risorse utili al finanziamento delle azioni terroristiche.

L'*excursus* fin qui percorso sull'approccio dell'Unione Europea all'allarme terroristico ci porta, dunque, ad affermare che la normativa europea in materia sia ricca di strumenti che possono permettere una concreta ed efficace cooperazione giudiziaria[657].

Occorre, quindi, analizzare nel dettaglio alcuni specifici strumenti di prevenzione e contrasto del fenomeno del terrorismo strutturalmente riferibili alla fase investigativa e di acquisizione probatoria.

V. 2 Gli espedienti della cooperazione giudiziaria e di polizia nella lotta al terrorismo.

Una delle principali forme di cooperazione giudiziaria in materia antiterrorismo, così come, in generale, nel contrasto alla criminalità transfrontaliera, è costituita dallo scambio di informazioni tra Stati e nonché tra Stati e istituzioni preordinate al contenimento di tali fenomeni criminosi[658].

Come si è avuto modo di vedere nel paragrafo precedente, in materia di lotta contro il terrorismo è fondamentale che tutti i servizi interessati possano disporre di informazioni il più possibile complete e aggiornate, secondo i loro

---

di tale atto era stata auspicata dalle istituzioni comunitarie oltre che nell'Agenda sulla sicurezza anche all'interno del piano d'azione per rafforzare la lotta contro il finanziamento del terrorismo. Cfr. Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consigliorelativa a un piano d"azione per rafforzare la lotta contro il finanziamento del terrorismo, COM (2016) 50, in www.eur-lex.europa.eu.

[656] Cfr. Convenzione sulle infrazioni coinvolgenti i beni culturali, adottata in data 3 maggio 2017, in www.coe.int.

[657] Riflessione che emerge anche dal contributo di J. FORNER DELAYGUA, N. GONZÁLEZ VIADA, *La acción de la Unión Europea contra el terrorismo*, cit.

[658] A. CLUNY, *Politiche della sicurezza e stato di diritto. Quali regole per la cooperazione giudiziaria internazionale*? in AA. VV., *Terrorismo internazionale. Politiche della sicurezza. Diritti fondamentali.* Atti del convegno di Pisa, 11-12 marzo 2016, in Questione Giustizia, Speciale, 2016, 9, 263.

settori di competenza, per poter portare a termine tempestivamente e, di conseguenza, efficacemente, i loro compiti.

Tappa fondamentale è costituita dalla sopra richiamata Decisione 2003/48/GAI, relativa all'applicazione di misure specifiche di cooperazione di polizia e giudiziaria per la lotta al terrorismo.

Il persistere della minaccia terroristica e, la complessità del fenomeno, hanno avuto modo di far emergere, in più occasioni, l'assoluta necessità di maggiori scambi di informazioni, da estendere a tutte le fasi dei procedimenti penali e a tutte le persone, gruppi o entità oggetto di un'indagine, di un'azione penale o di una condanna per reati di terrorismo[659].

Sulla base del provvedimento appena ricordato venne emanata, pochi anni dopo, la Decisione 2005/671/GAI[660] specificamente rivolta al fenomeno terroristico, che introdusse un coordinamento investigativo tramite un flusso informativo sui reati di terrorismo sia tra Paesi membri, sia tra questi ed *Eurojust* o *Europol*, il quale godeva di precedenza assoluta sulle altre richieste di assistenza giudiziaria.

In particolare, la Decisione del 2005, sulla scorta di quanto già previsto da quella del 2003, ha previsto al suo art. 2.1 che, per quanto riguarda la cooperazione di polizia, ciascuno Stato membro designi tra i suoi servizi uno specializzato che, nel rispetto della legislazione nazionale, abbia accesso a tutte le informazioni pertinenti alle indagini penali riguardanti i reati terroristici, con il compito di riunirle e inviarle all'*Europol* al fine di garantirne il costante aggiornamento.

Specificamente, l'art. 2 comma 4 della Decisione, dispone che debbano essere trasmesse all'*Europol* tutte le informazioni concernenti i dati utili all'identificazione della persona, del gruppo o dell'entità, gli atti oggetto dell'indagine, le circostanze specifiche del fatto, la qualificazione del reato perseguito, l'eventuale collegamento con altri casi che risultino pertinenti,

[659] Cfr. considerando n. 4 della Decisione quadro 2005/671/GAI.

[660] Decisione quadro del Consiglio 2005/671/GAI del 20 settembre 2005, concernente lo scambio di informazioni e la cooperazione in materia di reati terroristici, pubblicata in GU n. L 253/22 del 29 settembre 2005.

l'utilizzo, da parte dei soggetti, gruppi e entità, delle tecnologie di comunicazione e, infine, l'eventuale possesso di armi di distruzioni di massa.

La disciplina attribuisce, inoltre, il compito, ad ogni Stato membro, di designare una o (qualora sia previsto dal proprio ordinamento giuridico) più autorità, che ricoprano l'incarico di corrispondente nazionale dell'*Eurojust* per tutte le questioni concernenti il terrorismo.

Diversamente, lo Stato membro potrà designare, sempre in perfetta coincidenza con la Decisione del 2003, un'autorità giudiziaria o altra competente che, nel rispetto della legislazione nazionale, abbia accesso a tutte le informazioni pertinenti procedimenti o condanne penali per reati di terrorismo (quali, ad esempio, quelle concernenti i dati per l'identificazione della persona, del gruppo o dell'entità interessati oggetto di un'indagine o azione penale, le condanne definitive per reati di terrorismo e le circostanze specifiche relative a tali reati, eventuali informazioni che facciano presumere un collegamento con altri casi pertinenti, la sussistenza di eventuali richieste di assistenza giudiziaria *etc*.) e che, specularmente alle previsioni in tema di servizi di polizia, riunisca tali informazioni inviandole all'*Eurojust* [661].

Sarà, quindi, compito di ogni Stato membro, quello di garantire che tutte le informazioni di cui sopra, nonché ogni altra indicazione pertinente contenuta in documenti, fascicoli, dati, oggetti o altri mezzi di prova sequestrati o confiscati durante indagini o procedimenti penali collegati a reati terroristici, siano accessibili il più rapidamente possibile.

Pare evidente, a tal proposito, che, con riferimento all'indicazione dei "dati" e "oggetti" contenuto dello scambio informativo, il legislatore europeo abbia voluto mantenersi il più vago possibile, proprio al fine di lasciare un margine di apprezzamento discrezionale alle autorità nazionali nella selezione delle informazioni da condividere[662].

Punto fermo della politica antiterrorista dell'Unione è, dunque, che lo scambio di informazioni e *intelligence* concernenti le attività criminali,

[661] Cfr. ancora Decisione n. 671 del 20 settembre 2005 cit. all'art. 2.2.

[662] V. SPINOSA, *La cooperazione giudiziaria in materia di terrorismo in ambito UE e la giurisprudenza delle corti europee*, in Diritto Penale Contemporaneo, 1, 2017, 165.

costituisca la base per una cooperazione effettiva e che, quindi, possa realmente rispondere al primario obiettivo di garantire un più alto livello di sicurezza dei cittadini dell'Unione.

Nonostante, quindi, le esplicite intenzioni in tal senso da parte dell'Unione, la pesantezza delle procedure formali, la difficoltà di dialogo tra le strutture amministrative e gli ostacoli giuridici connessi alla legislazione dei singoli Stati membri si sono rivelate un importante ostacolo alla tempestività e, conseguentemente, all'efficacia dello scambio di informazioni.

Proprio in questo contesto e alla luce delle criticità emerse, venne emanata la Decisione quadro 2006/960/GAI[663] relativa "alla semplificazione dello scambio di informazioni e intelligence tra le autorità degli Stati membri dell'Unione Europea incaricate dell'applicazione della legge".

Tale Decisione mira a garantire, con riguardo a taluni tipi di informazioni e intelligence, che determinati dati, essenziali per le autorità competenti in tale ambito, possano essere scambiati rapidamente all'interno dell'Unione a prescindere dalle importanti divergenze sussistenti tra gli ordinamenti dei vari Stati membri[664].

Con tale provvedimento si intende, quindi, ovviare alla mancanza di un quadro giuridico comune per l'efficace e rapido scambio di informazioni ed intelligence, attraverso l'adozione di uno strumento giuridicamente vincolante, fondato sulla semplificazione delle procedure di scambio, che tenga presente, come richiesto dal principio di proporzionalità, il giusto equilibrio con le

[663] Decisione quadro del Consiglio 2006/960/GAI del 18 dicembre 2006, relativa alla semplificazione dello scambio di informazioni e intelligence tra le autorità degli Stati membri dell'Unione europea incaricate dell'applicazione della legge, pubblicata in GU n. L. 386/89 del 29 dicembre 2006. La Decisione quadro appena citata ha trovato attuazione in Italia con il decreto legislativo n. 54 del 23 aprile 2015 e pubblicato in GU n.106 del 9 maggio 2015. Per quanto riguarda, invece, la Spagna, la Decisione è stata attuata con la *Ley 31/2010, de 27 de julio, sobre simplificación del intercambio de información e inteligencia entre los seRvicios de seguridad de los Estados miembros de la Unión Europea*, pubblicata in Boletín Oficial del Estado (B.O.E) n.182 del 28 luglio 2010. Cfr. M. JIMENO BULNES, *The use of intelligence information in criminal procedure: A challenge to defence rights in the European and the Spanish panorama*, cit. 176.

[664] Cfr. Considerando n. 7 della Decisione quadro 2006/960/GAI cit.

esigenze di protezione dei dati, le libertà fondamentali, i diritti umani e libertà individuali[665].

A parte la previsione dello scambio, per così dire, "spontaneo" delle informazioni, viene previsto che uno Stato membro possa richiedere informazioni e intelligence ad altro Stato membro - motivando le ragioni di fatto, la finalità dell'acquisizione di tali dati con specifico riferimento al titolaredei dati contenuti nelle informazioni o intelligence richiesti - ai fini dell'individuazione o della prevenzione di un reato, nonché in funzione di un'indagine, allorquando abbia motivo di ritenere che siano disponibili nel territorio dello Stato richiesto[666].

Si precisa che il provvedimento europeo non vuole introdurre un obbligo per gli Stati membri di trasmissione di qualsiasi informazione o intelligence richiesta da altro Stato membro.

Al contrario, la Decisione tratteggia il tipico schema cooperativo che vede un'autorità richiedente e un" autorità destinataria della richiesta chiamata a prestare il consenso sia alla trasmissione delle informazioni, che al loro utilizzo come prove, tramite l'utilizzo di formulari precompilati[667].

La ragione d'essere della Decisione, difatti, non è tanto quello di introdurre automatismi di scambi informativi quanto, piuttosto, snellire il più possibile la procedura di tale attività per permettere una collaborazione più rapida ed efficace.

Tale scopo si percepisce già dalla previsione che gli Stati membri debbano garantire che, la comunicazione di informazioni e intelligence alle autorità competenti di altri Stati membri, non sia soggetta a condizioni più rigorose di quelle applicabili a livello nazionale per la medesima attività e che nessuno Stato membro possa subordinare ad accordi, o a una puntuale

[665] Cfr. Considerando n. 11 e art. 1 comma 7 della Decisione quadro 2006/960/GAI cit.

[666] La forza del provvedimento europeo in analisi risiede nella previsione di una cooperazione stabile ed istituzionalizzata tra gli Stati. Ciò grazie all'introduzione di un quadro giuridico preciso attraverso il quale lo scambio deve essere assicurato. Vedi E. CHITI, B. G. MATTARELLA, *La sicurezza europea*, in Riv. Trim. Dir. Pubbl., 2008, 2, 305, par. 3.

[667] Si veda L. BACHMAIER WINTER, Información *de inteligencia y proceso penal,* in *Terrorismo, proceso penal y derechos fundamentales*, Madrid, Marcial Pons, 2012, 48 ss.

autorizzazione, lo scambio (salvo che non sia condizione esplicitamente richiesta dalla legislazione nazionale per un caso interno analogo)[668].

Per altro verso, l'intenzione di assicurare procedure più celeri è dimostrata dall'art. 4 della Decisione che prevede tempi di risposta piuttosto contenuti che vanno da un minimo di otto ore ad un massimo di quindici giorni[669].

L'ulteriore semplificazione del procedimento è rappresentata dalla previsione che lo scambio possa aver luogo tramite "qualsiasi canale esistente ai fini della cooperazione internazionale" e nella lingua applicabile al canale utilizzato.

Uno degli aspetti più rilevanti della Decisione in commento risiede nell'art.10 in materia di rifiuto, che prevede che uno Stato membro non trasmetta le informazioni e intelligence richiesti "solo se" tale comunicazione possa pregiudicare interessi fondamentali della sicurezza nazionale dello Stato membro richiesto o mettere a repentaglio il buon esito di un'indagine o di

[668] Cfr. art. 3 comma 3 della Decisione quadro 2006/960/GAI cit.

[669] L'art. 4 della Decisione quadro 2006/960/GAI, che disciplina i termini per la comunicazione delle informazioni e intelligence, sancisce testualmente che: "1. Gli Stati membri assicurano la disponibilità di procedure che consentano loro di rispondere entro otto ore alle richieste urgenti di informazioni e intelligence riguardanti i reati di cui all'articolo 2, paragrafo 2 della Decisione quadro 2002/584/GAI, se le informazioni o l'intelligence richieste sono conservate in una banca dati alla quale un'autorità incaricata dell'applicazione della legge può accedere direttamente. 2. Se non è in grado di rispondere entro otto ore, l'autorità competente incaricata dell'applicazione della legge richiesta ne fornisce i motivi nel formulario che figura nell'allegato A. Qualora la comunicazione entro il periodo di otto ore di informazioni o intelligence richieste costituisca un onere sproporzionato per l'autorità incaricata dell'applicazione della legge che ha ricevuto la richiesta, questa può posporne la comunicazione. In questo caso detta autorità che ha ricevuto la richiesta informa immediatamente della posposizione l'autorità incaricata dell'applicazione della legge richiedente e comunica le informazioni o l'intelligence al più presto possibile e, in ogni caso, entro tre giorni. Il ricorso alle disposizioni del presente paragrafo è riesaminato entro 19 dicembre 2009. 3. Gli Stati membri assicurano che nei casi non urgenti si risponda entro una settimana alle richieste di informazioni e intelligence riguardanti i reati di cui all'articolo 2, paragrafo 2 della Decisione quadro 2002/584/GAI, se le informazioni o l'intelligence richieste sono conservate in una banca dati alla quale un'autorità incaricata dell'applicazione della legge può accedere direttamente. Se non è in grado di rispondere entro una settimana, l'autorità competente incaricata dell'applicazione della legge richiesta ne fornisce i motivi nel formulario che figura nell'allegato A. 4. In tutti gli altri casi gli Stati membri provvedono a che le informazioni richieste siano comunicate all'autorità competente incaricata dell'applicazione della legge richiedente entro quattordici giorni. Se non è in grado di rispondere entro quattordici giorni, l'autorità competente incaricata dell'applicazione della legge richiesta ne fornisce i motivi nel formulario che figura nell'allegato A".

un'operazione di intelligence criminale in corso o, infine, nel caso in cui la pretesa sia palesemente sproporzionata, o irrilevante, per lo scopo per cui è stata richiesta.

Altro motivo di rifiuto, questa volta facoltativo, riguarda l'ipotesi in cui la richiesta attenga a un reato passibile, nello Stato richiesto, di una pena detentiva inferiore a un anno[670].

Provvedimenti specifici si sono, poi, occupati di disciplinare in dettaglio lo scambio di informazioni relativi a determinate categorie di dati.

Merita, a questo punto, un cenno un ulteriore strumento centrale nello scambio di dati e informazioni, anch'esso finalizzato alla protezione della sicurezza sul territorio europeo che, benché non rientri tra gli strumenti dell'Unione Europea, completa, in qualche modo, quanto previsto dalla Decisione del 2005/671/GAI sopra analizzata: il Trattato di Prüm[671].

Questo Trattato venne originariamente concluso tra sette Stati membri dell'Unione Europea (tra cui la Spagna, il Belgio e la Francia) al fine di aumentare le misure di coordinamento in materia di indagini giudiziarie e prevenzione dei reati.

Il principale settore in cui l'accordo intervenne nell'ottica dell'incremento della quantità e della tipologia di informazioni compatibili tra le forze di polizia, è quello dello scambio dei dati relativi al DNA di persone condannate per aver commesso reati sul territorio dei Paesi aderenti.

L'articolato si occupa di vari settori della cooperazione transfrontaliera[672] ed evidenzia che la sua primaria finalità è proprio quella di intensificarla grazie

[670] Decisione quadro 2006/960/GAI cit., art. 10.2.

[671] Trattato di Prüm concluso il 27 maggio 2005 tra Belgio, Germania, Spagna, Francia, Lussemburgo, Paesi Bassi e Austria ai fini della cooperazione transfrontaliera per contrastare terrorismo, criminalità transfrontaliera e migrazione illegale e completato dalla Decisione del Consiglio 2005/671/JAI concernente lo scambio di informazioni e la cooperazione in materia di reati terroristici pubblicata in GU L 253/22 del 29 settembre 2015. L'Italia ha aderito al Trattato qualche anno dopo con Legge 30 giugno 2009, n. 85, pubblicata in GU del 13 luglio 2009, n. 160.

[672] Per un approfondimento si vedano L. LUPARIA, *Le promesse della genetica forense e il disincanto del processualista. appunti sulla prova del dna nel sistema italiano*, In Rivista Italiana di Medicina Legale, 2016, 1, 167; J. C. REMOTTI CARBONELL, *Las medidas contrael marco del Tratado de Prüm*, in Revista de Derecho Constitucional Europeo, 2007, 7, 184 ss. Autore ripreso anche da A. TINOCO PASTRANA, *La lucha contra el terrorismo en la Unión Europea*

a iniziative di promozione della cooperazione in settori ritenuti fondamentali e determinanti, quali: la raccolta dati attraverso il DNA, la raccolta delle impronte, il registro delle targhe automobilistiche, le misure specifiche antiterrorismo, il trasporto di armi e munizioni, l'immigrazione illegale.

La novità principale introdotta dal Trattato è, indubbiamente, la costituzione di una rete di profili genetici che costituisce la cosiddetta banca dati del DNA.

La sua istituzione è funzionale a custodire tutti i campioni biologici di condannati, imputati e indagati, oltre a ogni traccia biologica raccolta dalla polizia scientifica sulla scena del delitto, anche se non appartenente a soggetti iscritti nel registro degli indagati.

La disciplina dettata per la Banca dati è dotata di una peculiarità che ha destato non poche critiche in merito alla sua compatibilità con il principio di proporzionalità nel corretto bilanciamento di alcuni diritti fondamentali.

Ci si riferisce alla previsione che l'autorità possa imporre il prelievo forzoso di capelli, peli, saliva e altro materiale biologico, ove ritenuto necessario ai fini dell'inchiesta, anche senza il consenso del soggetto destinatario della misura.

L'Italia non rientra tra i Paesi aderenti sin dall'origine al Trattato.

Di fatti, la ratifica dello stesso avvenne solo qualche anno dopo con la legge n. 85 del 2009, che costituisce la prima legge organica sull'acquisizione e il trattamento della bio informazione genetica a fini forensi[673].

La ratifica del Trattato impose alcune modifiche dell'ordinamento interno. Innanzitutto, vennero istituite la Banca dati nazionale del DNA (finalizzata alla raccolta dei profili del DNA) e il laboratorio centrale per la Banca dati nazionale del DNA che provvede, invece, alla tipizzazione delprofilo del DNA e alla conservazione dei campioni biologici. In secondo luogo, l'adesione al Trattato comportò alcune modifiche al codice di procedura penale;

---

desde una perspectiva procesal, cit., 448 che, nell'affrontare il tema dello scambio di informazioni si sofferma sull'importanza della conclusione del Trattato di Prüm e della Decisione quadro 2005/671/GAI cit. di suo completamento.

[673] G. GENNARI, *Bio informazione e indagini penali: la l. n. 85 del 30 giugno 2009*, in Resp. Civ. e prev., 2009, 2630.

in particolare, in punto di disciplina sulle perizie, strumento strutturalmente capace di manifestazioni invasive della libertà personale, nei casi in cui manchi il consenso dell'interessato e a quella del prelievo coattivodi campioni biologici. Pare, pertanto, di assoluta evidenza il coinvolgimento di interessi e diritti fondamentali tutelati sia dalla Costituzione italiana che dalla Carta europea dei diritti dell'uomo[674].

È vero, infatti, che il prelievo coattivo dicampioni biologici, nella misura in cui comporta un intervento invasivo sul corpo di una persona, *a fortiori*, in assenza del consenso, è ascrivibile a "qualsiasi altra restrizione della libertà personale" richiamata dall'art. 13, comma 2, Cost.[675].

La disciplina di tale attività potrà considerarsi legittima, pertanto, solo se contenuta entro i limiti dettati dalla Costituzione[676].

---

[674] G. LEO*, Il prelievo coattivo di materiale biologico nel processo penale e l'istituzione della banca dati nazionale del Dna*, in Riv. Ital. Med. Leg*.,* 2011, 931.

[675] C. GABRIELLI, *Il prelievo coattivo di campioni biologici nel sistema penale*, Coll. Procedura Penale, Torino, Giappichelli, 2012, 26 ss.

[676] In merito alle fattispecie di prelievo coattivo di campioni biologici il doppio sbarramento di cui all'art. 13 Cost. è stato opportunamente valorizzato nella fondamentale sentenza n. 238 del 1996 della Corte Costituzionale (udienza del 11 giugno 1996, Decisione del 27 giugno 1996, depositata in data 9 luglio 1996, pubblicata in GU n. 29 del 17 luglio 1996) ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 224, comma 2, c.p.p., in riferimento agli artt. 3 e 13, comma 2, Cost., nella parte in cui prevedeva la possibilità, per il giudice delle indagini preliminari, di disporre coattivamente il prelievo ematico nei confronti tanto dell'indagato quanto di soggetti terzi. In tal modo, infatti trovava legittimazione la deprecabile prassi di imporre prelievi ematici forzosi in assenza di una regolamentazione legislativa della materia che indicasse specificatamente i "casi" e i "modi" in cui procedere al prelievo coattivo. Nella pronuncia in questione la Consulta ha inoltre affermato a chiare lettere che la duplice riserva in esame appronta una tutela che è centrale nel disegno costituzionale, avendo ad oggetto il diritto inviolabile della libertà personale quale "indefettibile nucleo dell'individuo, non diversamente dal contiguo e strettamente connesso diritto alla vita e all'integrità fisica, con il quale concorre a costituire la matrice prima di ogni altro diritto, costituzionalmente protetto, della persona". A ciò si è aggiunto che la pratica del prelievo coattivo "è tanto più allarmante, in quanto non solo interessa la sfera della libertà personale, ma la travalica perché, seppur in minima parte, invade la sfera corporale della persona, pur senza di norma comprometterne, di per sé, l'integrità fisica o la salute (anche psichica), né la sua dignità", per cui spetta al legislatore il compito di stabilire accuratamente presupposti e limiti delle attività di prelievo, al fine di soddisfare i requisiti imposti dal dettato costituzionale. Il prelievo biologico coattivo, infatti, operando per definizione in assenza di consenso ed incidendo sulle stesse garanzie dell'*habeas corpus*, necessita di un delicato giudizio di bilanciamento tra tutela della persona ed interesse alla repressione dei reati ed alla salvaguardia della sicurezza pubblica. Cfr. C.GABRIELLI, *Il prelievo coattivo di campioni biologici nel sistema penale*, op. loc. cit..

Ebbene, le norme di nuovo conio sono l'articolo 224 *bis* e 359 *bis* del codice di procedura penale. Il primo prevede che, quando si proceda per certi gravi delitti, se per l'esecuzione di una perizia sia necessario compiere atti idonei a incidere sulla libertà personale e manchi il consenso della persona da sottoporre all'esame del perito, il giudice possa disporre, anche d'ufficio, con ordinanza motivata, l'esecuzione coattiva della stessa, allorché la perizia sia assolutamente indispensabile per la prova dei fatti. Può dirsi, quindi, che le limitazioni previste dall'art. 13 della Costituzione siano pienamente rispettate.

Viene, infatti, garantito il controllo giurisdizionale della sussistenza delle ragioni che giustificano la misura, da motivarsi succintamente così da assicurare al soggetto destinatario della misura un controllo sull'operato del giudice.

La perizia, inoltre, deve essere "assolutamente indispensabile".

La motivazione dovrà, quindi, dare atto in maniera dettagliata delle ragioni utili a determinare l'assoluta indispensabilità del ricorso a tale strumento. Passando all'art. 359 *bis,* questo definisce, invece, la procedura per il compimento delle operazioni idonee a incidere sulla libertà personale e prevede che, quando debbano essere eseguite le operazioni di cui all'articolo 224 *bis*, in assenza del consenso della persona interessata, il pubblico ministero faccia richiesta al giudice per le indagini preliminari che autorizza tali operazioni con ordinanza. Tuttavia, nei casi di urgenza, il pubblico ministero potrà disporre direttamente lo svolgimento delle operazioni con decreto motivato, che dovrà essere trasmesso al giudice entro le successive 48 ore per la convalida sulla quale il Giudice per le indagini preliminari dovrà provvedere "al più presto" e, in ogni caso, entro le successive quarantotto ore.

Il risultato del vaglio giurisdizionale, pertanto, si potrà avere addirittura trascorse novantasei ore dalla perizia.

È naturale, pertanto, interrogarsi su cosa possa accadere nell'ipotesi in cui il giudice per le indagini preliminari non dovesse convalidare il decreto del pubblico ministero per carenza di motivi.

Il nostro ordinamento offre, certamente, rimedi processuali quali l'inutilizzabilità del risultato probatorio acquisito illegittimamente.

Non prevede, però, rimedi a tutela della persona che sia stata destinataria, illegittimamente, di violazioni così invasive della sua libertà personale.

Dunque, punti di forza e di debolezza della disciplina, da valutarsi con equilibrio, nella consapevolezza che, essendo di fondamentale importanza per una cooperazione internazionale efficiente, lo scambio tempestivo di informazioni precise, l'introduzione di procedure rapide ed efficaci, come quelle introdotte con il Trattato di Prüm, rappresenta la base da cui partire.

Essa promuove, infatti, mezzi di circolazione delle informazioni con caratteristiche dinamiche, dall'alto tasso di affidabilità e adeguate garanzie in merito all'esattezza e alla sicurezza dei dati durante la loro trasmissione e archiviazione, oltre che procedure per la registrazione dello scambio di dati e restrizioni all'uso delle informazioni scambiate.

Tutto ciò, però, richiede una valutazione attenta, equilibrata, al fine di non abdicare alla tutela dei valori fondamentali affermati dalla nostra Carta costituzionale.

In linea con il percorso avviato con il Trattato di Prüm va letta la successiva Decisione quadro n. 615 del 2008[677] che contiene disposizioni basate sulle principali previsioni in esso contenute ed estende le sue previsionia tutti gli Stati membri, con l'obiettivo di migliorare lo scambio di informazioni.

In ragione di ciò gli Stati membri si concedono reciprocamente diritti di accesso ai rispettivi schedari automatizzati di analisi del DNA, nonché ai sistemi automatizzati di identificazione dattiloscopica e ai dati di immatricolazione dei veicoli. In particolare, per i dati provenienti da schedari nazionali di analisi del DNA e da sistemi di identificazione dattiloscopica, venne previsto un sistema "hit/no hit"[678], tale da consentire allo Stato membro che effettua la consultazione

[677] Decisione quadro del Consiglio 2008/615/GAI del 23 giugno 2008 sul potenziamento della cooperazione transfrontaliera soprattutto nella lotta al terrorismo e alla criminalità transfrontaliera, pubblicata in GU L. 210 del 6 agosto 2008.

[678] Si veda il considerando n. 18 della Decisione 2008/615/GAI: "Il sistema "hit/no hit" offre una struttura di raffronto dei profili anonimi, nella quale i dati supplementari a carattere personale sono scambiati solo dopo una risposta positiva, la cui trasmissione e il cui ricevimento sono disciplinati dalla legislazione nazionale comprese le norme relative all'assistenza giudiziaria.

Di chiedere, anche in un secondo tempo, allo Stato membro che gestisce lo schedario, i dati personali specifici corrispondenti e, se necessario, ulteriori informazioni mediante procedure di assistenza reciproca, comprese quelle adottate ai sensi della Decisione quadro 2006/960/GAI[679] analizzata in precedenza.

Sempre in materia di scambi informativi, assumono particolare rilevanza le decisioni 315 e 316 del 2009[680].

La Decisione quadro 2009/315/GAI si prefigge di definire sia le modalità attraverso le quali uno Stato membro, all'interno del quale sia stata pronunciata una sentenza di condanna nei confronti di un cittadino di altro Stato membro[681], trasmette le informazioni su tale condanna allo Stato di cittadinanza della persona condannata[682], sia gli obblighi di conservazione di tali informazioni in capo allo Stato di cittadinanza (affinché questo sia in grado di fornire costantemente un quadro aggiornato sui carichi penali dei propri cittadini) sia di precisare le procedure da seguire nel rispondere a una richiesta di informazioni estratte dal casellario giudiziario nazionale, che, infine, didefinire un quadro per lo sviluppo di un sistema informatizzato di scambio di informazioni sulle condanne tra gli Stati.

Il provvedimento prevede, infine, che gli Stati membri designino un'autorità centrale con l'incarico di eseguire tutte le attività pertinenti questi scambi di informazioni.

Il contenuto della Decisione quadro, dunque, evidenzia come con essa non si sia inteso procedere all'armonizzazione dei sistemi nazionali dei casellari giudiziali degli Stati membri, processo che avrebbe richiesto tempi più lunghi,

---

In tal modo si garantisce un sistema adeguato di protezione dei dati, essendo inteso che la trasmissione di dati personali ad un altro Stato membro richiede un livello opportuno di protezione dei dati da parte degli Stati riceventi".

[679] Decisione quadro del Consiglio, n. 960/2006 cit.

[680] Decisione quadro del Consiglio n. 315 del 26 febbraio 2009, relativa all'organizzazione e al contenuto degli scambi fra gli Stati membri di informazioni estratte dal casellario giudiziale, pubblicata in GU n. L, del 27 febbraio 2009; Decisione quadro del Consiglio, n. 316 del 6 aprile 2009, che istituisce il sistema europeo di informazione sui casellari giudiziari (ECRIS) in applicazione dell'articolo 11 della Decisione quadro 2009/315/GAI, pubblicata in GU n. L 93/33 del 7 aprile 2009.

[681] Definito Stato membro di condanna.

[682] Definito Stato membro di cittadinanza.

non compatibili con le esigenze di tempestiva cooperazione, ma, più riduttivamente, creare una interconnessione telematica tra i casellari giudiziali, rendendo effettivo lo scambio di informazioni sulle condanne fra gli Stati membri, tramite l'utilizzo di un formato standard comune a tutti.

Lo Stato membro che ha pronunciato la condanna avrà, quindi, l'onere di comunicare al Paese di cittadinanza del condannato le informazioni che lo riguardano, la natura e il contenuto della condanna e del reato che l'ha determinata, nonché ogni successiva modifica o soppressione delle informazioni iscritte nel casellario giudiziario[683].

Per altro verso, lo Stato membro di cui la persona condannata è cittadino, deve conservare le informazioni ad esso inviate al fine di rispondere, entro dieci giorni[684], alle eventuali richieste di informazioni sulle condanne dei propri cittadini, includendo tutte le informazioni relative alle condanne sul suo territorio in altri Paesi dell'Unione Europea e all'intero di Paesi terzi.

Una particolarità introdotta dalla Decisione è la previsione dell'obbligo di rispondere alle richieste finalizzate ad un procedimento penale.

Chiaramente la disciplina prevede che lo Stato membro richiedente possa usare i dati personali trasmessi esclusivamente ai fini per cui sono stati richiesti, fatti salvii casi in cui sia necessario adottare provvedimenti urgenti intesi a prevenire un pericolo grave e immediato per la sicurezza pubblica.

A questa Decisione si lega la successiva Decisione 2009/316/GAI, emanata proprio al fine di dare attuazione a quella appena analizzata, così da costruire e sviluppare un sistema informatizzato di scambio di informazioni tra Stati membri sulle condanne grazie ad un formato standard omogeneo, elettronico e facilmente traducibile con dispositivi automatizzati, nonché stabilire altre modalità per organizzare e agevolare gli scambi elettronici di informazioni sulle condanne fra le autorità centrali degli Stati.

[683] Cfr. art. 4 della Decisione quadro 2009/315/GAI cit.

[684] Il termine sarà di venti giorni se la richiesta è stata fatta da una persona relativamente al proprio casellario giudiziario. Cfr. art. 8 della Decisione quadro 2009/315/GAI cit..

I principi su cui si fonda la Decisione n. 316 sono, pertanto, gli stessi espressi dalla precedente, con la differenza che questa mira ad attuarli completandoli dal punto di viste prettamente tecnico.

In particolare, tale Decisione ha avuto il merito di istituire ai fini sinora espressi, un sistema informatico decentrato denominato ECRIS[685] (*sistema europeo di informazione dei precedenti penali*).

Tale infrastruttura di comunicazione comune fu introdotta quale rete di servizi transeuropei sicuri per la comunicazione telematica tra amministrazioni. È stato, invece, demandato alla responsabilità dei singoli Stati membri il compito di conservarei dati estratti dai casellari giudiziari unicamente in banche dati da essi gestite, nonché assicurarsi del loro corretto funzionamento e dell'efficacia degli scambi tra loro[686] precludendo, quindi, l'accesso diretto in linea alle banchedati di casellari giudiziari di altri Stati membri,

In tempi più recenti è stata resa possibile una precisazione dei contenuti del coordinamento investigativo fra Stati membri grazie all'emanazione di due direttive, la n. 680 e la n. 681 nel 2016[687], riguardanti la raccolta e la circolazione dei PNR (*Passenger Name Records*) e la riservatezza dei dati relativi a procedimenti penali.

---

[685] Vedi ancora A. TINOCO PASTRANA, *La lucha contra el terrorismo en la Unión Europea desde una perspectiva procesal*, cit., 448. Sull'importanza dell'istituzione e le sue ricadute di si vedano anche G. DI PAOLO, *La presa in considerazione del "precedente penale europeo" tra fonti sovranazionali e disciplina interna di recepimento*, in Cass. Pen. 2017, 6, 2472C; B. CORTESE, *La protezione dei dati di carattere personale nel diritto dell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, in Dir. Un. Eur., 2013, 2, 313.

[686] Cfr. considerando n. 11 della Decisione n. 316/2009 cit.

[687] Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, n. 680 del 27 aprile 2016, relativa alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali da parte delle autorità competenti a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la Decisione quadro 2008/977/GAI del Consiglio, pubblicata in GU n. L 119/89 del 4 maggio 2016. Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, n. 681 del 27 aprile 2016, sull'uso dei dati del codice di prenotazione (PNR) a fini di prevenzione, accertamento, indagine e azione penale nei confronti dei reati di terrorismo e dei reati gravi, pubblicata in GU n. L 119/32 del 4 maggio 2016.

La prima delle due direttive, la n. 680[688], come mai in precedenza, muove dalla considerazione che la tecnologia consenta il trattamento di dati personali con maggiore facilità, in particolare nello svolgimento di attività quali la prevenzione, l'indagine, l'accertamento e il perseguimento di reati o l'esecuzione di sanzioni penali.

Tuttavia, reputa altrettanto indispensabile un elevato grado di protezione dei dati personali, in linea con la tutela della riservatezza già affermata e prevista a livello di Unione.

La Direttiva, infatti, in coerenza con il percorso seguito dall'Unione in tema di bilanciamento tra circolazione dei dati e tutela della riservatezza, tra esigenze di sicurezza e tutela dei diritti, pur affermando l'esigenza di agevolare la libera circolazione dei dati personali tra le autorità competenti all'interno dell'Unione e il trasferimento di tali dati personali verso Paesi terzi e organizzazioni internazionali, offre una lettura sistematicamente ancorata ad un elevato livello di garanzie di protezione dei dati.

Ciò richiede di pervenire a un livello uniforme ed elevato di protezione dei dati personali delle persone fisiche, in base ad un quadro giuridico solido e più coerente affiancato da efficaci misure di attuazione[689].

La stessa Direttiva, nel suo considerando n. 7, afferma, quindi, che sarebbe "auspicabile un livello di tutela equivalente in tutti gli Stati membri dei diritti e delle libertà delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali da parte delle autorità competenti a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o di esecuzionedi sanzioni penali, incluse la salvaguardia contro e la prevenzione di minacce alla sicurezza pubblica".

Tale livello di tutela, per essere realmente efficace, presuppone il rafforzamento, da un lato, dei diritti degli interessati, dall'altro, degli obblighi di coloro che, in ragione del loro ufficio, "trattano" i dati personali.

[688] Si da atto che, attualmente, la Direttiva ha trovato attuazione solo in Belgio, Germania ed Ungheria.
[689] Cfr. considerando n. 3 e 4 della Direttiva 680 del 2016 cit.

Ma, soprattutto, solo in presenza di puntuali poteri tesi a controllare (e garantire) il rispetto delle norme di protezione dei dati personali negli Stati membri[690].

La Direttiva, quindi, mira a garantire tale livello di protezione alle persone fisiche attraverso diritti azionabili in tutta l'Unione, nonché a prevenire disparità che possono ostacolare la libera circolazione dei dati personali tra le autorità competenti, prevedendo una disciplina per così dire "armonizzata" per la protezione e la libera circolazione dei dati personali trattati a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali, incluse tutte le altre attività connesse alla salvaguardia contro (e alla prevenzione di) minacce alla sicurezza pubblica[691].

Sulla scorta di tali previsioni e principi, il 21 aprile 2016 il Consiglio ha adottato la Direttiva 2016/681 sull'uso dei dati del codice di prenotazione (PNR) ai fini di prevenzione, accertamento, indagine e azione penale nei confronti dei reati di terrorismo e dei reati gravi, che amplia la sfera dei dati utili per le indagini preliminari che possano trattati e scambiati all'interno dell'Unione fra le autorità procedenti[692].

È certamente vero che molti ordinamenti nazionali provvedevano già alla registrazione e alla conservazione di tali dati, anche a fini preventivi, nelle indagini sui viaggi dei *foreign fighters* verso Stati extra-comunitari connessi, a vario titolo, a organizzazioni terroristiche[693].

Tuttavia, il merito della Direttiva, sempre nella scia di quanto emerso con riferimento alla precedente n. 680, è quello dell'armonizzazione a livello europeo della raccolta di tali specifiche informazioni, in modo tale da arginare la formazione di "zone franche" in Europa nel monitoraggio dei voli da e verso l'Unione Europea[694].

---

[690] Ancora considerando n. 7 della Direttiva 680 del 2016 cit.

[691] Considerando n. 15 della Direttiva 680 del 2016 cit.

[692] Interessante, sul tema, il Parere 1/15 del 26 luglio 2017, della Grande sezione della Corte di giustizia dell'Unione europea, reso su richiesta del Parlamento europeo in punto di compatibilità dell'accordo tra Canada e Unione europea con il diritto dell'Unione.

[693] V. SPINOSA, *La cooperazione giudiziaria in materia di terrorismo in ambito UE e la giurisprudenza delle corti Europee*, in Diritto Penale Contemporaneo, 2017, 1, 165.

[694] Ancora V. SPINOSA, *La cooperazione giudiziaria in materia di terrorismo in ambito UE e la giurisprudenza delle corti Europee*, op. loc. cit. È lasciata, invece, agli Stati Membri, la possibilità di conservare i PNR relativi ai voli interni all'Unione. Per quanto discrezionale, si

Di fatti la Direttiva prevede che i singoli Stati membri siano obbligati a fornire alle autorità degli Stati membri i dati PNR per i voli in arrivo o in partenza dall'Unione.

La finalità per cui questi dati possono essere trattati nel contesto delle attività di contrasto è quella della valutazione dei passeggeri prima dell'arrivo a destinazione, in relazione a criteri di rischio prestabiliti, nonché dell'individuazione di determinate persone.

I dati PNR, inoltre, potranno essere utilizzati ai fini di indagine e all'interno dei processi penali peri quali siano rilevanti.

La Direttiva, individuando nello specifico le modalità formali dello scambio dei dati sulla base di protocolli e formati standard di trasmissione, ne stabilisce la durata di conservazione in cinque anni, durante i quali per i primi sei mesi verranno conservati in chiaro mentre, per il restante tempo, saranno mascherati e conservati con una rigorosa procedura di accesso integrale ai medesimi che ne garantisca la protezione.

Per quanto concerne la tutela della riservatezza dei passeggeri, questa sarà garantita attraverso la nomina di un Responsabile della protezione dei dati e lo svolgimento di una parallela attività di controllo di cui sono competenti autorità nazionali di vigilanza.

La Direttiva prevede, inoltre, sempre a garanzia da un lato della trasparenza e della legittimità delle attività di trattamento e scambio, e, dall'altro, del bilanciamento dei diritti fondamentali in gioco, che tutti i trattamenti dei dati PNR vengano registrati e documentati e che, nel caso in cui rivelino informazioni quali l'origine razziale o etnica, le opinioni politiche, la religione o le convinzioni filosofiche appartenenti al titolare del dato, l'appartenenza sindacale, lo stato di salute, la vita o l'orientamento sessuale dell'interessato, non possano essere trattati.

---

da atto che, la gran parte dei Paesi dell'Unione europea, si sono avvalsi di questa possibilità al fine di garantire un controllo più completo e una prevenzione più efficace. Cfr. C. DI FRANCESCO MAESA, *Balance between Security and Fundamental Rights Protection: An Analysis of the Directive 2016/680 for data protection in the police and justice sectors and the Directive 2016/681 on the use of passenger name record (PNR)*, in rivista.eurojus.it, 24 maggio 2016.

Ebbene, le prassi di contrasto alla criminalità di stampo terroristico paiono tendere, ormai, alla luce dei costanti fenomeni di criminalità che incombono senza precedenti all'interno di tutto il territorio europeo, a divenire strumenti "ordinari"[695]. Di fronte a tale circostanza, l'intero sistema penale si sta trasformando in uno strumento di difesa facendo si che il ruolo e la funzione della magistratura penale mutino, in qualche modo, di pari passo con questa trasformazione[696]. Occorre, pertanto, capire, come l'evoluzione e le trasformazioni a cui stiamo assistendo, si possano conciliare con il ruolo di garanzia proprio degli organi giurisdizionali.

[695] M. L. DI BITONTO, *Terrorismo internazionale, procedura penale e diritti fondamentali in Italia*, in Cass. Pen., 2012, 3, 1181B. La stessa opera è contenuta, tradotta in lingua spagnola, all'interno del volume *Proceso penal, terrorismo y derechos fundamentales*, di L. BACHMAIER, Madrid, Marcial Pons, 2012. Si veda anche, sul tema, R. BARTOLI, *Lotta al terrorismo internazionale. Tra diritto penale del nemico* ius in bello *del criminale e annientamento del nemico assoluto*, della collana *Itinerari di diritto penale*, diretta da E. DOLCINI, G. FIANDACA, E. MUSCO, T. PADOVANI, F. C. PALAZZO, F. SGUBBI, Torino, Giappichelli, 2008, 183. Secondo l'autore nell'ordinamento italiano sarebbe inammissibile uno stato d'emergenza "assoluto", ma sarebbe consentito uno stato d'emergenza "relativo", che implicherebbe la legittimità della sospensione di diritti e libertà della persona.

[696] Cfr. R. ORLANDI, *Attività di intelligence e diritto penale della prevenzione, in Nuovi profili del segreto di Stato e dell'attività di intelligence*, a cura di G. ILLUMINATI, Torino, Giappichelli, 2010. Nel campo del terrorismo, un nodo critico è rappresentato dal rapporto tra attività di intelligence ed indagini penali. I servizi di intelligence hanno, invero, specifici poteri di prevenzione rispetto al terrorismo, fenomeno nel quale, a loro volta, prevenzione e repressione si sovrappongono. In linea di principio è escluso che la giurisdizione possa esserein qualche modo influenzata da attività immediatamente riconducibili all'esecutivo come sono quelle dei servizi di intelligence. Tuttavia, da tempi non sospetti si parla di un possibile impiego probatorio nel procedimento penale delle informazioni di intelligence. In Italia si può rinvenire un appiglio normativo nella legge n. 801 del 1977 regolatrice di tali attività, nel momento in cui prevede che l'agente dei servizi possa insinuarsi nelle indagini processuali esclusivamente attraverso gli organi di polizia giudiziaria e che le relazioni relative ad attivitàdi intelligence trasmesse alla polizia giudiziaria e da quest'ultima incanalate nel procedimento penale, debbano avere un impiego probatorio del tutto analogo a quello dei rapporti di polizia giudiziaria. Cfr. R. BARBERINI, *Il diritto penale e la legislazione di emergenza contro il terrorismo. Il terrorismo sta cambiando il diritto penale dei paesi democratici occidentali. Rischi e prospettive*, in Questione Giustizia, 7 maggio 2015. Con riferimento alla dottrina spagnola vedasi C. RODRÍGUEZ MEDEL NIETO, *Obtención y admisibilidad en España de la prueba transfronteriza: de las comisiones rogatorias a la orden europea de investigación*, cit., 200 ss. Sempre sulla spendibilità probatoria dei risultati dell'attività di intelligence si veda A. TINOCO PASTRANA, *La lucha contra el terrorismo en la Unión Europea desde una perspectiva procesal*, cit., 447 che sottolinea come la Decisione quadro 2006/960/GAI permette di condizionare la loro efficacia probatoria nel caso in cui lo Stato che trasmette i risultati dell"attività presti il proprio consenso in tal senso.

Il metro di ogni riflessione non potrà che essere sempre quello del principio di proporzionalità e del rispetto delle garanzie.

Come affermato da autorevole dottrina, infatti, la procedura penale "è scienza e pratica delle garanzie; vive per scongiurare arbitri; è limite all'esercizio del potere; è esercizio del potere secondo regole, leggi e valori, anzi: secondo certi limiti legali"[697].

Ciò rende, pertanto, necessario, tenere presente sempre quali sono le regole che garantiscono la tutela dei diritti fondamentali, poiché solo agendo secondo il rispetto di tali regole, nel bilanciamento dei diritti e degli interessi in gioco, si perverrà ad una disciplina efficace nella prevenzione e repressione della criminalità.

VI. 2.2. Le operazioni sotto copertura

Altro strumento assai efficace nel contrasto al terrorismo, così come alle altre forme di grave criminalità, è certamente rappresentato dalle operazioni sotto copertura, utili soprattutto per individuare reclutatori e addestratori nei luoghi fisici e virtuali di propaganda e proselitismo[698].

La figura dell'agente sotto copertura si presenta come un'efficace e potente tecnica di penetrazione nel mondo sotterraneo della criminalità organizzata, al fine di conoscere e raccogliere informazioni, dati e prove che vengono a contribuire alla persecuzione delle condotte criminose.

Obbedendo ai fondamentali principi della proporzionalità e del giusto processo giuridico, l'azione sotto copertura, secondo le basi di un processo

---

[697] Cfr. M. NOBILI, *Associazioni mafiose, criminalità organizzata e sistema processualepenale*, in *Criminalità organizzata e risposte ordinamentali. Tra efficienza e garanzie*, a cura di S. MOCCIA, Napoli, ESI, 1999, 6, 224.

[698] Si ritiene che l'utilizzo degli agenti infiltrati sotto copertura sia maggiormente efficace – oltre che per il contrasto della criminalità organizzata e i fenomeni terroristici in generale, soprattutto – per individuare predicatori e arruolatori ISIS, piuttosto che allo scopo di entrare nell'organizzazione terroristica, dato che il nuovo terrorismo internazionale si caratterizza per una struttura interna assai fluida e priva di una vera gerarchia – a differenza del terrorismo politico e delle organizzazioni mafiose – mentre il vero collante tra le cellule e i lupi solitari è rappresentato dalla propaganda jihadista online e in determinati luoghi fisici (carceri, moschee, *etc.*).

penale garantista, sarà considerata lecita allorquando il comportamento dell'infiltrato sia posto in essere in relazione ad un oggetto specificamente individuato e nei limiti di quanto autorizzato da un provvedimento proveniente da un'autorità giudiziaria[699].

Le operazioni sotto copertura (anche dette di infiltraggio, o *undercover*) consistono nell"attività svolta da uno o più agenti (o ufficiali) di polizia giudiziaria che, simulando la loro vera identità, si infiltrano in organizzazioni criminali al fine di raccogliere elementi di prova o di cogliere un soggetto in flagranza di reato e, quindi, trarlo in arresto.

La disciplina di tali operazioni trova le sue basi nella lontana Convenzione di assistenza giudiziaria in materia penale del 2000 (e relativo Protocollo)[700] e nei Protocolli delle Nazioni unite del 2001 di cui si è già avuto modo di parlare.

Quanto alla possibilità di svolgere operazioni di polizia giudiziaria sotto copertura all'estero, va detto che, a parte la possibilità di specifici accordi bilaterali, il tema costituisce oggetto dell'art. 14 della più volte menzionata Convenzione di Bruxelles del 2000, che prevede che, tale particolare forma di indagine, sia possibile nei procedimenti aventi ad oggetto qualsiasi reato, sulla base di apposite intese tra Stati membri dell'Unione, che definiscono anche la durata di quelle operazioni, le condizioni e lo *status* giuridico degli agenti coinvolti[701].

A tal fine, trovano applicazione le norme di diritto sostanziale e

---

[699] Cfr. ancora, quanto approfondito in tema di principio di proporzione nel Cap. III.

[700] Si rammenta che tali provvedimenti sono stati ratificati dall'Italia con l. 16 marzo 2006, n. 146 che ha offerto una disciplina generale – in parte abrogante le specifiche discipline previgenti – delle operazioni sotto copertura da adottare nell'ambito dei procedimenti riguardanti i delitti di riciclaggio, quelli in violazione della normativa su armi e stupefacenti, in materia di terrorismo, o contro la personalità individuale. In particolare, consentendo il differimento dell'esecuzione di misure cautelari, dell'arresto obbligatorio in flagranza e dei sequestri, e anche l'esecuzione di consegne controllate. Operazioni che possono essere effettuate solamente dal personale di reparti specializzati delle tre forze di polizia (per il qualeè stata prevista una specifica causa di non punibilità), e, comunque, sempre sotto il controllodel pubblico ministero.

[701] La condotta dell'agente o dell'ufficiale di polizia giudiziaria infiltrato, essendo posta in essere in adempimento di un dovere *ex* artt. 51 c.p. e 55 c.p.p., e poiché concretizzatasi in un'attività di mero controllo, osservazione e contenimento dell'attività illecita degli altri, è ritenuta

processuale dello Stato membro richiesto, nel cui territorio le operazioni vengono eseguite con la collaborazione delle autorità del posto anche al fine di garantire la sicurezza degli agenti infiltrati o sotto falsa identità[702].

Ciò che rileva, anche in questo caso, è che la prova ottenuta da un'operazione attraverso agenti infiltrati in una certa organizzazione criminale e, di conseguenza, fornita al processo penale interessato, meriterà di essere ammessa sempre che la compressione dei diritti fondamentali dell'indagato a seguito dell'utilizzo di tale strumento, sia giustificata alla luce del principio di proporzionalità e dei suoi vettori di idoneità, necessità e ponderazione.

Si è detto che tali operazioni sono state previste generalmente nelle indagini su un'ampia gamma di reati.

Tuttavia, la Convenzione da ultimocitata, prevedeva ulteriori strumenti per rendere più efficace la cooperazione giudiziaria relativa, specificamente, ai reati di terrorismo internazionale.

È evidente come, trattandosi ormai di un accordo internazionale piuttosto datato[703], molti degli istituti da questo introdotti risultino, oggi, in parte "superati" dai successivi sviluppi della normativa antiterrorismo.

Si pensi, per esempio, alle rogatorie semplificate tra autorità giudiziarie di più Stati membri, tramite contatto diretto, ormai surclassate dall'applicazione del principio di mutuo riconoscimento grazie all'avvento dell'OEI; o ancora,

---

scriminata. Tuttavia, in numerose occasioni (Oltre alla materia del terrorismo, si pensia quella del traffico di stupefacenti, riciclaggio, usura ed estorsione, tratta di esseri umani e riduzione in schiavitù, prostituzione minorile e pedopornografia) è stato necessario prevedere che tali attività potessero consistere anche in attività di provocazione (Si pensi, ad esempio, alle consegne controllate o alla creazione di siti web "civetta"). Risiede qui uno degli aspetti più delicati della disciplina. Sul tema cfr. E. GARCÍA LÓPEZ, *Agente encubierto y agente provocador, ¿dos figuras incompatibles?*, in La Ley, 2003, 4, 1504-1506; Á. MUÑOZ MARÍN, *El agente encubierto y su diferenciación con la provocación para delinquir*, in CEF Legal, 2014, 158, 189-194.

[702] Si rimanda, al riguardo, a quanto approfonditamente analizzato nel Cap. III del presente lavoro. In particolare, si fa riferimento alla moderna figura dell'*agente encubierto informático* di cui all'art. 282 *bis* commi 6 e 7 della LECRIM, il quale potrà, dietro specifica autorizzazione, scambiare o inviare direttamente materiale illecito con riferimento al quale il giudice potrà autorizzare l'acquisizione di immagini e di conversazioni tra l'agente sotto copertura e l'indagato anche nel caso in cui gli incontri avvenissero all'interno del domicilio.

[703] Persino anteriore all'attentato delle Torri Gemelle che, come si è avuto modo di vedere in precedenza, è stato un avvenimento che ha dato il via ad un importante cambio di approccio della politica antiterrorista sia a livello europeo che internazionale.

Alle regole sulle intercettazioniall'estero, di fatto inapplicabili dato il costante ricorso alla tecnica dell'instradamento, che consente di canalizzare i flussi telefonici e informatici fuori dal territorio nazionale.

Certo è che la figura dell'agente sotto copertura, a prescindere dalla sua previsione ormai lontana nel tempo, e soprattutto con riferimento alla figura dell'agente informatico racchiusa nei commi 6 e 7 dell'art. 282 *bis* LECRIM, deve essere letta con approccio dinamico e assume ancora non poca importanza nelle indagini finalizzate alla prevenzione, al contenimento e alla repressione del fenomeno terroristico[704].

Un dato che, tuttavia, deve rilevarsi, è come anche con riferimento a tale strumento, emerga che l'effettività degli strumenti informativi e operativi della cooperazione giudiziaria Europea antiterrorismo, pur sostenuta da unricco *corpus* normativo, sconti la circostanza dell'impatto sulle prassi applicative che non pare essere altrettanto proficuo[705].

È proprio qui, quindi, che si auspica si possano inserire le novità legislative introdotte con l'ordine europeo di indagine, le quali potrebbero, finalmente, giovare del raggiungimento di uno standard di uniformità tra ordinamenti e della costituzione di un quadro legislativo di riferimento che sia

[704] Di assoluta importanza pare il c.d. agente informatico sotto copertura, figura specificamente dedicata ad attività sotto falsa identità tramite l'utilizzo delle tecnologie e, in particolare, di internet. La Spagna disciplina puntualmente tale figura nell'art. 282 *bis* commi 6 e 7 della LECRIM, a seguito della recente riforma tramite la *Ley Orgánica* 13/2015 cit. Per un approfondimento si vedano: R. SÁNCHEZ GÓMEZ, *El agente encubierto informático*, cit. 118; I. VILLAR FUENTES, *Reflexiones sobre el agente encubierto informático,* cit. 363-369;e ancora J. I. ZARAGOZA TEJADA, *El agente encubierto "online": la última frontera de la investigación penal*, cit.

[705] Vedi G. SALVI, *Conoscere il terrorismo jihadista. Strumenti e tecniche di indagine*, in AA.VV., *Terrorismo internazionale. Politiche della sicurezza. Diritti fondamentali. Atti del convegno di Pisa*, 11-12 marzo 2016, in Questione Giustizia, Speciale, settembre 2016, 152. Quel che sembra è che, finora, lo strumento che in assoluto parrebbe avere maggior successo applicativo nella lotta al terrorismo internazionale, sia il mandato di arresto europeo, il quale sin dal 2004 ha realmente semplificato e accelerato le procedure di consegna degli indagati o condannati per tali reati rispetto al meccanismo tradizionale delle estradizioni. Cfr. M. BARGIS, *Il mandato di arresto europeo dalla decisione quadro del 2002 alle odierne prospettive*, in Diritto Penale Contemporaneo, 2015, 4, 201.

Utile anche (e soprattutto) con riferimento all'applicazione pratica di tali strumenti.

V. 2.2.1 Le intercettazioni

Lo strumento delle intercettazioni costituisce, da tempi non sospetti, uno dei mezzi di ricerca della prova maggiormente efficaci.

È altrettanto vero, tuttavia, che la materia è destinataria di critiche, foriera di costanti dubbi di legittimità e opportunità.

Al suo interno, infatti, emerge costantemente la necessità del bilanciamento tra un diritto fondamentale, qual è quello dell'inviolabilità delle comunicazioni e le esigenze legate alla repressione dei reati, in particolar modo di quelli più gravi[706].

L'intercettazione è generalmente riconosciuta come mezzo di ricerca della prova il cui utilizzo è subordinato al riscontro di gravi indizi in merito alla sussistenza di determinate categorie di reato, che diventano "sufficienti" qualora si tratti di delitti di criminalità organizzata; nonché a ragioni di assoluta indispensabilità ai fini della prosecuzione delle indagini, che diventano ragioni di mera "necessità" allorché si tratti di tali delitti, nonché, infine, alla preventiva autorizzazione dell'organo giurisdizionale.

Uno dei primi problemi applicativi dello strumento, per così dire, fuori confine, è dato proprio dalla specifica previsione di requisiti puntuali per l'autorizzazione alla captazione.

Requisiti che, tuttavia, non sempre sono gli stessi all'interno degli ordinamenti dei vari Stati membri dell'Unione Europea[707]. Differenze di discipline, queste, che spesso determinano un ostacolo importante alla cooperazione efficiente ed efficace nella lotta alla criminalità transnazionale.

---

[706] La costante ricerca di una disciplina che sia il più garantista ed efficace al tempo stesso è dimostrata dagli innumerevoli interventi normativi in materia. Da ultimo, prendendo ad esempio l'Italia, la disciplina delle intercettazioni è appena stata riformata. Si veda la Riforma Orlando, cit.

[707] Si pensi alle problematiche generate dai motivi di rifiuto e dalle disposizioni sull'utilizzabilità delle intercettazioni poste in essere a seguito di ordine europeo di indagine di cui si è avuto modo di parlare nel capitolo precedente.

Questioni ancora più delicate emergono allorché si parli dell'utilizzo dell'intercettazione non quale mezzo di ricerca della prova, bensì quale mezzo di prevenzione dei reati.

Occorre chiederci, infatti, in che termini ed entro quali confini l'intercettazione sia impiegabile anche *ante delictum*, con la funzione di neutralizzare futuri comportamenti criminosi[708].

V. 2.2.2 Le intercettazioni preventive

Il contrasto a fenomeni di tale portata qual è quello del terrorismo, hanno determinato l'esigenza di interventi normativi spesso dettati dalla necessità di approntare strumenti adeguati al repentino stato di emergenza[709].

Spesso l'Unione Europea ha optato per strumenti propri del procedimento penale - anche nel senso di essere finalisticamente orientati all'accertamento della responsabilità - per obiettivi di prevenzione e, pertanto, allo scopo di impedire la possibile realizzazione di determinate tipologie di illeciti.

Ciò, con il rischio di un'involuzione politico-criminale non solo che si focalizzi sugli autori più che sui fatti ma, inoltre, che trasformi i mezzi di accertamento in strumenti di lotta ancor prima che contro il singolo terrorista,in generale contro il terrorismo come fenomeno[710].

La domanda che occorre porsi, anche questa volta, è entro quali limiti si possa ammettere una compressione dei diritti fondamentali. Entro quali limiti, dinanzi ad esigenze di contrasto a gravi forme di criminalità transnazionale, si possa ritenere giustificato un così importante abbassamento delle garanzie.

La compatibilità astratta dell'istituto delle intercettazioni *ante delictum* con il dettato dell'art. 15 Cost. è stata affermata dalla Corte costituzionale

[708] MENGONI, *Commento all'art. 4 del d.l. 2005*, in www.csm.it/circolari/050727_T.pdf. "Con l'avvento del c.p.p. vigente, la disciplina delle intercettazioni preventive appariva cancellata dal sistema, perché ritenuta tanto di dubbia legittimità costituzionale, quanto – e soprattutto – ampiamente superata dalle regole del nuovo codice e dalle sue più profonde ragioni ispiratrici".
[709] B. AGOSTINI, *La disciplina delle intercettazioni preventive nel sistema antiterrorismo*, in Diritto Penale Contemporaneo, 2017, 1, 142.
[710] B. AGOSTINI, *La disciplina delle intercettazioni preventive nel sistema antiterrorismo*, cit. 142 ss. Si veda anche P. PAULESU, *Contrasto al terrorismo e presunzione di non colpevolezza*, in Riv. Dir. Proc., 2008, 628.

sotto la vigenza del vecchio codice là dove ha riconosciuto che "nel precetto costituzionale trovano [...] protezione due distinti interessi: quello inerente alla libertà ed alla segretezza delle comunicazioni, riconosciuto come connaturale ai diritti della personalità definiti inviolabili dall'art. 2 Cost., e quello connesso all'esigenza di prevenire e reprimere i reati, vale a dire ad un bene anch'esso oggetto di protezione costituzionale [...] Nel compiere la valutazione [inerente all'autorizzazione] il giudice deve tendere al contemperamento dei due interessi costituzionali protetti onde impedire che il diritto alla riservatezzadelle comunicazioni telefoniche venga ad essere sproporzionatamente sacrificato dalla necessità di garantire una efficace repressione degli illeciti penali"[711].

Analizzando la disciplina prevista dall'ordinamento italiano, l'art. 226 disp. att. c.p.p. (come sostituito dal d.l. antiterrorismo n. 374/2001) consente intercettazioni preventive, anche per via telematica o ambientali (anche in abitazioni o altri luoghi di privata dimora) allorquando le stesse siano necessarie per acquisire le notizie concernenti la prevenzione dei gravi delitti dicui all'art. 51, comma 3 *bis* (associazione mafiosa o finalizzata al traffico di stupefacenti, strage, sequestro di persona a scopo di estorsione, ecc.) e 407, comma 2, lett. a), n. 4 (terrorismo, anche internazionale) c.p.p..

Da ultimo, il d.l. n. 7/2015 è nuovamente intervenuto sull'art. 226 disp. att. c.p.p. inserendo i delitti tentati o consumati con finalità di terrorismo di cui all'art. 51 comma 3 *quater* c.p.p., commessi mediante l'impiego di tecnologie informatiche o telematiche.

Tale disposizione è rappresentativa dell'obiettivo, fatto proprio dal legislatore, di intervenire sul fenomeno riconducibile a quei soggetti che non appartengono *ab origine* ad una organizzazione terrorista, ma si convertono alla causa avvalendosi di strumenti informatici per organizzare i propri attacchi[712].

---

[711] Cfr. Corte Cost., 6 aprile 1973, n. 34.

[712] Si rimanda a quanto detto in precedenza con riferimento alle politiche della strategia antiterrorista ed, in particolare all'*Europol's Internet Referral Unit to combat terrorist and violent extremist propaganda* ossia all'istituzione di un'unità dedicata a ridurre il livello e l'impatto del terrorista e la propaganda estremista violenta su internet. Si veda in proposito

La limitazione alle fattispecie che presuppongono l'impiego distrumenti informatici deve essere letta alla luce della necessità di rispettare il principio di proporzionalità nelle limitazioni a diritti costituzionalmente tutelati, come la riservatezza delle comunicazioni, e, soprattutto, è giustificata dall'obiettivo di neutralizzare i principali strumenti attraverso i quali i terroristi compiono le proprie attività di proselitismo.

La normativa italiana prevede che il Ministro dell'interno o, su sua delega, i responsabili dei servizi centrali, il questore o il comandante provinciale dei carabinieri e della guardia di finanza, possano avanzare la richiesta di autorizzazione alle intercettazioni preventive al Procuratore della Repubblica presso il tribunale del capoluogo del distretto in cui si trova il soggetto da sottoporre a controllo ovvero, nel caso in cui questo non sia determinabile, del distretto in cui sono emerse le esigenze di prevenzione, tutte le volte il cui lo ritengano necessario per l'acquisizione di notizie concernenti la prevenzione di delitti di cui agli artt. 407, comma 2, lett. *a*) e 51, comma 3 *bis*, c.p.p..

Il Procuratore della Repubblica potrà autorizzare, con decreto motivato, le intercettazioni preventive solo allorché riscontri la sussistenza di elementi investigativi che giustificano l'attività di prevenzione e lo ritenga necessario.

Occorre subito soffermare l'attenzione su tale previsione interrogandosi sul grado di consistenza della prognosi derivante dagli elementi raccolti per

---

https://www.europol.europa.eu/newsroom/news/europol%E2%80%99s-internet-referral-unit-to-combat-terrorist-and-violent-extremist-propaganda. Nonché si consultino le Conclusioni del Consiglio europeo sulla sicurezza e la difesa del 22 giugno 2017 reperibili all'indirizzo http://www.consilium.europa.eu/it/press/press-releases/2017/06/22/euco-security-defence/ in cui il Consiglio affronta espressamente il tema dell'utilizzo di internet da parte delle associazioni terroriste. L'utilizzo delle armi informatiche, tuttavia, non si esaurisce nella propaganda e nella diffusione di contenuti estremisti, bensì nell'uso concreto di strumenti informatici per preparare e/o commettere gli attentati terroristici. A questo proposito è imprescindibile effettuare un rimando alle moderne legislazioni che si avvalgono degli strumenti investigativi tecnologici (tra le prime, la Spagna) che, come si è avuto già modo di vedere, costituiscono oggi l'unico mezzo efficace ad un contrasto vero e proprio dell'utilizzo delle armi informatiche da parte della criminalità transnazionale.

poter considerare sussistente un'esigenza di prevenzione[713].

Una tale indeterminatezza, infatti, oltre a vanificare il ruolo di autorizzazione e controllo dell'autorità giudiziaria, preclude la possibilità di verificare il rispetto del principio di proporzionalità di tali misure, nonché di individuare il legame tra gravità del fatto temuto e importanza del bene giuridico sottoposto a compressione; legame che dovrebbe essere presidiato, a monte, dal principio di legalità.

È, infatti, compito del legislatore, quello di risolvere il conflitto tra le esigenze di sicurezza collettiva e la libertà dei singoli, facendo si che l'utilizzo di determinati poteri investigativi sia precisamente limitato ai casi in cui sia prevedibile l'esistenza di un pericolo sufficientemente specifico per gli interessi e i diritti oggetto di bilanciamento[714].

Premesse tali perplessità e procedendo nell'analisi della disciplina, una volta autorizzate, le operazioni avranno una durata di quaranta giorni, prorogabili per ulteriori venti, nel caso in cui le ragioni giustificative di cui si è appena detto, dovessero permanere per la durata dell'intero periodo.

Delle operazioni effettuate dovrà essere, poi, redatto un verbale sintetico il quale, insieme ai supporti utilizzati per le operazioni, sarà depositato entro cinque giorni[715], presso la segreteria del procuratore che ha autorizzato le captazioni affinché lo stesso possa valutarne la conformità all'autorizzazione e disporne la successiva, immediata, distruzione.

A tal proposito, il d.l. del 2015 sopra citato ha inserito un comma 3 *bis* all'art. 226 disp. att. c.p.p., che prevede una deroga all'obbligo di immediata distruzione dei dati acquisiti, su autorizzazione del procuratore competente, quando gli stessi risultino indispensabili per la prosecuzione dell'attività investigativa, per una durata massima di ventiquattro mesi.

La natura completamente differente delle intercettazioni preventive rispetto a quelle tipicamente conosciute come mezzo di ricerca della prova emerge dall'esplicita previsione, al comma 5 dell'articolo, che gli elementi

[713] Cfr. sul punto, G. GARUTI, *Le intercettazioni preventive nella lotta al terrorismo internazionale*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2005, 12.

[714] B. AGOSTINI, *La disciplina delle intercettazioni preventive nel sistema antiterrorismo*, cit.

[715] O dieci, nel caso in cui vi siano esigenze di traduzione delle comunicazioni.

acquisiti non possano essere utilizzati in un processo penale "fatti salvi i fini investigativi", né le notizie apprese tramite lo svolgimento di tali operazioni, potranno mai essere menzionate in alcun atto di indagine o costituire oggetto di deposizione.

Tale previsione, sottolinea l'esigenza di delimitare i confini tra attività di prevenzione e attività di repressione, al fine di contenere il pericolo di manipolazione di tali strumenti da parte degli organi inquirenti.

Pericolo accentuato dal fatto che il soggetto titolare del potere di autorizzazione delle intercettazioni, in questo caso, è proprio il pubblico ministero.

Lo stesso pubblico ministero che, in un secondo momento, riceverà il verbale delle operazioni svolte e, quindi, dei contenuti intercettati al fine di verificare la conformità delle attività compiute all'autorizzazione resa e disporne la conseguente immediata distruzione.

È evidente, quindi, l'assoluta necessità che le due attività di intercettazione non vengano neanche lontanamente accomunate e che quelle svolte prima della commissione del delitto confluiscano tra le attività di intelligence volte proprio a prevenire o, quantomeno, contenere la commissione di attività delittuose. Da tale natura discende, infatti, la preclusione a che i risultati emersi da queste operazioni possano, in alcun modo, confluire all'interno del procedimento penale.

V. 2.3. I captatori informatici e il loro utilizzo

Come si è avuto modo di anticipare nelle pagine che precedono, il progresso tecnologico e informatico si è reso portatore di sempre più preziose risorse per gli organi deputati al contrasto alla criminalità, specie alla luce dell'ormai costante ricorso alle tecnologie informatiche da parte della criminalità organizzata e del terrorismo. L'utilizzo criminale su un piano trasversale, delle tecnologie ha, conseguentemente, indotto i governi nazionali ad attuare una stretta cooperazione giudiziaria a livello internazionale, basata anche su un'armonizzazione delle normative interne che contemplasse strumenti specificamente mirati al contrasto di tali forme di criminalità.

È proprio in quest'orientamento che si colloca l'utilizzo del c.d. captatore informatico nel suo essere strumento di contrasto delle forme più gravi di criminalità tra cui, senza dubbio, va ricondotto il terrorismo.

La necessità di ricorrere a strumenti tecnici innovativi per combattere il crimine organizzato, in particolare quello di matrice terroristica, è esigenza percepita uniformemente sia all'interno, che all'esterno dei confini dell'Unione Europea; ciò anche in ragione del già rilevato largo uso criminale che tali organizzazioni fanno delle armi informatiche. Spesso, infatti, lo strumento tecnico informatico costituisce l'unico modo per penetrare all'interno di alcuni fortini, ben difesi e accuratamente celati dalle organizzazioni criminali.

In particolare, l'Europa ha dovuto fare propria la sfida che vede contrapposte, da un lato l'efficacia di tali tecnologie invasive nel contrasto a gravi delitti e, dall'altro, la tradizionale salvaguardia delle libertà fondamentali, patrimonio ineludibile della cultura giuridica occidentale.

Ciò emerge con chiarezza dalle Conclusioni del Consiglio del 27 novembre 2008 (dettate in funzione di una strategia di lavoro concertata e di misure pratiche di lotta alla criminalità informatica in un'ottica di contrasto al carattere transnazionale dei reati commessi a mezzo Internet), con le quali si invitavano espressamente gli Stati membri ad agevolare la perquisizione a distanza, al fine di consentire ai servizi investigativi dei diversi Stati di accedere rapidamente alle informazioni e, quindi, ai sistemi informatici, ovunque localizzati, pertanto anche al di fuori dei naturali confini della giurisdizione di uno Stato.

Tale politica emerse, proprio, dalla considerazione che le organizzazioni criminali avessero progressivamente ampliato il proprio raggio d'azione su scala internazionale, anche grazie all'utilizzo delle nuovetecnologie che hanno permesso, tra le altre cose, una semplificazione delle attività di proselitismo e addestramento, nonché alleanze con gruppi criminali di altri Paesi[716].

---

[716] Cfr. considerando b) della Risoluzione del Parlamento europeo, del 23 ottobre 2013 sulla criminalità organizzata, la corruzione e il riciclaggio di denaro: raccomandazioni in merito ad azioni e iniziative da intraprendere (relazione finale) (2013/2107(INI)).

È di estrema evidenza la necessità che gli organi deputati allo svolgimento delle indagini siano dotati degli strumenti tecnici più all'avanguardia e di regole chiare e puntuali per il loro utilizzo; infatti, il contrasto all'impiego criminoso di tecnologie sempre più sofisticate non può che avvenire attraverso un'adeguata risposta "tecnologica" da parte delle autorità.

A ciò consegue l'esigenza di una sinergia tra il mondo tecnico-informatico e quello del diritto, poiché quest'ultimo ha il delicato compito di aggiornare, attraverso l'evoluzione legislativa (e giurisprudenziale) le tradizionali categorie concettuali, così da garantire un corretto bilanciamento degli interessi in gioco. Proprio in tal senso si era già espressa, nel 2001, la Convenzione sul *cybercrime* del Consiglio d'Europa, siglata a Budapest il 23 novembre, la quale aveva disegnato una nutrita serie di reati informatici e fissato i requisiti minimi procedurali atti a garantire la dignità della persona[717].

Vengono in considerazione, le svariate funzionalità che il captatore informatico fornisce agli organi inquirenti nello svolgimento delle indagini. Come la giurisprudenza ha avuto modo di evidenziare[718], con uno strumento di tali potenzialità è possibile svolgere un'eterogenea congerie di attività tipiche e atipiche di indagine, tutte intrusive delle libertà del soggetto destinatario poiché eziologicamente volte a sorvegliare atti e momenti della sua vita. Le attività che possono essere poste in essere con questo tipo di congegno consistono: nell'attivazione del microfono, così da poter intercettare le comunicazioni

[717] A. MATTARELLA, *Il cybercrime nell'ordinamento italiano e le nuove prospettive dell'Unione Europea e delle Nazioni Unite*, in Dir. pen. proc., 2022, 6, p. 809 ss.; P. ANNICCHINO, *(In)sicurezza dei dati, contromisure e attività di contrasto alla criminalità informatica*, in Dir. Pen. proc., Speciale Cybercrime, 2022, 9, p. 1155 ss.; M. DANIELE, *Ordine Europeo di Indagine Penale e comunicazioni criptate; il caso Sky ECC/Encrochat in attesa delle Sezioni Unite*, in *Sist. Pen*. (web) 11 dicembre 2023.

[718] Cass., Sez. Un., 1° luglio 2016, n. 26889, Scurato cit..; Sempre sul tema da pag. 25 dell'ord. di rimessione, Corte di Cass. ord. 15 gennaio 2024 n°2329 Sez. VI. La Corte di Cass. a Sez. Un. ha reso le informazioni provvisorie nella camera di consiglio del 29 febbraio 2024, sulle questioni sollevate con le ord. di rimessione n. 47798/2023 della III Sez. Pen. in data 30/11/2023 e n. 2039/2024 della VI Sez. Pen. del 18/01/2024, sui temi dell'esecuzione dell'OEI. La Corte di Cass., condividendo, ha così ritenuto: "1) *il trasferimento all'Autorità giudiziaria italiana, in esecuzione di un OEI, del contenuto di comunicazioni effettuate attraverso criptofonini e già acquisite e decrittate dall'Autorità giudiziaria estera in un proprio procedimento, rientra nell'acquisizione di atti di un procedimento penale che, a seconda della loro natura, trova alternativamente il suo fondamento negli artt. 78 disp. att. cod. proc. pen., 238, 270 cod. proc. pen. e, in quanto tale, rispetta l'art. 6 della Direttiva 2014/41/UE*; 2) *un tale trasferimento non dev'essere oggetto di verifica giurisdizionale preventiva della sua legittimità nello Stato di emissione dell'OEI, rientrando nei poteri del pubblico ministero acquisire gli atti di altro procedimento penale*; 3) *l'utilizzabilità degli esiti investigativi acquisiti tramite OEI è soggetta al vaglio giurisdizionale nello Stato di emissione essendo necessario che la pertinente Autorità giurisdizionale verifichi il rispetto dei diritti fondamentali, comprensivi del diritto di difesa e del giusto processo*"; F. NICOLICCHIA, *a passi incerti nel solco di categorie evanescenti: riflessioni a partire dalla querelle giurisprudenziale sull'acquisizione di messaggistica criptata all'estero*, in Sist. Pen. (web) 27 febbraio 2024; S. RAGAZZI-F. SPIEZIA, *decifrare, acquisire e utilizzare le comunicazioni criptate in uso alla criminalità organizzata: uno sguardo europeo in attesa del count-down italiano*, in Sist. Pen. (web) 26 febbraio 2024.

che avvengono tra i presenti nella portata del raggio del dispositivo *target*; nell'accensione della *webcam*, con la possibilità di realizzare video o scattare fotografie o, anche, semplicemente sorvegliare attraverso l'occhio della telecamera; nella captazione del traffico di dati relativo alla navigazione o alla posta elettronica (*web mail* e *out look*).

Non solo.

Con l'installazione di un sistema di captazione di questo tipo, può essere altresì possibile prendere visione di tutto ciò che appare sullo schermo (*screenshot*) e che viene digitato sulla tastiera (*keylogger*), nonché, addirittura, permettere la perquisizione dell'intero contenuto dell'*hard disk* e la conseguente estrazione di copia[719].

L'installazione del *software* viene permessa tramite l'utilizzo di un *server,* che invia quelle che vengono comunemente chiamate "esche" come, ad esempio, *sms*, *e-mail* o programmi di aggiornamento, grazie alle quali infetta il dispositivo permettendone il controllo da remoto.

Diversamente è anche possibile procedere tramite l'iniezione di un virus informatico direttamente e fisicamente sull'*hardware* del bersaglio[720].

Questa seconda modalità ha destato non poche perplessità e acceso un profondo dibattito in particolare su tre distinti profili: l'individuazione dei soggetti abilitati e abilitabili all'inoculazione del virus; la tipologia di virus utilizzabile e le ricadute in termini di bilanciamento dei diritti e garanzie del soggetto "captato"; il controllo giudiziario sullo strumento del captatore informatico[721].

[719] Per questo motivo, gran parte della dottrina italiana ha avuto difficoltà a inquadrare lo strumento all'interno di mezzi di ricerca già conosciuti dal nostro codice. Sul punto si veda L. FILIPPI., *L'ispe-perqui-intercettazione itinerante: le Sezioni unite azzeccano la diagnosi ma sbagliano la terapia*, in Il Penalista, 6 settembre 2016. É, tuttavia, anche a strumenti come il captatore informatico che fa riferimento anche la Direttiva O.E.I. quando, all'art. 28 disciplina i cc.dd. "atti di indagine che implicano l'acquisizione di elementi di prova in tempo reale, in modo continuo e per un periodo determinato".

[720] A. TESTAGUZZA, *Digital forensics*. *Informatica giuridica e processo penale*, Padova, Cedam, 2015, 84. CUOMO, *La prova digitale, in Prova scientifica e processo penale*, a cura di Canzio, Luparia, Milano, 2022, 663 ss.; F. DINACCI, *I modi acquisitivi della messaggistica chat o e-mail: verso letture rispettose dei principi,* in Arch. Pen. (rivista web) 2024, 1 e ss.

[721] P. FELICIONI, *L'acquisizione da remoto di dati digitale nel procedimento penale,* in Processo Penale e Giustizia, 2016, 5.

Tipologia e qualità del programma installato si ripercuotono, infatti, direttamente sull'attendibilità del risultato d'indagine.

Una volta inserito il *virus* si passa alla fase della trasmissione dei dati dal dispositivo infettato a quello degli organi inquirenti tramite un sistema *client* che consente di monitorare e catturare tutto ciò che avviene durante l'utilizzo del dispositivo.

Nella fase di trasmissione deve essere garantita la sussistenza di modalità che permettano di mantenere inalterati i dati lungo l'*iter* che va dall'acquisizione del dato al suo utilizzo in dibattimento, al fine di assicurarne la genuinità e, quindi, l'attendibilità.

Ebbene, l'ampiezza del dibattito sviluppatosi negli ultimi tempi in merito all'utilizzo dei cosiddetti *virus trojan* ha condotto il legislatore italiano ad aggiungere, nel corso dei lavori preparatori della Riforma Orlando, un ampio principio direttivo, sancito al comma 84, lett. e), con cui si è delegato il Governo a disciplinare la complessa problematica delle intercettazioni di comunicazioni o conversazioni tra presenti mediante immissione di captatori informatici all'interno di dispositivi elettronici portatili. Dibattito ulteriormente incrementatosi alla luce dei moniti che una parte autorevole della dottrina ha mosso al legislatore, dopo la pronuncia da parte delle Sezioni Unite sul caso Scurato, già analizzato, affinché intervenisse con specifiche disposizioni volte a garantire l'adeguato bilanciamento con i principi costituzionali e convenzionali posti a tutela di quei diritti fondamentali potenzialmente comprimibili dalla marcata insidiosità di questo strumento tecnico.

La citata pronuncia della Suprema Corte, difatti, piuttosto che segnare il definitivo superamento dei problemi interpretativi sull'ammissibilità delle intercettazioni per mezzo del c.d. "captatore informatico", ha suscitato importanti preoccupazioni per gli operatori del diritto facendo emergere, da un lato, nuove questioni applicative, quali il pericolo di strumentalizzazione del delitto terroristico o associativo ai fini della legittimità dell'utilizzo dello strumento informatico o la difficoltà di qualificare l'uso che viene fatto del *virus trojan* nella specifica indagine e determinando, dall'altro, un poco avvertito lascia passare a uno strumento (quanto mai invasivo) senza una disciplina

giuridica che ne regoli e, soprattutto, ne limiti l'utilizzo nel dettaglio[722].

Si sottolinea, peraltro, che la stessa Direttiva OEI si presta a ricomprendere tra i possibili atti di indagine anche le misure di *electronic surveillance* all'interno dell'art. 28 rubricato, appunto, "atti di indagine che implicano l'acquisizione di elementi di prova in tempo reale, in modo continuo e per un periodo determinato".

Tuttavia, il legislatore italiano, al momento della sua trasposizione, non avendo ancora raggiunto l'emanazione di una disciplina in materia[723], non ha potuto attuare la parte in cui la Direttiva prevede la disciplina di tali strumenti investigativi[724].

Tale circostanza comporterà, pertanto, un ostacolo in tutti quei casi in

---

[722] Cfr. F. LAI, *L'utilizzo del captatore informatico tra lotta alla criminalità e tutela della privacy. Uno sguardo alle esperienze straniere*, in *Il Penalista*, 25 settembre 2017.

[723] La disciplina di recente approvazione poc'anzi citata comprende anche la regolamentazione del captatore informatico. Tuttavia, così come attualmente formulato, non sembrerebbe risolvere i problemi generati dalla Sentenza Scurato. Il legislatore delegato, infatti, ha previsto che l'utilizzo di strumenti di captazione come quelli analizzati, sia consentito per l'intercettazione in ambito domiciliare nelle sole ipotesi in cui si proceda per delitti di criminalità organizzata o di terrorismo. Al di fuori di tali reati, l'uso di tale mezzo in ambito domiciliare viene limitato alle ipotesi di svolgimento in atto, in tale luogo, di attività criminosa. L'attivazione del microfono, peraltro, al contrario di quanto si prospettava, può avvenire solo in conseguenza di apposito comando inviato da remoto e non con il solo inserimento del captatore informatico, nel rispetto dei limiti stabiliti in un decreto autorizzativo del giudice (esattamente come accade per le intercettazioni). L'unica captazione permessa pare esserequindi, quella delle comunicazioni, rimanendo escluse dalla disciplina tutte le ulteriori attività che sarebbero astrattamente possibili tramite l'utilizzo di tale strumento tecnologico. Infine, sebbene in termini generali, dovuti dalla trattazione dell'argomento, al giudice è richiesto di motivare, quando non si tratti di delitti di criminalità organizzata o terrorismo, sulle ragioni della modalità di intercettazione prescelta e indicare gli ambienti in cui la stessa debba avvenire, secondo un progetto investigativo che implica l'individuazione dei luoghi in cui si sposterà il dispositivo mobile controllato. Per la disciplina dettagliata e definitiva dobbiamo, quindi, aspettare la conclusione dell'iter legislativo.

[724] Al contrario dell'Italia, altri Paesi europei anche nostri vicini quali la Francia, la Germania e la Spagna, si sono dotati, già da tempo, di una puntuale disciplina in materia. Sul punto si vedano: W. ABEL, *La decisione della Corte costituzionale tedesca sul diritto alla riservatezza ed integrità dei sistemi tecnologici d'informazione - un rapporto sul caso BVerfGE, NJW 2008*,in www.jei.it.; R. FLOR, *Brevi riflessioni a margine della sentenza del Bundesverfassungsgericht sulla c.d. online durchsuchung* cit.; M. TORRE, *Il captatore informatico. Nuove tecnologie investigative e rispetto delle regole processuali*, cit..

cui venga richiesto questo specifico atto investigativo, con evidenti ripercussioni sull'efficacia della cooperazione tra Stati.

Stesse considerazioni non possono farsi per la Spagna.

Dando uno sguardo all'esperienza spagnola in materia, infatti, la citata *Ley Organica* n. 13 del 2015, inserendo all'interno della LECRIM un nuovo Capitolo IX nel quadro di rafforzamento delle garanzie processuali[725] e della regolamentazione degli strumenti di investigazione tecnologica, ha disciplinato all'interno dell'art. 588 *septies* a.) i presupposti per l'utilizzo dei c.d. *registros remotos sobre equipos informaticos* facendo riferimento all'uso di dati identificativi o codici o all'installazione di particolari software (ad esempio, utilizzando un *malware* o un *virus Trojan*), che consentono telematicamente ed in remoto un esame a distanza e all'insaputa del proprietario (o utente) del contenuto di un computer, dispositivo elettronico, nonché di un sistema informatico di archiviazione di massa.

Tali attività vengono consentite allorquando si tratti di indagini volte alla persecuzione di uno dei reati tassativamente elencati all'interno dell'articolo tra cui ritroviamo anche idelitti di terrorismo.

Tale metodo di intercettazioni è stato guardato e attuato con estrema cautela anche in Spagna in ragione dell'evidente restrizione che avrebbe potuto comportare del diritto fondamentale alla *privacy* personale e familiare sancito e garantito dall'articolo 18 della Costituzione spagnola che afferma proprio che "la legge deve limitare l'uso del computer per garantire l'onore e la *privacy* personale e familiare dei cittadini e il pieno esercizio dei loro diritti".

Ciò significa che l'uso di tali strumenti deve essere fatto con una certa diligenza e, quindi, dovrebbe essere limitato alle indagini relative ai crimini di natura più grave in modo tale da vedere rispettato il principio di proporzionalità[726].

---

[725] Interessante commento è offerto da J.L. GONZÁLEZ-MONTES SÁNCHEZ, *Reflexiones sobre el proyecto de ley orgánica de modificación de la LECRIM para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológicas*, cit.

[726] Ancora J.L. GONZÁLEZ-MONTES SÁNCHEZ*, Reflexiones sobre el proyecto de ley orgánica de modificación de la LECRIM para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológicas,* cit., 39 - 41.

Tale principio richiede, infatti, che l'uso di uno strumento tanto invasivo come quello del captatore informatico possa essere legittimato solo a fronte di un fine costituzionalmente legittimo e solo se il diritto costituzionalmente garantito viene "limitato" nella misura strettamente necessaria per realizzare quel fine senza che si determinino sacrifici eccessivi o superflui di diritti fondamentali.

Il requisito necessario di proporzionalità richiede, anche alla stregua di quanto si è avuto modo di vedere relativamente all'ordine europeo di indagine, la sussistenza di un obiettivo costituzionalmente legittimo, una motivazione giudiziaria alla base del provvedimento autorizzativo completa e coerente, una limitazione temporanea delle operazioni, che la misura limitativa dei diritti fondamentali sia posta in essere in relazione all'indagine di un reato concreto e, infine, che i dati svelati mediante la restrizione del diritto fondamentale siano non solo rilevanti ma assolutamente necessari per l'indagine del reato e che l'ingerenza sia mezzo adeguato per ottenere tale conoscenza nonché l'unico possibile per realizzarla[727].

L'ultima riforma avvenuta con la LO del 2015 sembrerebbe calibrata sulla base delle direttive più volte offerte dalla Corte Edu con riferimento all'art. 8 CEDU che prevedono che l'ingerenza dello Stato nella vita privata del soggetto privato possa essere giustificata solo quando tale ingerenza sia prevista dalla legge (requisito di legalità), quando la sua finalità sia legittima (requisito della legittimità del fine) e quando questa misura sia necessaria per l'ottenimento del risultato (requisito della necessità).

Ebbene, ai sensi dell'art. 588 *bis* della LECRIM l'adozione di una tale misura deve necessariamente essere autorizzata da un giudice e tale autorizzazione deve specificare (*ex* art. 588 *septies* a) c.2): i computer, dispositivi elettronici,

[727] Cfr. F. LAI, *L'utilizzo del captatore informatico tra lotta alla criminalità e tutela della privacy. Uno sguardo alle esperienze straniere* cit. Tali condizioni generali, peraltro, vengono sancite già dall'art. 588 *bis* della *Ley* che precisa che "*Durante la instrucción de las causas se podrá acordar alguna de las medidas de investigación reguladas en el presente capítulo siempre que medie autorización judicial dictada con plena sujeción a los principios de especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad de la medida".*

sistemi informatici o parte di essi, dati informatici o database, dati o altri contenuti digitali oggetto della misura; l'ambito di applicazione della misura, il modo di accesso e grippaggio di dati o degli archivi informatici rilevanti per la causa e il software che permetterà l'esecuzione del controllo delle informazioni; gli agenti autorizzati per l'esecuzione della misura; l'autorizzazione per la realizzazione e la conservazione di copie dei dati informatici; le misure precise per la conservazione dell'integrità dei dati memorizzati, così come l'inaccessibilità o cancellazione di tali dati del sistema informatico cui si ha avuto accesso.

Per altro verso, nel caso in cui gli agenti che effettuano tali operazioni abbiano motivo di ritenere che i dati interessati sono memorizzati su un computer diverso o in un'altra parte dello stesso, possono richiedere al giudice una proroga dei termini di registrazione (art. 588*septies* a) c. 3 LECRIM) tenendo presente che l'art. 588 *septies* c) LECRIM prevede che la lunghezza massima delle operazioni sia di un mese e possa essere prorogata per periodi fino a tre mesi.

Infine, la completezza della disciplina è data anche dalla comprensione della previsione di una serie di doveri di cooperazione all'art. 588 *septies* b) LECRIM volti a facilitare gli agenti incaricati delle indagini nell'attuazione della misura e nell'accesso al sistema nonché affinché dati e informazioni raccolte possano essere soggette ad analisi e visualizzazione.

Allo stesso modo,le autorità e i funzionari responsabili per l'indagine possono ordinare a qualsiasi persona che conosce il funzionamento del sistema informatico o le misure applicate di proteggere i dati contenuti nel computer che forniscono informazioni necessarie per il buon fine delle operazioni[728].

Tralasciando alcune perplessità che possono nascere da una più attenta analisi della disciplina[729], si può affermare che la Spagna abbia optato per una

[728] Tali soggetti, tenuti a fornire collaborazione, sono obbligati al segreto sulle attività che sono loro richieste. Cfr. art. 588 *septies* b) c. 3.

[729] Quale, ad esempio, quella legata all'inclusione nell'elencazione dei reati previsti dall'art. 588 *septies* a.) LECRIM quale presupposto per l'utilizzo dei c.d. *registros remotos sobreequipos informaticos* dei crimini conosciuti sotto l'etichetta di *cybercrime* rientrando in tali reati anche

disciplina che, da un lato, garantisse la tutela di beni primordiali qual è la sicurezza nazionale e, dall'altro, prevedesse opportune limitazioni volte a salvaguardia di diritti fondamentali dell'individuo riconosciuti e garantiti dalla Costituzione.

L'esigenza di contrastare fenomeni criminosi gravi quali il terrorismo, tramite strumenti di tale invasività, infatti, è certamente da considerarsi legittima, ma solo nella misura in cui è proporzionata allo scopo che si persegue in una società democratica e, quindi, solo nella misura in cui gli interessi pubblici in gioco siano ben ponderati.

La consapevolezza della necessità dell'utilizzo di tali strumenti, infatti, non può consentire di rinnegare la necessità di un bilanciamento essenziale con altri valori fondamentali delle nostre società.

Il minimo comune denominatore pare essere, ancora una volta, il principio di proporzionalità, il quale deve fungere da guida per i legislatori nazionali nel predisporre una disciplina della materia sufficientemente garantista che possa essere facilmente conciliata con le altre discipline proprie dei diversi Stati membri.

V. 3 Considerazioni conclusive in riferimento all'attuazione dell'ordine europeo di indagine penale.

Nel corso delle riflessioni che precedono abbiamo avuto modo di collegare le dinamiche evolutive della criminalità a quelle proprie della società, della sua dimensione globale e tecnologica.

Abbiamo, pertanto, accennato all'esigenza degli operatori di conoscere e comprendere tali cambiamenti per adeguare gli strumenti di tutela preventiva e di contrasto alle "*nuove dinamiche*" indotte da tale evoluzione.

La crescita e lo sviluppo delle nuove forme di criminalità e, soprattutto, di nuove manifestazioni della criminalità terroristica, hanno stimolato una riflessione sul

---

crimini che non rivestono una gravità tale da giustificare, sempre alla luce del principio di proporzionalità, l'utilizzo di uno strumento così invasivo e determinante una tanto importante restrizione di diritti fondamentali dell'individuo.

processo penale e sull'adeguatezza dei suoi strumenti allo stato attuale come i *criptofonini* di cui si dirà in seguito.
Allarme generato, in particolar modo, dall'evidenza che le azioni svolte secondo sistemi, strumenti e canoni tradizionali, con metodi di ricerca conosciuti, si sta rivelando insufficiente e impari nel combattere la criminalità moderna.

Incombe, pertanto, la necessità costante dell'istituzione di norme procedurali che siano compatibili con l'evoluzione della criminalità e che rispettino sempre più il bilanciamento tra diritti e garanzie fondamentali dei soggetti coinvolti.

È emersa, quindi, la necessità, di incorporare nei sistemi giuridici appartenenti ai diversi Paesi dell'Unione (*oltre che, più in generale, su tutto il territorio internazionale*) discipline che permettano di raggiungere, per quanto possibile, uno standard di uguaglianza in termini di contrasto alle azioni delle organizzazioni criminali.

Gli atti vincolanti dell'Unione Europea, in effetti, già offrono agli Stati membri numerosi strumenti di cooperazione giudiziaria e di polizia in materia, che possono rivestire un'importanza centrale nelle indagini di terrorismo, rendendole più celeri, snelle e proficue, nonché favorendo l'azione sinergica di tutte le autorità nazionali di coinvolte.

É pur vero, tuttavia, che il quadro generale dei meccanismi di scambio investigativo nella lotta al terrorismo esistente nell'ordinamento europeo, è destinato a mutare profondamente a seguito dell'introduzione dell'ordine europeo di indagine.

La Direttiva 2014/41/UE sull'ordine europeo d'indagine e, ancor di più, la sua attuazione puntuale nei vari Stati membri, dovrebbe, infatti, rafforzare ulteriormente la cooperazione nel contrasto al terrorismo sotto il profilo dello scambio di informazioni e di qualsiasi altro elemento dotato di rilevanza probatoria, alla luce del probabile abbandono del sistema delle rogatorie, a

favore del principio del mutuo riconoscimento dei provvedimenti in materia di prove[730]. Si tratterà, a ben vedere, di un cambiamento radicale nello scambio investigativo e informativo rispetto al modello della Decisione 2005/671/GAI, la quale genericamente si riferiva allo scambio di "oggetti" raccolti durante le indagini.

Il meccanismo agevolato dato dal mutuo riconoscimento, introdotto con l'OEI, infatti, permette che le autorità nazionali possano cooperare con riferimento a tutte le attività di ricerca e acquisizione della prova e, soprattutto, in tutte le fasi del procedimento penale, sia per quanto riguarda le prove precostituite, sia per quanto attiene alle prove costituende[731]. Anche sull'ordine europeo d'indagine, come si è avuto modo di vedere,vi sono luci ed ombre, specialmente con riferimento a tutte le questioni che derivano dalla circostanza, di non poco conto, dell'esistenza di diversi regimidi acquisizione e utilizzabilità delle prove vigenti all'interno di ogni Stato membro.

È pur vero che la disciplina dell'O.E.I., come si è avuto modo di vedere, permette allo Stato di emissione la facoltà di adottare mezzi alternativi di esecuzione dell'OEI, conformi alla propria legislazione interna, ma questo non rassicura al cento per cento rispetto ai timori legati agli ostacoli per una rapida ed efficace collaborazione tra Stati, che possano derivare da prassi distorte.

In aggiunta, rispetto ai procedimenti relativi ai reati di terrorismo, si pone la questione dello spazio applicativo della cd. clausola di non esecuzione, contemplata dall'art. 11 della Direttiva O.E.I., in forza della quale lo Stato richiesto può rifiutare l'esecuzione dell'attività investigativa oggetto dell'ordine di indagine europeo qualora ciò possa mettere in pericolo la sicurezza nazionale o la riservatezza delle fonti di *intelligence*.

[730] G. MELILLO, *Il mutuo riconoscimento e la circolazione della prova*, in Cass. Pen., 1, 2006, 265B e segg.; L. SALAZAR, *La lotta alla criminalità dell'Unione: passi in avanti verso uno spazio giudiziario comune prima e dopo la Costituzione per l'Europa ed il Programma dell'Aia*, in Cass. Pen., 11, 2004, 3512 e segg.; J.R. SPENCER, *Il principio del mutuo riconoscimento*, in AA.VV., Manuale di procedura penale europea (a cura di R.E. Kostoris), Milano, 2019, 341 e segg.; F. SPIEZIA, *La cooperazione giudiziaria internazionale e lo spazio di giustizia europeo*, in AA.VV., Procedura penale. *Teoria e pratica del processo* (diretto da G. Spangher, A. Marandola, G. Garuti, L. Kalb), IV, *Le impugnazioni. Esecuzione penale. Rapporti giurisdizionali con autorità straniere* (a cura di L. Kalb), Torino, 2015, 844 e segg.; E. GRISONICH, *Il nuovo controllo giurisdizionale sulla perquisizione non seguita da sequestro: connotati dell'impugnazione e riverberi a livello sistematico,* in Arch. Pen. (*web*) 2023 n.3.

[731] L. CAMALDO, *La Direttiva sull'Ordine Europeo di Indagine penale (OEI): un congegno di acquisizione della prova dotato di molteplici potenzialità, ma di non facile attuazione*, in Diritto Penale Contemporaneo, cit..

Nelle indagini antiterrorismo tale clausola potrebbe essere invocata di frequente dagli Stati di esecuzione, in modo da ridimensionare sensibilmente la portata dirompente del mutuo riconoscimento nelle attività di indagine.

Ancora una volta, il cuore del problema sembrerebbe coincidere con l'insoddisfacente impiego sul piano operativo delle norme di cooperazione giudiziaria da parte delle autorità degli Stati membri.

È conferma indiretta della ritrosia degli ordinamenti nazionali la costante presenza negli atti normativi Unione delle cd. clausole di salvaguardia che consentono agli Stati membri di tirare una sorta di "freno d'emergenza" rispetto all'applicazione integrale della disciplina europea antiterrorismo, potendo così derogare in parte alle norme europee ogni volta che queste possano configgere in qualche modo con la tutela di interessi sensibili dei singoli Paesi, come la sicurezza nazionale o la riservatezza delle fonti di intelligence, ritenuti prevalenti[732].

Ebbene, è inevitabile nel settore del contrasto al terrorismo, nel quale le indagini in molti Stati membri sono condotte dai servizi segreti piuttosto che dalla polizia giudiziaria, che tali clausole di salvaguardia trovino frequente applicazione e, di conseguenza, rendano scarsamente effettivi molti degli istituti di cooperazione introdotti dal legislatore eurounitario.

Ciò che non si può (e non si deve) dimenticare, è che esigere l'osservanza dei diritti fondamentali, anche a fronte di comportamenti che minano le radici della società civile, e che ci appaiono particolarmente ripugnanti, costituisce in sé una delle strategie per resistere di fonte alla minaccia terroristica.

---

[732] Si pensi, ancora una volta, alle considerazioni effettuate in tema del dubbio valore probatorio delle attività di intelligence. Si è avuto modo di vedere che i risultati di tali attività non possono essere oggetto di un ordine europeo di indagine. Ma la domanda che occorre porsi è: si potrà procedere alla loro trasmissione allorquando riguardino questioni di sicurezza nazionale dello Stato destinatario? Ancora una volta occorre scindere tra le attività di mera prevenzione (tipiche, peraltro, del potere esecutivo) e la loro spendibilità all'interno di un processo penale che, invece, soggiace ad una puntuale regolamentazione che richiede che sianorispettati dei precisi requisiti. Sui profili legati all'ingresso del materiale di *intelligence* nel processo penale si veda M. JIMENO BULNES, *The use of intelligence information in criminal procedure: A challenge to defence rights in the European and the Spanish panorama*, cit. 178.

Preservare i valori universali di dignità umana, di libertà, di rispetto dei diritti umani e delle libertà fondamentali, diritti sui quali la stessa Unione Europea trova le sue fondamenta, e promuoverli attraverso politiche di integrazione sociale, costituisce non solo il contenuto minimo di un'efficace politica di prevenzione, ma, soprattutto, il primario bene giuridico da tutelare[733].

Il valore da trasmettere come contaminazione positiva.

[733] Il terrorismo rappresenta una grave sfida per le società moderne, e richiede interventi *ad hoc*. Il diritto penale è un mezzo per attuare la politica criminale dello Stato, e deve presentare norme specificamente dirette a contrastare un fenomeno eccezionalmente allarmante, cosìcome è sempre stato. Le indagini in materia di terrorismo scontano di per sé una serie di difficoltà, legate principalmente alla natura transnazionale del fenomeno e la cooperazione internazionale, che in tale situazione diventa essenziale, è certamente complicata dal fatto che alcuni governi hanno ancora serie difficoltà ad adeguarsi al cambio di approccio richiesto dallo stato di emergenza. È altrettanto vero che i limiti temporali, strutturali e ordinamentali delle legislazioni di emergenza vanno sempre sottoposte ad attenta verifica di costituzionalità e di compatibilità con i diritti umani fondamentali. Occorre, pertanto, mantenere prudenza nel percorrere la strada della prevenzione e della legislazione di emergenza, che deve essere necessariamente sempre sottoposta ad attenta verifica di costituzionalità e di compatibilità con i diritti fondamentali sia dei singoli ordinamenti costituzionali che della CEDU. Così R. BARBERINI, *Il diritto penale e la legislazione di emergenza contro il terrorismo,* cit., parr. 2, 4 e 8. Sul tema si rimanda anche a K. TIEDMANN, *El futuro del proceso penal europeo. Aspectos de interés, en especial sobre la lucha antiterrorista*, in J. L. GÓMEZ COLOMER, J., L. GONZÁLEZ CUSSAC, *Terrorismo y proceso penal acusatorio*, Valencia, Tirant lo Blanch,Universitat Jaume-I, 2006.

CAP. VI *CRIPTOFONINI* E ORDINE EUROPEO DI INDAGINE PENALE; GLI STRUMENTI UTILIZZATI DALLA CRIMINALITÀ TRANSAZIONALE SKYECC/ENCROCHAT. LA PAROLA ALLE SEZIONI UNITE.

SOMMARIO: *1. Premessa; 2. L'annosa questione dell'acquisizione delle comunicazioni criptate custodite nei server esteri; 3.L'acquisizione libera;4.Perplessità sulla libertà nell'acquisizione dei dati; 5. L'OEI quale garanzia nell'acquisizione libera; controllo giurisdizionale, proporzionalità ed equivalenza; 6.Strumenti posti a garanzia; 7. L'inutilizzabilità quale sanzione per l'omesso controllo giurisdizionale nazionale sull'acquisizione delle comunicazioni; 8. L'inutilizzabilità quale sanzione per violazione del diritto di difesa.*

1. Premessa

Ha destato capillare interesse il contrasto deflagrato in seno alla Suprema Corte riguardo alle formalità da osservare per l'acquisizione di comunicazioni digitali criptate detenute dall'autorità investigativa estera[734].

Dispute similari si sono parallelamente sviluppate anche in altri ordinamenti, sfociando tra l'altro nella proposizione di una domanda pregiudiziale *ex* art. 267 TFUE alla Corte di giustizia dell'Unione europea da parte di un giudice tedesco e nella presentazione di ricorsi individuali alla Corte europea dei diritti dell'uomo in relazione ad analoghi trasferimenti di materiale investigativo[735].

Un dibattito tanto vivace testimonia la rilevanza e la complessità delle questioni sul tappeto, tanto dal punto di vista tecnico-informatico che – si direbbe conseguentemente – sul versante prettamente giuridico, specie alla luce delle numerose varianti esecutive emerse nella prassi. Sarebbe dunque ambizione probabilmente vana quella di voler dar conto in questa sede di ogni possibile risvolto interpretativo riguardante l'acquisizione transfrontaliera delle *chat*.

Da qui a breve, le sezioni unite, cercheranno di dirimere contrasti e dubbi interpretativi in ordine ai citati principi.

---

[734] Per una sistematizzazione delle questioni poste dai provvedimenti delle Sez. Un., M. DANIELE, *Ordine europeo di indagine e comunicazioni criptate: il caso* SkyECC/Encrochat *in attesa delle Sezioni Unite*, in questa *Rivista*, 11 dicembre 2023. Ancor più di recente è intervenuta un'ulteriore ordinanza di remissione inerente ad aspetti in larga sovrapponibili a quelli affrontati in precedenza, Cass., sez. VI, 15 gennaio 2024, n. 2329, in *questa Rivista*, 23 gennaio 2024.

[735] Cfr. Corte giust. UE, causa C-670/22; nonché Corte eur. dir. uomo, ric. n. 44715/20, A. L. c. Francia; nonché n. 47930/21, E. J. c. Francia. Se ne dà conto anche in SPANGHER, *Criptofonini: sono "in gioco" diritti fondamentali*, in *Cass. pen.*, 2024.

Le argomentazioni dei giudici di legittimità mettono infatti a nudo la "tirannia" esercitata da categorie giuridiche desuete e dai contorni evanescenti, cui continua tuttavia ad essere affidato un ruolo cruciale nella modulazione del livello di tutela dei diritti delle persone coinvolte in acquisizioni investigative di ultima generazione.

La scelta dà corpo ad esigenze di conservazione del risultato probatorio acquisito grazie alle misure *sub iudice*[736], mentre sembra relegare sullo sfondo questioni d'importanza capitale fagocitate dalla disputa a tratti sofistica sulla qualificazione che meglio si attaglia all'ingerenza di volta in volta in questione.

2. L'annosa questione dell'acquisizione delle comunicazioni criptate custodite nei server esteri

L'avvento di nuovi fenomeni criminali ha focalizzato l'attenzione sui dispositivi *Sky ECC* e di *Encrochat*: due piattaforme *online* di tipo criptato utilizzate dagli esponenti di alcune associazioni criminali per comunicare in via riservata attraverso *smartphone* appositamente modificati.

Trattandosi di comunicazioni rinvenibili in *server* situati all'estero, in diverse occasioni le autorità giudiziarie italiane si sono avvalse dell'ordine europeo di indagine penale (O.E.I.) per ottenerne la decriptazione e la trasmissione ad opera delle competenti autorità straniere (le quali erano riuscite a "bucare" le piattaforme in questione attraverso apposite attività di *hacking*).

Le perplessità volgono lo sguardo sulla natura giuridica di tali operazioni acquisitive e, di conseguenza, da quali garanzie procedimentali dovrebbero essere assistite.

Ne è sorta una diatriba giurisprudenziale, che ha portato la Sezione III della Corte di cassazione, tramite l'ordinanza n. 47798 del 3 novembre 2023 più sopra allegata, a rimettere alle Sezioni Unite una duplice questione: **i)** se "l'acquisizione di messaggi su *chat* di gruppo scambiati con sistema cifrato, mediante OEI, presso autorità giudiziaria straniera che ne ha eseguito la decrittazione costituisca acquisizione di 'documenti e di dati informatici' ai sensi dell'art. 234 *bis* c.p.p. o di documenti *ex* art. 234 c.p.p. o sia riconducibile in altra disciplina relativa all'acquisizione di prove"; **ii)** "se inoltre, tale acquisizione debba essere oggetto, ai fini della utilizzabilità dei dati in tal modo versati in atti, di preventiva o successiva verifica giurisdizionale della sua legittimità da parte dell'autorità giurisdizionale nazionale".

---

[736] In accordo a una logica "utilitaristica" in buona parte ascrivibile alla «coincidenza tra soggetti destinatari del precetto legale e titolari della facoltà, del potere o dell'obbligo di darne applicazione» tipica delle norme processuali penali già segnalata da NEGRI, *Splendori e miserie della legalità processuale. Genealogie culturali*, èthos *delle fonti, dialettica tra le Corti*, in *Arch. pen.*, 2017, 444, la quale logica finisce qui per frustrare la dimensione "ideologica" della sanzione processuale dell'inutilizzabilità efficacemente illustrata in DINACCI, *L'inutilizzabilità e il* male captum bene retentum*: vecchie superstizioni e nuove consapevolezze*, in *Arch. pen.*, 2023 (rivista web), 1 ss. e già in precedenza in ID., *L'inutilizzabilità nel processo penale. Struttura e funzione del vizio*, Milano, 2008.

3. L'acquisizione libera

La prima delle questioni rimesse alle Sezioni Unite discende dal fatto che nella giurisprudenza della Corte di cassazione sono emersi due distinti orientamenti circa l'acquisizione delle comunicazioni in questione.

Un primo metodo, che si potrebbe definire di "acquisizione libera", sostenuto, tra le molte, dalla Sezione I con la sentenza n. 6364 del 13 ottobre 2022-15 febbraio 2023, si fonda su varie argomentazioni[737].

a) Le operazioni investigative di cui si discute riguarderebbero "rappresentazioni comunicative incorporate in una base materiale con un metodo digitale": vere e proprie prove documentali, dunque, come tali acquisibili *ex* art. *234 bis* o 234 c.p.p.;

b) Trattandosi di dati non "disponibili al pubblico", in questi casi vi sarebbe stato il consenso da parte del legittimo titolare all'acquisizione, così come richiesto dall'art. 234 *bis* c.p.p.: soggetto da intendersi "come persona giuridica che di quei documenti o di quei dati poteva disporre in forza di un legittimo titolo secondo l'ordinamento giuridico del paese estero, identificabile non soltanto nella persona fisica e/o giuridica che procede alla trasmissione e alla conservazione dei dati, ma anche nella polizia giudiziaria, nell'autorità giudiziaria, nella persona offesa, nell'amministrazione pubblica, nella società che gestisce il servizio telefonico, nell'*internet service provider*";

c) Avendo a che fare con documenti, sarebbe sufficiente, ai fini della loro acquisizione, un OEI emesso dal pubblico ministero italiano, senza la necessità di un controllo da parte di un organo giurisdizionale italiano, nè antecedente nè successivo;

d) Varrebbe, comunque, una presunzione di legittimità delle attività svolte dalle competenti autorità straniere che avevano proceduto alla decriptazione e trasmissione delle comunicazioni. Spetterebbe, al più, al "giudice straniero la verifica della correttezza della procedura e l'eventuale risoluzione di ogni questione relativa alle irregolarità" [738].

---

[737] V. anche, a favore dell'applicabilità dell'art. 234 *bis*, Cass., Sez. III, 19 ottobre 2023, n. 47201; Id., Sez. IV, 28 marzo 2023, n. 19623; Id., Sez. I, 8 febbraio 2023, n. 19155; Id., 13 gennaio 2023, n. 19083. Nel senso, invece, dell'applicabilità dell'art. 234, Id., Sez. VI, 26 ottobre 2023, n. 46833; Id., 27 settembre 2023, n. 46482.

[738] Così, fra le molte, Cass., Sez. I, 6364/2023, da cui sono tratte anche le precedenti citazioni.

4. Perplessità sulla libertà nell'acquisizione dei dati

Sotto l'aspetto dell'efficienza investigativa, il metodo di acquisizione libera presenta evidenti vantaggi, poiché, non richiedendo il rispetto di particolari garanzie, massimizza la rapidità delle operazioni.

Esistono, tuttavia, solide ragioni, poste opportunamente in rilievo da diversi studiosi[739]e, in particolare, dalla Sezione VI della cassazione con la sentenza n. 44154 del 26 ottobre 2023 succitata[740], per ritenere che il richiamo agli artt. 234 *bis* e 234 c.p.p. risulti inconferente.

Non si può dire che le comunicazioni in questione siano elementi conoscitivi del tutto preesistenti ed indipendenti dal procedimento, come avviene per i tradizionali documenti fisici. La loro natura digitale fa sì che le operazioni tecniche di captazione e di decriptazione necessarie per acquisirle in una forma intellegibile siano atti procedimentali, spesso tali da avvenire in spazi coperti dal diritto alla riservatezza, e comunque suscettibili di alterarne il contenuto qualora non avvengano nel modo dovuto.

Depone in tal senso anche l'inquadramento giuridico offerto recentemente dalla Corte costituzionale, in ambito nazionale, in merito ad elementi conoscitivi che presentano un'analogia con le comunicazioni criptate rinvenibili all'estero: i messaggi elettronici di testo (ad esempio gli *sms*, o i messaggi scambiati tramite l'applicazione *whatsapp*) già letti dai propri destinatari e conservati negli *smartphone*, qualificati dalla Corte non come documenti, ma come vera e propria "corrispondenza"[741].

L'art. 234 *bis*, in particolare, trova la sua matrice nell'art. 32 della Convenzione di Budapest sulla criminalità informatica; esso stato concepito proprio per evitare il ricorso agli strumenti di cooperazione giudiziaria.

Nei casi in esame, per converso, l'impiego dell'OEI è un indice del fatto che gli organi inquirenti italiani non sarebbero riusciti ad acquisire le comunicazioni senza l'aiuto delle competenti autorità straniere. *C)* In ogni caso, non si potrebbe considerare "legittimo titolare" ai sensi dell'art. 234 *bis* c.p.p. l'autorità straniera che ha decriptato le comunicazioni[742].

---

[739] L. FILIPPI, *Quattro miti da sfatare sull'intercettazione dei cellulari BlackBerry*, *penalepd.it*, 28 aprile 2023; N. GALLO, *Un altro tassello giurisprudenziale in tema di Ordine Europeo d'Indagine penale (OEI) per l'acquisizione della digital evidence dal server estero*, in *archiviopenale.it*, 2023; G. SPANGHER, *Chat. Saranno le Sezioni Unite a "decriptare" le questioni giuridiche*, *ivi*, 13 novembre 2023.

[740] V. anche la sentenza "gemella" del 26 ottobre 2023, n. 44155.

[741] Cfr. Corte cost., 27 luglio 2023, n. 170.

[742] Cass., Sez. VI, 44154/2023.

Ebbene, il ricorso all'OEI ha le sue conseguenze, poiché comporta l'adozione di tutte le garanzie ricavabili dalla lettura integrata della direttiva n. 41 del 3 aprile 2014, che lo ha istituito a livello euro unitario, e del d.lgs. 21 giugno 2017, n. 108, che lo ha trasposto all'interno del nostro sistema: garanzie che l'adozione del metodo di acquisizione "libera" porterebbe, inevitabilmente, ad aggirare.

5. L'OEI quale garanzia nell'acquisizione libera; controllo giurisdizionale, proporzionalità ed equivalenza

Per comprendere la ragion d'essere delle garanzie in questione, si devono tenere presenti i capisaldi su cui poggia l'acquisizione delle prove all'estero tramite l'OEI.

L'emissione dell'OEI deve, anzitutto, soddisfare il criterio della proporzionalità, in base al quale i diritti fondamentali, il cui rispetto va assicurato sia nello Stato di emissione sia nello Stato di esecuzione, potrebbero essere compressi per ragioni legate alle esigenze investigative solo nella misura strettamente necessaria, lasciandone comunque intatto il nucleo essenziale[743].

Certo, la proporzionalità ha una valenza applicativa non semplice da individuare, inevitabilmente variabile da caso a caso.

Un ulteriore criterio, nondimeno, concorre a definirne meglio la portata: il principio, che si potrebbe definire di "equivalenza", in base al quale gli atti di indagine richiesti nell'OEI dovrebbero poter essere emessi "alle stesse condizioni in un caso interno analogo" [744].

Ne discendono precise implicazioni quanto all'individuazione della tipologia di autorità competente ad emettere un OEI: il quale dovrebbe essere emesso o, comunque, autorizzato da un giudice, e non solo disposto da un pubblico ministero**,** laddove in un caso interno analogo quell'atto di indagine fosse soggetto ad un'approvazione giurisdizionale *ex ante*[745].

---

[743] Artt. 1 § 5 e 6 § 1 *a* direttiva 2014/41; art. 7 d.lgs. 108/2017. Cfr. L. SCOMPARIN-A. CABIALE, *The Proportionality Test in Directive 2014/41/EU: Present and Future of a Fundamental Principle*, in *rivista.eurojus.it*, 2022, n. 2.

[744] Art. 6 § 1 *b* direttiva 2014/41; art. 27 comma 1 d.lgs 108/2017.

[745] Così come, del resto, prescrive l'art. 14 § 1 direttiva 2014/41.

Da ciò ne discende, oltretutto, l'esigenza di prevedere dei mezzi di impugnazione**,** ossia dei rimedi tali da assicurare un controllo giurisdizionale *ex post*, di tipo perlomeno equivalente a quelli disponibili in un caso interno analogo[746].

Si aggiunga che, sotto quest'ultimo profilo, la Corte di giustizia dell'Unione Europea ha compiuto un passo ulteriore: secondo la sentenza *Gavanozov II* dell'11 novembre 2021, il diritto ad un "ricorso effettivo" di fronte ad un giudice previsto in generale dall'art. 47 della Carta di Nizza comporta che gli Stati adottino adeguati mezzi di impugnazione nei confronti degli OEI suscettibili di impattare sui diritti fondamentali; ciò, si badi bene, anche qualora tali *legal remedies* non fossero contemplati in rapporto ad un caso interno analogo[747].

La Corte di giustizia ha ritenuto, in questo modo, di introdurre una misura di armonizzazione dei vari sistemi nazionali[748]: vale a dire, un superiore *standard* di tutela unitario indipendente dalle caratteristiche dell'ordinamento del singolo Stato di emissione.

6. Strumenti posti a garanzia

L'acquisizione delle comunicazioni criptate poste all'analisi, presenta la complicazione di avvenire sulla base di protocolli variabili a seconda della situazione concreta e, in particolare, della circostanza che le comunicazioni siano o no in corso di svolgimento al momento della loro apprensione.

È pertanto inevitabile che, trasposto in una realtà così fluida, l'appena menzionato corredo di garanzie che emerge dalla legislazione sull'OEI non possa operare sempre con la stessa intensità, ma assuma varie declinazioni. Quello che è certo è che esso sarebbe completamente pretermesso qualificando le comunicazioni criptate come dati acquisibili alle sole condizioni previste dagli artt. 234 *bis* o 234 c.p.p..

---

[746] Corte giust., 11 novembre 2021, *Gavanozov II*, C-852/19.

[747] O. CALAVITA, *Un mezzo di impugnazione per ogni atto di indagine? Da Gavanozov II un ulteriore stimolo della Corte di giustizia verso l'armonizzazione dei sistemi processuali penali*, in *lalegislazionepenale.eu*, 8 marzo 2022; C. DE LUCA, *La Corte di giustizia si pronuncia nuovamente sull'ordine europeo di indagine penale: la tutela dei diritti fondamentali prevale sull'efficienza investigativa*, in questa *Rivista*, 9 marzo 2022.

[748] Art. 43 d.lgs. 108/2017.

Ciò premesso, preme compiere una riflessione distintiva.

Si dovrebbe utilizzare la forma dell'ordine europeo di intercettazione se le comunicazioni fossero ancora in corso di svolgimento: evenienza in cui, in applicazione del principio di equivalenza, l'OEI andrebbe autorizzato *ex ante* dal giudice per le indagini preliminari[749].

Si dovrebbe, invece, disporre un ordine europeo di sequestro (e, se necessario, anche di perquisizione) quando si trattasse di comunicazioni già inviate e lette, e conservate in determinati dispositivi, sistemi o *server* informatici:[750] in questa diversa ipotesi, l'OEI, emesso dal pubblico ministero, sarebbe soggetto ad un controllo giurisdizionale di tipo *ex post* attraverso il riesame del sequestro[751], finalizzato a verificare la presenza delle condizioni per autorizzare l'attività di apprensione delle comunicazioni[752].

Nè va trascurato che, come a quanto pare si era verificato in diversi dei casi giunti all'attenzione della nostra Corte di cassazione, potrebbe trattarsi di comunicazioni di cui l'autorità straniera fosse già autonomamente venuta in possesso ai fini di un procedimento interno, a prescindere dalla richiesta dell'autorità italiana.

Nessun dubbio che, anche in casi del genere, dovrebbe essere pur sempre utilizzato lo strumento dell'OEI.

Lo si ricava, fra l'altro, dall'art. 10 § 2 *a* della direttiva 2014/41, il quale ne prescrive l'impiego ai fini dell'"acquisizione di informazioni o prove che sono già in possesso dell'autorità di esecuzione, quando, in base al diritto dello Stato di esecuzione, tali informazioni o prove avrebbero potuto essere acquisite nel quadro di un procedimento penale o ai fini dell'OEI" [753].

Ad ogni modo, nessuno contesta che questo tipo di OEI dovrebbe essere disposto dal pubblico ministero[754].

---

[749] Art. 27 d.lgs. 108/2017; in un caso interno analogo, il sequestro presso *server* troverebbe la sua disciplina nell'art. 254 *bis* c.p.p.

[750] Art. 28 d.lgs. 108/2017, il quale a sua volta rinvia all'art. 324 c.p.p..

[751] Nè va trascurato che, talvolta, le operazioni potrebbero assumere natura mista, avendo ad oggetto, allo stesso tempo, comunicazioni in corso e comunicazioni già inviate. In situazioni del genere, si dovrebbero adottare le più elevate garanzie previste per il primo tipo di attività.

[752] Si vedano anche il Considerando 7 e l'art. 1 § 1 direttiva 2014/41. Lo presuppongono pure gli artt. 2 comma 1 lett. *a* e 9 comma 5 lett. *a* d.lgs. 108/2017.

[753] Così, in particolare, anche la sentenza 44154/2023.

[754] Cfr. sempre Sent. 44154/2023.

Non potrebbe, del resto, essere diversamente, se si considera che l'art. 6 della direttiva prevede che gli OEI vadano emessi o, comunque, convalidati perlomeno da un magistrato, fissando una condizione minimale al di sotto della quale non sarebbe possibile scendere.

Ciò detto, il fatto che l'art. 10 § 2 *a* della direttiva 2014/41 si limiti a richiamare l'osservanza del solo diritto dello Stato di esecuzione, non significa che l'acquisizione delle comunicazioni di cui l'autorità straniera fosse già in possesso potrebbe avvenire senza nessun riguardo per il diritto dello Stato di emissione.

Una conclusione del genere sarebbe in contrasto con le garanzie che, come si è detto, dovrebbero assistere la raccolta delle prove attraverso qualunque tipologia di OEI: garanzie che, comunque, dovrebbero includere la possibilità di un controllo giurisdizionale nello Stato di emissione perlomeno *ex post*.

Questa è la *ratio,* secondo la quale come osserva la sentenza 44154/2023, anche le comunicazioni già autonomamente raccolte dall'autorità straniera dovrebbero essere acquisite sì attraverso un ordine europeo di sequestro emesso dal pubblico ministero, ma impugnabile dalla difesa con il riesame, così da ottenere una verifica giurisdizionale della presenza dei requisiti per il sequestro in base alla legge nazionale.

7. L'inutilizzabilità quale sanzione per l'omesso controllo giurisdizionale nazionale sull'acquisizione delle comunicazioni

Appurato che le comunicazioni di cui trattasi non sono annoverate fra le prove documentali in senso stretto, e che la loro acquisizione tramite l'OEI debba sottostare ad un controllo giurisdizionale perlomeno di tipo *ex post* nello Stato di emissione, si può ritenere la seconda delle questioni devoluta all'attenzione delle Sezioni Unite: se tale controllo sia previsto a pena di inutilizzabilità delle comunicazioni nei processi instaurati nello Stato di emissione.

Orbene, riguardo al regime di utilizzazione in Italia delle prove raccolte all'estero tramite l'OEI, il quadro normativo presente delle evidenti lacune. Nulla prescrive la direttiva 2014/41, il cui art. 14 § 7 rinvia alle "norme processuali nazionali", limitandosi a richiedere che "nei procedimenti

penali nello Stato di emissione siano rispettati i diritti della difesa e sia garantito un giusto processo nel valutare le prove acquisite" [755].

A livello interno, l'art. 36 d.lgs. 108/2017 prevede, genericamente, l'inserimento nel fascicolo per il dibattimento degli atti compiuti all'estero tramite OEI rispetto ai quali i difensori sono stati "posti in grado" di "esercitare le facoltà loro consentite dalla legge italiana", senza meglio specificare quali siano le facoltà in questione.

Quanto agli atti già autonomamente compiuti dall'autorità giudiziaria straniera, rileva l'art. 78 disp. att. c.p.p., il quale rinvia all'art. 238 c.p.p.. La norma menzionata, a sua volta, richiede il rispetto delle modalità di assunzione delle prove dei dibattimenti italiani: regole di cui però sarebbe irragionevole pretendere l'integrale osservanza, venendo in gioco elementi già raccolti in base al diritto straniero.

Anche sotto il profilo in esame, tuttavia, è bene non fermarsi alla lettura di singoli articoli di legge, ma considerare il sistema dell'OEI nel suo complesso.

Non si potrebbe, *in primis*, ignorare il principio di proporzionalità citato, da cui deriva che, anche ai fini dell'utilizzazione e della valutazione delle prove raccolte con l'OEI, i diritti fondamentali e, in particolare, le garanzie difensive dovrebbero essere rispettate perlomeno nel loro nucleo fondamentale.

Su tale assunto convergono, in particolare, sia la sentenza 6364/2023 sia la sentenza 44154/2023, le quali ribadiscono qui un criterio già ampiamente utilizzato dalla Corte di cassazione nel settore delle rogatorie internazionali: le comunicazioni criptate raccolte all'estero tramite l'OEI, pur assunte nel pieno rispetto della *lex loci*, non potrebbero essere utilizzate se il loro impiego determinasse un contrasto con i "principi fondamentali dell'ordinamento giuridico italiano", suscettibili di ricomprendere anche il diritto di difesa.

Non si tratta, però, di un'affermazione risolutiva, se si tiene conto del fatto che, come già emerso dall'esperienza delle rogatorie, il concetto di

[755] Ponendo la questione, quindi, sul piano dell'individuazione del peso conoscitivo delle prove raccolte.

"principio fondamentale dell'ordinamento" è tutt'altro che univoco.

È, piuttosto, il principio di equivalenza che, applicato sul terreno dell'inutilizzabilità, risulta capace di offrire indicazioni più chiare agli interpreti.

Ne discende, infatti, che le prove raccolte con l'OEI sarebbero inutilizzabili in Italia in tutte le situazioni in cui si verificassero violazioni di legge tali da originare un divieto probatorio in un caso interno analogo.

La Corte di giustizia dell'Unione Europea offre uno spunto un questa direzione, laddove afferma che le modalità di tutela dei diritti operanti a livello euro unitario non dovrebbero essere "meno favorevoli rispetto a quelle relative a situazioni analoghe assoggettate al diritto interno", e non dovrebbero rendere "in pratica impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti", evitando che "informazioni ed elementi di prova ottenuti in modo illegittimo rechino indebitamente pregiudizio a una persona sospettata di avere commesso reati" [756].

Alla luce di queste considerazioni, si può individuare un caso di inutilizzabilità delle comunicazioni dovuta all'assenza di un controllo giurisdizionale preventivo: quando esse dovessero essere raccolte con le modalità delle intercettazioni, se si considera che, in un caso interno analogo, la mancata autorizzazione del giudice per le indagini preliminari sarebbe colpita dalla regola di esclusione statuita dall'art. 271 comma 1 c.p.p..

Non così, invece, qualora le comunicazioni dovessero essere acquisite nelle forme dei sequestri emessi dal pubblico ministero (modalità, come si è detto, da adottare per le comunicazioni non più in corso di svolgimento, sia non ancora in possesso sia già in possesso dell'autorità straniera).

In tale diversa ipotesi, in un caso interno analogo non opererebbe nessun divieto probatorio connesso alla mancanza di un'autorizzazione giurisdizionale.

Si potrebbe, al più, ottenere l'esclusione delle comunicazioni dal materiale probatorio a disposizione del giudice di merito tramite il riesame del sequestro.

---

[756] Corte giust., 6 ottobre 2020, *La Quadrature du Net e a.*, C-511/18, C-512/18 e C-520/18, § 222 s.

8. L'inutilizzabilità quale sanzione per violazione del diritto di difesa.

Al profilo delle possibili conseguenze in caso di mancanza di un controllo giurisdizionale se ne aggiunge un altro: quello delle conseguenze in caso di violazione del diritto concesso alla difesa di interloquire sulle modalità di raccolta delle comunicazioni all'estero.

Va infatti detto che, indipendentemente dalle modalità di acquisizione impiegate, i risultati conoscitivi ottenuti dall'autorità straniera con la decriptazione delle comunicazioni non potrebbero essere accettati acriticamente a prescindere dalle loro modalità di svolgimento.

Quest'ultima sarebbe, per l'appunto, un'altra delle conseguenze determinate dall'inquadramento delle comunicazioni fra i documenti: come se si trattasse di prove precostituite, dotate di un valore conoscitivo autonomo ed impermeabile rispetto alle attività procedimentali impiegate per venirne in possesso.

Proprio muovendo da un assunto del genere, la decisione 6364/2023 della Sezione I della cassazione sostiene che sarebbe possibile presumere che i testi rappresentati dalle comunicazioni trasmesse dall'autorità straniera siano privi di alterazioni e manipolazioni, salvo che la difesa riesca a dimostrare il contrario.

In questa logica, sarebbe sufficiente, ai fini della protezione della c.d. *catena di custodia*, l'inserimento dei *files* contenenti le comunicazioni in "supporti ottici non riscrivibili (*cd-rom*)", trasmessi dall'autorità straniera "all'interno di buste sigillate antieffrazione" [757].

Sono affermazioni criticabili, se si tiene conto del fatto che le comunicazioni in questione, per poter essere convertite in dati informativi comprensibili, richiedono lo svolgimento di attività procedimentali spesso ad alto tasso tecnico-specialistico: operazioni che, come avviene per l'acquisizione di qualunque tipo di prova digitale, potrebbero condizionarne e perfino pregiudicarne la resa conoscitiva se non venissero svolte nel modo dovuto.

---

[757] Cass., Sez. I, 6364/2023. V. anche Cass., Sez. VI, 25 ottobre 2022, n. 48330.

Di qui la necessità di porre la difesa nelle condizioni di contraddire sulle modalità della loro raccolta, mettendole a disposizione la versione originale delle comunicazioni e, soprattutto, gli algoritmi utilizzati per la loro decriptazione[758].

La sentenza 6364/2023 obietta che la conoscenza da parte della difesa delle tecniche di decriptazione sarebbe irrilevante, per la ragione che, in caso di utilizzo di algoritmi scorretti, sarebbe impossibile ottenere testi intellegibili, potendosi al più conseguire "stringhe informatiche prive di valore informativo".

Ma l'assunto dà per scontato che esista un unico metodo di decifratura utilizzabile, semplificando forzatamente una realtà che, dal punto di vista tecnico-informatico, potrebbe possedere molte più sfaccettature e opacità, dipanabili solo attraverso un pieno contraddittorio.

Vi è da chiedersi se il mancato assolvimento di tali oneri informativi determini un'inutilizzabilità[759].

La risposta, anche qui, passa dal principio di equivalenza, da cui però emerge l'assenza di un divieto probatorio quando, in un caso interno analogo, la difesa non avesse la possibilità di accedere alla documentazione relativa alle modalità investigative utilizzate, sia quando si impieghi la forma delle intercettazioni[760] sia quando si usi la forma del sequestro[761].

Al contempo, il fatto che la difesa non possa sapere in che modo le comunicazioni sono state decifrate, impedendole di verificare che il loro contenuto non sia stato alterato, integrerebbe una violazione delle norme in tema di assistenza tecnica dell'imputato. Si può quindi sostenere che, almeno di regola, ne deriverebbe una nullità intermedia ai sensi dell'art. 178 comma 1 lett. *c* c.p.p. [762]. Sotto questo profilo non vanno, però, dimenticate possibili esigenze di segno opposto alla trasparenza delle operazioni acquisitive suscettibili di manifestarsi nello Stato straniero.

---

[758] Informazioni che, peraltro, nel sistema dell'OEI dovrebbero essere trasmesse dall'autorità di esecuzione all'autorità di emissione: si vedano gli artt. 6 § 3, 9 § 6, 11 § 4 e 16 direttiva 2014/41, nonché l'art. 6 d.lgs. 108/2017 e la lettera D dell'allegato B a quest'ultimo ("altre informazioni che possono essere utili all'autorità di emissione").

[759] Così come avverrebbe, quando dovendo utilizzare la forma delle intercettazioni, queste ultime non venissero sottoposte ad un'autorizzazione preventiva da parte del GIP.

[760] In rapporto alle quali l'ipotesi non ricadrebbe nei divieti probatori previsti dall'art. 271 c.p.p..

[761] W. NOCERINO, *Ancora in tema di criptofonini: nuovi arresti giurisprudenziali in attesa delle Sezioni Unite*, in *penaledp.it*, 29 novembre 2023.

[762] Cass., Sez. VI, 44154/2023. Similmente, in rapporto all'acquisizione di messaggi criptati rinvenibili in *server* situati in Canada, v. Cass., Sez. IV, 15 ottobre 2019, n. 49896.

Orbene, la sentenza della Cassazione n°44154/23 non lo trascura, menzionando l'eventualità che l'autorità straniera eviti di comunicare le modalità di raccolta delle comunicazioni per ragioni di sicurezza nazionale o di segretezza dei metodi di indagine (per non consentire agli esponenti della criminalità di prendere contromisure volte a nascondere le proprie comunicazioni attraverso tecniche informatiche ancora più efficaci) [763].

In tali evenienze, per evitare di perdere completamente il contributo conoscitivo di comunicazioni magari preziose per la ricostruzione dei fatti, non resterebbe che una via: ritenere che il rispetto del diritto della difesa di conoscere le modalità di acquisizione diventi oggettivamente impossibile, a causa di una scelta dell'autorità straniera competente a raccogliere le prove non sindacabile dall'autorità italiana.

Certo, in questo modo si neutralizzerebbe la possibilità di rilevare o dedurre la nullità, rendendo le comunicazioni pienamente utilizzabili nel processo italiano.

Nondimeno, la mancanza di trasparenza nella loro raccolta dovrebbe trovare una compensazione sul piano della valutazione del loro peso conoscitivo[764]. Vale a dire che il giudice di merito, per non rischiare di incorrere in un vizio di motivazione, dovrebbe andare alla ricerca di un adeguato grado di conferma dei fatti rappresentati dalle comunicazioni nel rimanente materiale probatorio: un'esigenza logica che non avrebbe certo bisogno di un'apposita statuizione legislativa[765], risultando connaturata alla necessità di osservare lo *standard* dell'al di là di ogni ragionevole dubbio *ex* art. 533 comma 1 c.p.p..

---

[763] Gli artt. 11 § 1 *b* direttiva 2014/41 e 10 § 1 lett. *c* d.lgs. 108/2017, del resto, consentono all'autorità di esecuzione perfino di rifiutare l'OEI per ragioni di sicurezza nazionale.

[764] In generale, sull'esigenza che la violazione del diritto alla *disclosure* delle difesa venga compensato attraverso l'applicazione di altre garanzie processuali, v. Corte eur., Grande Camera, 26 settembre 2023, *Yuksel Yalcinkaya c. Turchia*, § 308, in un caso in cui i giudici nazionali avevano ritenuto decisivo ai fini dell'accertamento della colpevolezza, addirittura, il mero utilizzo da parte dell'imputato di un sistema di messaggistica criptato, equiparato in via presuntiva all'adesione consapevole e volontaria ad un'organizzazione criminale, indipendentemente dal contenuto dei messaggi e dall'identità dei loro destinatari.

[765] Come quella, per intenderci, contenuta nell'art. 192 comma 3 c.p.p. in rapporto alla valutazione delle dichiarazioni degli imputati in procedimenti connessi.

Conclusioni

Le modalità di funzionamento degli organismi e delle strutture di cooperazione e coordinamento operanti a livello sovranazionale e, in primo luogo, di *Eurojust* e della Procura Europea, incidono in misura sensibile sull'assetto organizzativo e sulle attività degli organi nazionali di coordinamento, e in particolare della Procura nazionale antimafia e antiterrorismo, stimolandone una possibile rivisitazione del piano strutturale e funzionale, per sfruttarne al meglio le possibilità di collaborazione alla luce delle molteplici e complesse interrelazioni con la stessa dimensione sovranazionale del coordinamento[766].

Ciò che è (e sarà) necessario evitare o, quantomeno contenere, sono le eventuali tensioni e situazioni di contrasto che potrebbero determinarsi a causa dell'ancora esistente legame a doppio nodo che gli Stati membri hanno con le loro prerogative di sovranità.

Tale circostanza resta fuori discussione.

L'evoluzione della lotta in collaborazione tra gli Stati deve, infatti, muovere necessariamente dalla rinuncia alle resistenze nella flessibilità delle scelte organizzative e delle misure operative.

Questa esigenza è stata certamente sentita dalla complessità degli Stati membri i quali, nell'ultimo periodo, hanno proceduto ad una proliferazione legislativa caratterizzata da contenuti che hanno dimostrato un cambio radicale di approccio al problema.

Esempio lampante di tale cambio di atteggiamento nei confronti della cooperazione giudiziaria è rappresentato, certamente, dall'Italia.

Non può, infatti, non sottolinearsi come l'anno 2017 si sia distinto per l'attenzione riservata dal Governo agli strumenti di assistenza e cooperazione giudiziaria.

Nel corso dell'anno, infatti, sono stati emanati tre decreti legislativi funzionali all'obiettivo di attuare, migliorare e completare la disciplina

[766] S. LORUSSO, *"Superprocura" e coordinamento delle indagini in materia di criminalità organizzata tra presente, passato e futuro*, in Diritto Penale Contemporaneo, 2014, 2, 33 ss.

in materia[767].

Al fianco di Paesi come l'Italia troviamo ordinamenti come quello spagnolo caratterizzato, già da tempi non sospetti, da una disciplina più completa ed omogenea, fondata sui principi derivanti dal mutuo riconoscimento e contraddistinta dalla specificità delle norme in materia di prove, dalla mole di strumenti investigativi conosciuti e disciplinati nel minimo dettaglio nonché, in perfetta coerenza con il quadro evolutivo della criminalità transnazionale, dall'attenzione alle scienze della tecnologia e dell'informatica e dal continuo aggiornamento in conseguenza della loro evoluzione.

Ordinamento, quello Spagnolo, che, nonostante la modernità della legislazione in materia, ha proceduto ad un'ulteriore implementazione della disciplina anche alla luce delle novità legislative introdotte dall'Unione negli ultimi anni, riflesso delle esigenze percepite uniformemente da tutto il territorio europeo.

Assistiamo, quindi, in termini più o meno evidenti a seconda dell'ordinamento che prendiamo come esempio, ad una trasformazione della materia che, complessivamente, da marginale diviene centrale.

Tuttavia, alcune delle criticità da sempre avvertite, non paiono definitivamente risolte neanche dai più recenti interventi normativi in materia di contrasto alla criminalità transnazionale ed al terrorismo internazionale.

Materia in cui gli aspetti indubbiamente positivi delle novelle, sono essenzialmente costituiti dalla possibilità di attingere ad un'ampia base informativa e dalla scelta di concentrare, su una struttura centralizzata, la competenza a perseguire fattispecie di reato come quelle di natura terroristica che, obiettivamente, richiedono una visione investigativa globale e non frammentata ove si accompagnano inevitabili zone d'ombra.

È, inoltre, ineludibile, l'esigenza di avviare una profonda riflessione sulla incisività delle forme del coordinamento investigativo all'interno dei vari Stati, che tenga conto delle potenzialità di un'efficace collaborazione raggiungibile

[767] Ci si riferisce al d.lgs. n. 52 del 2017 sulla mutua assistenza, al d.lgs. n. 108 del 2017 di attuazione della Direttiva OEI e al d.lgs. n. 149 del 2017 di riforma del Libro XI del codice di procedura penale in precedenza citati. Cfr. Cap. II e III.

con il potenziamento degli organi investigativi e di coordinamento già costituiti o in via di formazione a livello europeo, primi fra tutti *Europol*, *Eurojust* e Procura Europea[768].

Il Trattato di Lisbona ha, indubbiamente, innovato profondamente la materia della cooperazione (ancora una volta, nel senso più generico del termine) all'interno dell'Unione Europea.

Le innovazioni con esso introdotte quali la previsione delle basi giuridiche necessarie per pervenire ad un'approssimazione legislativa all'interno del territorio europeo, o delle disposizioni mirate ad espandere i poteri di *Eurojust* o, ancora a creare l'Ufficio del Procuratore europeo, sono state frutto di decenni di studi, proposte, iniziative tutte tese alla ricerca di un giusto compromesso che implementasse la cooperazione fra i Paesi membri dell'Unione.

L'istituzione della Procura Europea rappresenta senza dubbio la capacità, sebbene "faticata" degli Stati di riuscire a trovare un compromesso nel crocevia difesa/sicurezza che, da un lato, pretende la tutela dei diritti fondamentali e non ammette compressioni dei principi sovrani di ogni ordinamento statale ma, dall'altro, sente l'esigenza della società di adottare ogni strumento idoneo alla prevenzione e repressione delle forme di criminalità che invadono il territorio europeo.

Gli Stati, infatti, pur frenati dall'ossessivo attaccamento al principio di sovranità ed ai suoi corollari, hanno avvertito la necessità di dotarsi di un ulteriore organo a livello europeo che sopperisse ai deficit organizzativi e di intervento delle Procure nazionali.

Un organo dotato di molteplici potenzialità anche in ragione della previsione di una stretta collaborazione con *Eurojust*, OLAF ed *Europol*, nonché con le altre istituzioni ed organi dell'Unione, con i Paesi terzi e le organizzazioni internazionali, attraverso la conclusione di accordi di lavoro di carattere tecnico/operativo finalizzati ad agevolare la cooperazione e lo scambio di

[768] Nonché la Rete Giudiziaria Europea e il Magistrato di collegamento (nonostante, quest'ultima figura, come si è avuto modo di vedere, non abbia riscontrato il successo e l'utilità auspicati in ragione delle sue intrinseche potenzialità). Cfr. *supra*, Cap. I.

informazioni tra le parti.
Un organo che, quindi, sarà protagonista nella lotta alle fattispecie criminose di carattere transnazionale.

Volgendo lo sguardo, invece, ai puntuali strumenti di ricerca ed acquisizione probatoria, sia la riformulazione dell'istituto della rogatoria che l'introduzione dell'ordine europeo di indagine, rappresentano un ulteriore importante passo avanti, da parte degli Stati membri, nel cammino dell'assistenza e della cooperazione giudiziaria.

Per quanto riguarda la riforma del Libro XI e le novità in tema di rogatoria, il nuovo quadro legislativo è sicuramente portatore di molteplici aspetti positivi.

In primo luogo, infatti, con l'attuazione della convenzione di assistenza giudiziaria e l'attuazione di quanto puntualmente previsto in tema di reciproco riconoscimento, la riforma del Libro XI ha migliorato l'immagine del Paese.

Ciò in quanto, l'esperienza ha dimostrato che esiste un'equazione secondo la quale non vi sia reato in materia finanziaria che non richieda l'emissione di una rogatoria.

Equazione, questa, che, alla luce della percentuale dei reati di matrice economico/finanziaria che si manifesta all'interno dell'Unione e, in ragione della costante necessità di ricorrere a tale strumento di assistenza, essere dotati di una legislazione moderna e completa influisce, automaticamente, sull'idea dello Stato italiano al di fuori dei confini nazionali.

Ulteriore aspetto positivo è dato dall'implementazione non solo della disciplina in senso stretto ma, soprattutto, dei metodi di collaborazione tra Stati attraverso un dialogo diretto tra autorità.

La scomparsa della Corte d'Appello e la relegazione del Ministro ad un ruolo marginale, infatti, ha permesso uno snellimento della procedura, con conseguente maggiore efficacia delle operazioni di assistenza.

Per quanto riguarda, invece, l'ordine europeo di indagine, anche la sua promulgazione, specularmente a quanto emerso in sede di istituzione della Procura Europea (sebbene con le dovute differenziazioni quali, *in primis*, quella della non adesione di tutti gli Stati dell'Unione a tale nuovo organo) sottolinea

la piena consapevolezza della necessità della sussistenza di un livello di fiducia tra gli Stati, che sia tale da consentire al sistema di mutuo riconoscimento di operare indisturbato, sulla base di un'approssimazione legislativa che avvicini, per quanto non esattamente nei termini originariamente sperati, le distinte discipline degli ordinamenti che popolano l'Unione Europea.

Nonostante tale evidente passo avanti, anche l'ordine europeo di indagine, dotato di innumerevoli aspetti positivi, suscita sin dai primi momenti della sua nascita, perplessità di natura prettamente operativa dettate da meccanismi propri degli ordinamenti di alcuni Stati membri che si reputano incompatibili con un'effettiva ed indisturbata collaborazione.

Primo aspetto positivo è quello dell'organicità del quadro legislativo permessa dall'emanazione della Direttiva n°41 del 2014, ottenuta anche grazie alla previsione di un unico strumento di ricerca e acquisizione probatoria per una molteplicità di attività precedentemente regolate in diversi (e, criticabili) atti legislativi. Ulteriore elemento di forza dell'ordine europeo di indagine è dato, inoltre, dalla circostanza che, basandosi su una decisione giudiziaria, in applicazione del principio del reciproco riconoscimento gli Stati membri abbiano l'obbligo di darvi esecuzione. Altra novità introdotta con la Direttiva sull'ordine europeo di indagine, che rappresenta un ulteriore passo avanti nella disciplina, è data certamente dall'espresso conferimento al difensore dell'indagato/imputato, di un diritto di impulso all'emanazione del provvedimento.

Aspetto, questo, che sebbene abbia introdotto una maggiore garanzia per la difesa, delude i più affezionati alla concezione di diritto di difesa come fondato sulla parità delle armi tra accusa e difesa.

Come ritenuto in precedenza, nonostante i molteplici aspetti positivi, il provvedimento europeo sull'ordine di indagine penale, insieme ai connessi provvedimenti nazionali di attuazione, non sono esenti da criticità.

Il primo elemento, che ha destato perplessità a chi auspicava una vera e propria armonizzazione in materia probatoria, è dato dal fatto che la Direttiva europea non contiene alcuna vera e propria regola probatoria.

Dato, questo, che dimostra il mancato raggiungimento di quel livello di fiducia tra Stati che avrebbe permesso una reale rinuncia agli aspetti della sovranità nazionale in favore di una concreta ed efficace cooperazione.

Da questo primo aspetto critico discende l'ulteriore problematica data dall'assenza, nei provvedimenti di attuazione, di numerosi strumenti probatori in virtù della mancata previsione e disciplina degli stessi all'interno dei singoli ordinamenti nazionali.

Ulteriore perplessità sul raggiungimento del tanto ricercato e richiamato livello di fiducia tra Stati, è data dalla previsione come obbligatori, da parte di alcuni ordinamenti (come l'Italia e la Spagna), dei motivi di non riconoscimento e non esecuzione, inquadrati, invece, dalla Direttiva come facoltativi.

A danno, ancora una volta, di una reale ed efficace cooperazione giudiziaria.

Peraltro, le recenti e continue drammatiche vicende che stanno invadendo il territorio dell'Unione, in prima linea quelle di matrice terroristica, continuano ad approfittarsi della libertà dei movimenti esistenti tra i Paesi membri, e delle maglie, talvolta troppo larghe, della disciplina della cooperazione che, spesso, non la rende all'altezza di fenomeni come quelli a cui stiamo assistendo.

Manca ancora una chiara valutazione dello stato di attuazione e di funzionamento degli strumenti esistenti.

Ancora troppo spesso, infatti, si ha notizia di difficoltà insorte nello scambio effettivo, leale, celere e completo tra le autorità appartenenti ai diversi ordinamenti.

Collaborazione che, al contrario, assume una connotazione decisamente differente, soprattutto in termini di effettività, grazie all'esistenza del principio del riconoscimento reciproco.

La crescita e lo sviluppo delle nuove forme di criminalità e, soprattutto, di nuove manifestazioni della criminalità terroristica hanno a tal proposito, stimolato una riflessione sul processo penale e sull'adeguatezza dei suoi strumenti allo stato attuale.

I provvedimenti adottati dall'Unione Europea, offrono certamente agli Stati membri numerosi strumenti di assistenza e cooperazione giudiziaria e di polizia, che possono rivestire un'importanza centrale nella prevenzione e nel contrasto delle più gravi forme di criminalità come il terrorismo.

La previsione e disciplina di strumenti come lo scambio di informazioni, le attività sotto copertura (anche attraverso i sistemi informatici), le intercettazioni e le captazioni informatiche, rivestono indubbiamente una solida ed efficace base da cui partire.

A tal riguardo, peraltro, la Direttiva 2014/41/UE sull'ordine europeo d'indagine dovrebbe rafforzare ulteriormente la cooperazione nel contrasto al terrorismo sotto il profilo di qualsiasi elemento dotato di rilevanza probatoria, alla luce del principio del mutuo riconoscimento dei provvedimenti in materia di prove.

Ciò che si auspica, pertanto, è un maggiore dialogo tra gli Stati, anche attraverso le istituzioni europee, che porti a delle decisioni che limitino gli ostacoli a tale cooperazione fino al punto di evitarli.

Occorre lavorare in sinergia, per un'Europa tanto sicura quanto garantista dei diritti fondamentali tutelati dalle tradizioni costituzionali degli Stati membri, che continui a limare le pretese di sovranità di ogni Paese per raggiungere un livello ancora maggiore di efficienza nella lotta alla criminalità che oggi incombe e devasta il territorio europeo, senza, per questo, dimenticarsi dei valori irrinunciabili propri di ogni Stato.

Il principio di proporzione, quale principio cardine di tutta la disciplina in materia dovrà essere considerato, pertanto, da un lato la guida per ogni futura evoluzione delle politiche europee di contrasto alla criminalità transnazionale e, dall'altro, elemento di garanzia e sicurezza per gli Stati membri in vista di un sempre più alto livello di fiducia e dialogo a vantaggio della cooperazione.

BIBLIOGRAFIA

W. ABEL, *La decisione della corte costituzionale tedesca sul diritto alla riservatezza ed integrità dei sistemi tecnologici d'informazione - un rapporto sul caso BVerfGE, NJW 2008*, reperibile nel sito www.jei.it.

B. AGOSTINI, *La disciplina delle intercettazioni preventive nel sistema antiterrorismo*, in Diritto Penale Contemporaneo, 2017, 1.

S. ALLEGREZZA, *Cooperazione giudiziaria, mutuo riconoscimento e circolazione della prova penale nello spazio giudiziario europeo* in T. RAFARACI, *L'area di libertà, sicurezza e giustizia: alla ricerca di un equilibrio fra priorità repressive ed esigenze di garanzia*, Milano, Giuffrè 2007.

S. ALLEGREZZA, *Pubblico ministero europeo e azione penale: stato dell'arte e prospettive di sviluppo*, in AA. VV. *Profili del processo penale nella Costituzione europea*, a cura di M. G. COPPETTA, Torino, Giappichelli, 2005.

S. ALLEGREZZA, *L'armonizzazione della prova penale alla luce del Trattatodi Lisbona*, in Cass. Pen., 2008, 10.

N. ALONSO MOLEDA, *Eurojust, a la vanguardia de la cooperación judicial en materia penal de la Unión Europea*, in Revista de Derecho Comunitario Europeo, 41, Madrid, 2012.

C. AMALFITANO, *Spazio giudiziario europeo e libera circolazione delle decisioni penali*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2009, 1.

E. AMODIO, *Diritto di difesa e diritto alla prova nello spazio giudiziario europeo*, in Foro ambr., 2001.

E. ANDOLINA, *Misure reali e spazio giudiziario europeo,* in *Diritto del commercio internazionale: pratica internazionale e diritto*, Milano, Giuffré, 2009.

C. ANGELONI, *L'inammissibilità di investigazioni difensive all'estero: una ricostruzione plausibile?*, in Riv. It. Dir. Proc. Pen., 2008.

E. APRILE, *Diritto processuale penale europeo ed internazionale*, Padova, Cedam, 2007.

E. APRILE, F. SPIEZIA, *Cooperazione giudiziaria penale nell'Unione europea prima e dopo il Trattato di Lisbona,* Assago (MI), Ipsoa, 2009.

E. APRILE, F. SPIEZIA, *I nuovi rapporti tra la giurisdizione penale italiana e il diritto europeo*, in E. APRILE, F. SPIEZIA (a cura di), *Cooperazione giudiziaria penale nell'Unione europea prima e dopo il Trattato di Lisbona*, Assago (MI), Ipsoa, 2009.

C. ARANGÜENA FANEGO, *Orden europea de investigación: próxima implementación en España del nuevo instrumento de obtención de pruebapenal transfronteriza*, in Revista de Derecho Comunitario Europeo, Sep.-Dic., 2017, 58.

A. ARNAIZ SERRANO, *Cooperación judicial penal en Europa*, Madrid, Dykinson S. L., 2013.

V. BACHELET, voce *Coordinamento*, in Enc. dir., Milano, Giuffrè, X, 1962.

L. BACHMAIER WINTER**,** *El exhorto europeo de obtención de pruebas en el proceso penal: estudio y perspectivas de la propuesta de decisión marco, El Derecho procesal penal en la Unión Europea: tendencias actuales yperspectivas de futuro*, coordinato da M. T. ARMENTA DEU, F. GASCÓN INCHAUSTI, L. BACHMAIER WINTER, M. CEDEÑO HERNÁN, 2006.

L. BACHMAIER WINTER, *La Orden Europea de Investigación: la propuesta de Directiva europea para la obtención de pruebas en el proceso penal*, in Revista Española de Derecho Europeo, 2011, 37.

L. BACHMAIER WINTER, Información *de inteligencia y proceso penal*, in *Terrorismo, proceso penal y derechos fundamentales*, Madrid, Marcial Pons, 2012.

L. BACHMAIER WINTER, *Prueba transnacional penal en Europa: la Directiva 2014/41 relativa a la Orden Europea de Investigación*, in Revista General de Derecho Europeo, 2015, 36.

A. BALSAMO, *Le intercettazioni mediante virus informatico tra processo penale italiano e Corte europea*, in Cass. Pen., 2016.

R. BARBERINI, *Il diritto penale e la legislazione di emergenza contro il terrorismo. Il terrorismo sta cambiando il diritto penale dei paesi democratici occidentali. Rischi e prospettive*, in Questione Giustizia, 7 maggio 2015.

M. BARGIS, *"Costituzione per l'Europa e cooperazione giudiziaria in materia penale"*, in Riv. It. Dir. Proc. Pen., 2005, 1.

M. BARGIS, *La Cooperazione giudiziaria penale nell'Unione Europea tra mutuo riconoscimento e armonizzazione: analisi e prospettive*, in Riv. Dir. Proc., 2012, 67, 4.

M. BARGIS, *Il mandato di arresto europeo dalla decisione quadro del 2002 alle odierne prospettive*, in Diritto Penale Contemporaneo, 2015, 4.

R. BARTOLI, *Lotta al terrorismo internazionale. Tra diritto penale del nemico* ius in bello *del criminale e annientamento del nemico assoluto*, della collana *Itinerari di diritto penale*, diretta da E. DOLCINI, G. FIANDACA, E. MUSCO, T. PADOVANI, F. C. PALAZZO, F. SGUBBI, Torino, Giappichelli,2008.

R. BELFIORE, *Il futuro della cooperazione giudiziaria e di polizia nell'Unione europea dopo il trattato di Lisbona*, in Cass. Pen., 2010, 50, 12.

R. BELFIORE, *Riflessioni a margine della Direttiva sull'ordine europeo di indagine penale*, in Cass. Pen., 2015, 9.

S. BELLUCCI, *Schengen. L'avvio di un'Europa senza frontiere*, Roma, Laurus Robuffo ed., 1995.

A. BERNARDI, *L'europeizzazione del diritto e della scienza penale*, Torino, Giappichelli, 2004

A. BERNARDI, *Politiche di armonizzazione e sistema sanzionatorio penale* in AA.VV., *L'area di Libertà sicurezza e giustizia: alla ricerca di un equilibrio fra priorità repressive ed esigenze di garanzia*, a cura di T. RAFARACI, Milano, Giuffrè, 2007.

A. BERNARDI, *Il difficile rapporto tra fonti interne e fonti sovranazionali,* in *La crisi della legalità. Il "sistema vivente" delle fonti penali,* Napoli, ESI, 2016.

A. BERNARDI, *Strategie per l'armonizzazione dei sistemi penali europei*, in S CANESTRARI, L. FOFFANI (a cura di), *Il diritto penale nella prospettiva europea. Quali politiche criminali per l'Europa,* Milano, Giuffré, 2005.

F. BIANCO, *Mutuo riconoscimento e principio di legalità (...)*, in AA.VV., *L'evoluzione del diritto penale nei settori di interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, a cura di G. GRASSO, L. PICOTTI, R. SICURELLA, Milano, Giuffrè, 2011.

L. BONANATE, *Dimensioni del terrorismo politico. Aspetti interni e internazionali*, *politici e giuridici*, Saggi e ricerche dell'Istituto di Scienze Politiche "Gioele Solari", Università di Torino, Milano, Franco Angeli ed., 1979.

M. BONTEMPELLI, *Il controllo sui vizi della motivazione nel riesame riformato*, in Riv. It. Dir. Proc. Pen., 2016, 2.

L. CAFARI PANICO, *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia nel Trattato di riforma: le disposizioni generali*, in *Sud in Europa*, 2008, 1.

G. CAGGIANO, *L'evoluzione dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia nella prospettiva dell'Unione basata sul diritto*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2007.

M. CAIANIELLO, *La nuova Direttiva UE sull'ordine europeo di indagine penale tra mutuo riconoscimento e ammissione reciproca delle prove*, in Proc. Pen. Giust., 2015, 3.

M. CAIANIELLO, *La nuova direttiva UE sull'ordine europeo di indagine penale*, in Proc. pen. giust., 3, 2015, 1 ss..

CAMALDO - CERQUA, *La direttiva sull'ordine europeo di indagine penale: le nuove prospettive per la libera circolazione delle prove*, in Cass. pen., 2014, 3511 ss..

M. P. CALDERÓN CUADRADO, *Contra la armonización positiva – y procesal– en la Unión Europea,* in A. DE LA OLIVA SANTOS, M. P. CALDERÓN CUADRADO, *La armonización del Derecho Procesal tras el Tratado de Lisboa*, Cizur Menor, Thomson Reuters, Aranzadi, 2012.

E. CALVANESE (a cura di), *L'Accordo di assistenza giudiziaria con la Svizzera: innovazioni significative ancora da ratificare*, in Cass. Pen., 2001.

E. CALVANESE, *Indagini congiunte: un'occasione sprecata,* in Guida al Diritto, 2002.

E. CALVANESE, *La cooperazione giudiziaria in materia di sequestro* in Cass. Pen., 2003.

E. CALVANESE, G. DE AMICIS, *Appunti sulla nuova Convenzione di assistenza giudiziaria penale tra gli Stati membri dell'Unione europea*, in*Giur. mer.*, 2000.

E. CALVANESE, G. DE AMICIS, *La rete giudiziaria europea: natura problemi e prospettive,* in Cass. Pen., 2001, 2.

E. CALVANESE, G. DE AMICIS, *Eurojust: il terzo pilastro trova le sue fondamenta,* in Guida al Diritto, 2002, 6.

L. CAMALDO, F. MANFREDINI, *La cooperazione giudiziaria nell'era delle minacce globali e la riforma del libro IX del codice di procedura penale*, Cass. Pen., 2016, 56, 7-8.

L. CAMALDO, *La Direttiva sull'Ordine Europeo di Indagine penale (OEI): un congegno di acquisizione della prova dotato di molteplici potenzialità, madi non facile attuazione*, in Diritto Penale Contemporaneo, 27 maggio 2014.

L. CAMALDO, *L'attuazione della Convenzione di Bruxelles del 2000: l'assistenza giudiziaria in materia penale assume una configurazione a "geografia variabile"*, in Diritto Penale Contemporaneo, 19 luglio 2017.

S. CAMPAILLA, *La "circolazione giudiziaria europea dopo Lisbona*, in Proc. Pen. Giust., 2011, 2.

D. CARCANO, *L'irregolarità dello Stato,* in Guida al Diritto. 2001, 42.

S. CASSESE, *Lo spazio giuridico globale*, Roma-Bari, Laterza, 2003.

M. CASTELLANETA, *In vigore il nuovo trattato di Lisbona si apre la strada alla Procura europea,* in Guida al Diritto, 2009.

A. CHELO, *Il mandato d'arresto europeo*, in Problemi attuali della giustizia penale curato da A. GIARDA, G. SPANGHER, P. TONINI, Padova, Cedam, 2010.

O. CHESSA, *La sussidiarietà (verticale), come "precetto di ottimizzazione" e come criterio ordinatore*, in Dir. Pubbl. Com. Eur., 2002, 4.

M. CHIAVARIO, *Linee del sistema processuale penale comunitario*, in L. PICOTTI, a cura di, *Possibilità e limiti di un diritto penale dell'Unione Europea*, Giuffrè, Milano, 1999.

M. CHIAVARIO, *Una legge discussa, una questione stimolante e la ricerca di alternative*, in AA. VV., *Rogatorie internazionali e dintorni. La legge n. 367 del 2001 tra giudici e Corte costituzionale,* in *Amicus curiae*. Atti sem. prev. Ferraresi (Ferrara, 29 gennaio 2002), Torino, Giappichelli, 2002.

M. CHIAVARIO, *Cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale a livello europeo*, in Riv. It. Dir. Proc. Pen., 2005, 48, 3.

M. CHIAVARIO, *Giustizia europea e processo penale: nuovi scenari e nuovi problemi*, in Legisl. Pen., 2008.

E. CHITI, B. G. MATTARELLA, *La sicurezza europea*, in Riv. Trim. Dir. Pubbl., 2008, 2.

J. A. CHOCLÁN MONTALVO, *Delincuencia transfronteriza y equipos conjuntos de investigación*, in Cuadernos de Derecho Judicial, 2003, 13.

N. CHOMSKY, *The culture of terrorism*, Boston, M.A., 1988.

A. CIAMPI, *L'assunzione di prove all'estero in materia penale*, Padova, Cedam, 2003.

A. CISTERNA, *Spazio ed intercettazioni, una liaison tormentata. Note ipogarantistiche a margine della sentenza Scurato delle Sezioni unite*, in www.archiviopenale.it, 2016, 2.

A. CLUNY, *Politiche della sicurezza e stato di diritto. Quali regole per la cooperazione giudiziaria internazionale*? in AA. VV., *Terrorismo internazionale. Politiche della sicurezza. Diritti fondamentali.* Atti del convegno di Pisa, 11-12 marzo 2016, in Questione Giustizia, Speciale, 2016, 9.

G. COLAIACOVO, *Nuove prospettive in tema di coordinamento delle indagini e cooperazione giudiziaria alla luce della disciplina delle squadre investigative comuni*, in Diritto Penale Contemporaneo, 2017, 1.

O. CALAVITA, *Un mezzo di impugnazione per ogni atto di indagine? Da Gavanozov II un ulteriore stimolo della Corte di giustizia verso l'armonizzazione dei sistemi processuali penali*, in *lalegislazionepenale.eu*, 8 marzo 2022;

C. CONTI, *Intercettazioni e inutilizzabilità: la giurisprudenza aspira al sistema*, in Cass. Pen., 2011,10.

B. CORTESE, *La protezione dei dati di carattere personale nel diritto dell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, in Dir. Un. Eur., 2013, 2.

M. COSTAS TRASCASAS, *Seguridad nacional y derechos humanos en la reciente jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en materia de terrorismo internacional: ¿hacia un nuevo equilibrio?*, in E. CONDE PÉREZ, S. IGLESIAS SÁNCHEZ, *Terrorismo y legalidad internacional*, Madrid, Dykinson, 2012.

M. CREMONA, J. MONAR, S. POLI, *The External Dimension of the European Unión's area of Freedom, Security and Justice*, Bruxelles, College of Europe Studies, P.I. E. Peter Lang, 2011.

D. CURTOTTI-NAPPI, *I nuovi orizzonti investigativi del difensore: le informazioni assunte all'estero,* in Osservatorio penale, 2007, 2.

L. CUOMO, *La prova digitale, in Prova scientifica e processo penale*, a cura di Canzio, Luparia, Milano, 2022, 663 ss..

M. DANIELE, *La metamorfosi del diritto delle prove nella Direttiva sull'ordine europeo di indagine penale*, in Diritto Penale Contemporaneo (*penalecontemporaneo.it*), 2015, 4.

M. DANIELE, *L'impatto dell'ordine europeo di indagine penale sulle regole probatorie nazionali*, in Diritto Penale Contemporaneo, 2016, 3.

M. DANIELE, *Contrasto al terrorismo e captatori informatici* in Riv. Dir. Proc., 2017, 2.

M. DANIELE, *Ricerca e formazione della prova,* in R. E. KOSTORIS, *Manuale di procedura penale europea*, Milano, Giuffré, 2017.

M. DANIELE, *L'ordine europeo di indagine penale entra a regime. Prime riflessioni sul d. lgs. n. 108 del 2017*, in Diritto Penale Contemporaneo, 31 luglio 2017.

M. DANIELE, *Ordine Europeo di Indagine Penale e comunicazioni criptate; il caso Sky ECC/Encrochat in attesa delle Sezioni Unite*, in *Sist. Pen*. (web) 11 dicembre 2023.

G. DE AMICIS, *Organismi europei di cooperazione e coordinamento investigativo*, in Cass. Pen., 2017, 2.

G. DE AMICIS, *La costruzione di Eurojust nell'ambito del «terzo pilastro» dell'Unione europea*, in Cass. Pen., 2001.

G. DE AMICIS, *Riflessioni su Eurojust*, in Cass. Pen., 2002.

G. DE AMICIS, *Cooperazione giudiziaria e criminalità transnazionale: l'esigenza del coordinamento investigativo,* in Giur. merito, 2003, 12.

G. DE AMICIS, *Le carenze della l. n. 367 del 2001 di ratifica ed esecuzione dell'Accordo Italia-Svizzera del 10 settembre 1998 in materia di assistenza* in Giur. merito, 2002, 1.

G. DE AMICIS, *Limiti e prospettive del Mandato europeo di ricerca della prova*, Milano, Giuffré, 2002, 3.

G. DE AMICIS, *Le forme e gli strumenti della cooperazione*, in R. E.

G. DE DONATO, *L'attività del Ministro della Giustizia in tema di rogatorie attive e passive* in G. LA GRECA - M.R. MARCHETTI, *Rogatorie penali e cooperazione giudiziaria internazionale,* Torino, Giappichelli, 2003.

G. DELLA CANANEA, *L'amministrazione europea*, in Trattato di diritto amministrativo, a cura di S. CASSESE, Milano, Giuffrè, I, 2000.

F. DE LEO, *Da Eurojust al pubblico ministero europeo*, in Cass. Pen., 2003.

F. DE LEO *Dopo la Convenzione. Procura europea, Eurojust e dintorni*, in Questione Giustizia, 2003.

F. DE LEO *Le funzioni di coordinamento di Eurojust*, in Cass. Pen. 2010, 3.

M. DEL POZO PÉREZ, *El agente encubierto como medio de investigación de la delincuencia organizada en la ley de enjuiciamiento criminal española*, in Criterio Jurídico, 2006, 1.

M. DEL TUFO, *Il rifiuto della consegna motivato da esigenze sostanziali,* in AA. VV., *Il mandato d'arresto europeo*, a cura di G. PANSINI, A. SCALFATI, Napoli, Jovene, 2005.

L. DE MATTEIS, C. FERRARA, F. LICATA, N. PIACENTE, A. VENEGONI, *Diritto penale sostanziale e processuale dell'U.E. Il diritto penale e la procedura penale negli strumenti legislativi dell'Unione Europea*, in Diritto dell'Unione europea e diritti umani, R. CONTI (a cura di), Padova, Exeo ed., I, 2001.

M. L. DI BITONTO, *Terrorismo internazionale, procedura penale e diritti fondamentali in Italia*, in Cass. Pen., 2012, 3.

C. DI FRANCESCO MAESA, *Balance between Security and Fundamental Rights Protection: An Analysis of the Directive 2016/680 for data protection inthe police and justice sectors and the Directive 2016/681 on the use of passenger name record (PNR)*, in rivista.eurojus.it, 24 Maggio 2016.

G. DIOTALLEVI, *La c.d. "concelebrazione" delle rogatorie e gli atti diretti di giurisdizione all'estero,* in Cass. Pen., 1998.

G. DI PAOLO, *La presa in considerazione del "precedente penale europeo" tra fonti sovranazionali e disciplina interna di recepimento*, in Cass. Pen., 2017, 6

G. DI PAOLO, *Il processo penale nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia dell'UE tra cooperazione giudiziaria e orizzonti sovranazionali*, in Cass. Pen., 49, 11, 2009.
G. DI PAOLO, *Lo spazio di libertà, Sicurezza e Giustizia dell'UE: recenti novità sul fronte domestico e a livello europeo*, in Cass. Pen., 2016, 7-8.
G. DI PAOLO, *La presa in considerazione del "precedente penale europeo" tra fonti sovranazionali e disciplina interna di recepimento*, in Cass. Pen., 2017, 6.
G. DI PAOLO, L. PRESSACO, R. BELFIORE, T. RAFARACI, *L'attuazione della Procura Europea i nuovi assetti dello spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia,* Editoriale Scientifica 2023 ISBN 979-12-5976-470-6.
F. DONATELLA, *Riflessioni sulle linee guida della riforma del processo penale,* in Cass. Pen., 2017, 7-8.
U. DRAETTA, N. PARISI, D. RINOLDI, *Lo «Spazio di libertà, sicurezza e giustizia» dell'Unione europea. Principî fondamentali e tutela dei diritti*, Napoli, 2008.
F. FALATO, La proporzione innova il tradizionale approccio al tema della prova: luci ed ombre della nuova cultura probatoria promossa dall'ordine europeo di indagine penale, in Arch. pen. web., 1, 2018, 1 ss..
L. KALB, *Solo l 'ascolto diretto del "captato" assicura un pieno diritto di difesa*, in *Guida dir.*, 2008;
L. KALB (a cura di), *Spazio europeo di giustizia*» *e procedimento penale italiano. Adattamenti normativi e approdi giurisprudenziali*, Torino,Giappichelli, 2012.
L. KALB, *Procedimenti "paralleli" e giurisdizione "concordata": il nuovo quadro normativo sul trasferimento dei procedimenti penali (nello spazio europeo e in quello internazionale),* in *Arch. pen., Speciale riforme*, 2018;
KOSTORIS (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, Milano, Giuffré, 2015.
A. FABBRI, *I limiti territoriali nello svolgimento delle indagini difensive*, in L.FILIPPI, GUALTIERI, MOSCARINI, A. SCALFATI (a cura di), *La circolazione investigativa nello spazio giuridico europeo: strumenti, soggetti, risultati*. Padova, Cedam, 2010.
P. FELICIONI, *L'acquisizione da remoto di dati digitale nel procedimento penale,* in Proc. Pen. Giust., 2016, 5.
L. FERRARI BRAVO e A. RICCI *Codice dell'Unione europea: Il Trattato sull'Unione Europea*, Milano, Giuffrè, 1994.
P. FERRUA, *Rogatorie: una legge che smentisce la riforma del giusto processo,* Dir. Giust., 2001, 36.
L. FILIPPI, *L'intercettazione di comunicazioni*, Giuffré, Milano, 1997.
FIORELLI, *Nuovi orizzonti investigativi: l'ordine europeo d'indagine penale*, in Dir. Pen. Proc., 6, 2013, 705 ss..

L. FILIPPI, *Intercettazione,* in *La prova penale*, a cura di FERRUA, E. MARZADURI E G. SPANGHER, Torino, Giappichelli, 2013.

L. FILIPPI, *Vincoli probatori e regole di esclusione*, in *Le ragioni del garantismo*, diretta da A. GAITO – E. MARZADURI – O. MAZZA – F. R. DINACCI, *I princìpi europei del processo penale*, a cura di A. GAITO, *Giustizia penale attuale*, Roma, Dike, 2016.

F. DINACCI, *L'inutilizzabilità e il male captum bene retentum: vecchie superstizioni e nuove consapevolezze*, in *Arch. pen.*, 2023 (rivista web), 1 ss. e già in precedenza in ID., *L'inutilizzabilità nel processo penale. Struttura e funzione del vizio*, Milano, 2008.

F. DINACCI, *I modi acquisitivi della messaggistica chat o e-mail: verso letture rispettose dei principi,* in Arch. Pen. (rivista web) 2024, 1 e ss.

L. FILIPPI, *Captatore informatico: l'intercettazione* ubicumque *al vaglio delle Sezioni unite*, in www.archiviopenale.it, 2016, 1.

L. FILIPPI., *L'ispe-perqui-intercettazione itinerante: le Sezioni unite azzeccano la diagnosi ma sbagliano la terapia*, in Il Penalista, 6 settembre 2016.

L. Filippi, *Quattro miti da sfatare sull'intercettazione dei cellulari BlackBerry*, *penalepd.it*, 28 aprile 2023.

R. FLOR, *Brevi riflessioni a margine della sentenza del Bundesverfassungsgericht sulla c.d. online durchsuchung* nota aBundesverfassungsgericht del 27 febbraio 2008 in *Riv. Trim. Dir. Pen. Econ*., 2009, 3.

J. FORNER DELAYGUA, N. GONZÁLEZ VIADA, *La acción de la Unión Europea contra el terrorismo*, in Revista de Estudios Europeos, 2009, 53.

F. JIMÉNEZ GARCÍA, *Tutela judicial efectiva, pilares intergubernamentales de la Unión Europea y Naciones Unidas o viceversa. El periplo comunitario marcado por los asuntos Yusuf/Kadi, Ayadi/Hassan, Modjahedines del pueblo de Irán y Segi/gestoras*, in A. CUERDA RIEZU, F. JIMÉNEZ GARCÍA,*Nuevos desafíos del Derecho Penal Internacional. Terrorismo, crímenes internacionales y derechos fundamentales*, Madrid, Tecnos, 2009.

R. JIMÉNEZ FERNÁNDEZ, *Equipos conjuntos de investigación: la experiencia de Eurojust,* in E. ORTEGA ARJONILLA, *La traducción e interpretación jurídicas en la UE. Retos para la Europa de los ciudadanos*, Granada, Comares, 2008.

F. JIMENEZ-VILLAREJO FERNANDEZ, *Orden europea de investigación: ¿adiós a las comisiones rogatorias?*, in C. ARANGÜENA FANEGO, *Cooperación civil y penal en el nuevo escenario de Lisboa*, Granada,2011.

M. JIMENO BULNES, *La reforma jurisdiccional del Tratado de Niza*, in Boletín del Ministerio de Justicia n. 1917, 2002.

M. JIMENO BULNES, *Las nuevas tecnologías en el ámbito de la cooperación judicial y policial europea*, in Revista de Estudios Europeos, 2002, 31.

M. JIMENO BULNES, *La conclusión del Tratado de Lisboa: avances y concesiones en materia de cooperación judicial penal*, in Diario La Ley, Wolters Kluwer, 2008.

M. JIMENO BULNES, *La orden europea de detención y entrega: análisis normativo,* in C. ARANGÜENA FANEGO, M. DE HOYOS SANCHO, C. RODRÍGUEZ-MEDEL NIETO, *Reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea,* Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, CGPJ, Instituto de Estudios Europeos de la Universidad de Valladolid, 2015.

M. JIMENO BULNES, *Orden europea de investigación en materia penal*, in M. JIMENO BULNES (a cura di), *Aproximación legislativa versus reconocimiento mutuo en el desarrollo del espacio judicial europeo: una perspectiva multidisciplinar*, Barcelona, Bosch editor, 2016, 1.

M. JIMENO BULNES, *Aproximación legislativa versus reconocimiento mutuo en el desarrollo del espacio judicial europeo: una perspectiva multidisciplinar* in Colección Procesal, J.M. Bosch editor, 2016.

M. JIMENO BULNES, *Perspectiva de la Orden europea de detención y entrega: el principio de reconocimiento mutuo y la cooperación judicial en la Unión Europea,* in J. BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, *La cooperación judicial entre España y Italia. La Orden europea de detención y entrega en la ejecución de sentencias penales*, 2017.

M. JIMENO BULNES, *The use of intelligence information in criminal procedure: A challenge to defence rights in the European and the Spanish panorama*, in New Journal of European Criminal Law, SAGE, 2017, 8 (2).

M. JIMENO BULNES, *Brexit and the Future of European Criminal Law – A Spanish Perspective*, in Criminal Law Forum, Springer, 2017, 28 (2).

C. GABRIELLI, *Il prelievo coattivo di campioni biologici nel sistema penale*, Coll. Procedura Penale, Torino, Giappichelli, 2012.

A. GAITO, *Dei rapporti giurisdizionali con autorità straniere,* Cedam, 1985.

A. GAITO, *Riservatezza e intercettazioni tra norma e prassi*, I Libri., Roma, Aracne ed., 2011, con recensione di R. MANI in Arch. Pen., 2012, 3.

N. GALANTINI, *La cooperazione internazionale per la ricerca e l'acquisizione della prova* in O. DOMINIONI, *Argomenti di procedura penale internazionale*, Milano, UNICOPLI, 1982.

E. GALLUCCI, *Commento all'art. 18, l. 5 ottobre 2001, n. 367*, in Legisl. Pen., 2002.

R. A. GARCÍA, *Le clausole orizzontali della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in Riv. It. Dir. Pubbl. Com., 2003, 5.

E. GARCÍA LÓPEZ, *Agente encubierto y agente provocador, ¿dos figuras incompatibles?* in La *Ley*, 2003, 4.

R. GARCIMARTÍN MONTERO, *The European Investigation Order and the Respect for Fundamental Rights in Criminal Investigations*, in EUCRIM 2017/1.

G. GARUTI, *Le intercettazioni preventive nella lotta al terrorismo internazionale*, in Dir. Pen. Proc., 2005.

E. GATTI e A. VENEGONI, *Il Pubblico ministero Europeo nel Progetto di Costituzione europea* in www.forumcostituzionale.it.

A. GAUDIERI, *Opposizione al decreto di riconoscimento dell'ordine europeo di sequestro: scenari*, in Giurisprudenza Italiana Vol. Agosto-Settembre 2020 p. 2024;

A.GAUDIERI, *Novità in tema di cooperazione giudiziaria: i nuovi ordini europei di conservazione e produzione delle prove elettroniche,* in *Dir. pen. e processo* 9/2023.

G. GENNARI, *Bio informazione e indagini penali: la l. n. 85 del 30 giugno 2009*, in Resp. Civ. e Prev., 2009.

S. GIAMBRUNO, *Rapporti giurisdizionali con le Autorità straniere*, in Dir. Pen. Proc., 2002, 3.

A. A. GILLESPIE, *Cybercrime. KeyIssues and Debates*, Oxon-New York, 2016.

a. GIARDA – G. SPANGHER, Codice di procedura penale commentato I, Milano, 2023, 3206 ss. V., inoltre, F. Siracusano, La prova informatica transnazionale: un difficile "connubio" fra innovazione e tradizione, in Proc. pen. e giust, 1, 2017, 192.

L. GIORDANO, *L'intercettazione delle e-mail (già) ricevute o inviate e l'acquisizione di quelle parcheggiate nella cartella "bozze"*, in Il Penalista, 14 novembre 2016.

J. L. GONZÁLEZ-MONTES SÁNCHEZ, *Reflexiones sobre el proyecto de ley orgánica de modificación de la LECrim para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológicas*, in Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 17 giugno 2015.

G. GRASSO, *Diritto penale dell'economia, normativa comunitaria e coordinamento delle disposizioni sanzionatorie nazionali*, in Riv. Dir. Int. Priv. Proc., 1987.

G. GRASSO, *Comunità europee e diritto penale. I rapporti tra l'ordinamento comunitario e i sistemi penali degli Stati Membri*, Milano, Giuffrè, 1989.

G. GRASSO, *La protezione dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario e i suoi riflessi sui sistemi penali nazionali negli stati membri*, in Riv. Int. Dir.Uomo, 1991.

G. GRASSO, *Il Trattato di Lisbona e le nuove competenze penali*, in Studi in onore di Mario Romano, Napoli, Jovene, 2011.

V. GREVI, *Linee di cooperazione giudiziaria in materia penale nella Costituzione europea*, in E. DOLCINI e C. E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, Giuffrè, 2006.

M. A. GUTIÉRREZ ZARZA, *La Orden de Detención Europea y el futuro de la cooperación judicial penal en la Unión Europea: reconocimiento mutuo, confianza recíproca y otros conceptos clave*, in Manuales de formación continuada, 2007, 42.

M. A. GUTIÉRREZ ZARZA**,** *El principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia penal. Informe español*, in Revista de Derecho Penal, 2009, 27.

M. A. GUTIÉRREZ ZARZA, *Delincuencia organizada, autoridades judiciales desorganizadas y el aún poco conocido papel de Eurojust,* in *Espacio europeo de libertad, seguridad y justicia: últimos avances en cooperación judicialpenal*, diretto da C. ARANGÜENA FANEGO, 2010.

J. HABERMAS. *La costellazione postnazionale. Mercato globale, nazioni e democrazia,* Milano*,* Feltrinelli, 2002.

E. J. HOBSBAWM, *I ribelli. Forme primitive di rivolta sociale*, Torino, Piccola Biblioteca Einaudi, 1966.

P. IACOVELLI, *Terrorismo nella storia, origini ed evoluzione*, meditazioni pubblicate da Cercasi un fine, in http://www.cercasiunfine.it/meditando/articoli-cuf/terrorismo-nella-storia-origini-ed-evoluzione-di-paolo-iacovelli#.Wonaj-co9PY.

S. GIAMBRUNO, *Riflessioni "controcorrente" in materia di rogatorie internazionali*, in S. GIAMBRUNO (a cura di)*, Rapporti giurisdizionali con le Autorità straniere*, in Dir. Pen. Proc., 2002, 3.

J.J. GONZÁLEZ LOPEZ, *Los datos de tráfico de las comunicaciones electrónicas en el proceso penal*, Madrid, La Ley, 2007.

L. LAFONT NICUESA, *El agente encubierto en el proyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, in Diario La Ley, 2015.

G. LA GRECA, *Nota a Corte Costituzionale, 04 luglio 2002 n. 315*, in Giur. Cost. 2002, 4.

F. LAI, *Las principales novedades en el espacio LSJ en Italia. Reflexiones acerca de las directivas sobre embargo, incautación y decomiso y sobre la reciente aplicación de la Decisión Marco 2003/577/JAI y de la Directiva 2014/42/UE*, reperibile nel lavoro monografico *Los retos del espacio de Libertad, Seguridad y Justicia de la UE en 2016* coordinato da A.GUTTIÉREZ ZARZA, La Ley Penal, Madrid ,Wolters Kluwer, 2016.

F. LAI, *L'utilizzo del captatore informatico tra lotta alla criminalità e tutela della privacy. Uno sguardo alle esperienze straniere*, in Il Penalista, 25 settembre 2017.

W. LAQUEUR, *Storia del terrorismo*, Milano, Rizzoli, 1978.

P. LASZLOCZKY, voce *Rogatoria*, in Enc. Dir. XLI, 1989.

G. LATTANZI, E. SELVAGGI, *Formalismi inutili*, in Guida Dir., 2001.

G. LEO*, Il prelievo coattivo di materiale biologico nel processo penale e l'istituzione della banca dati nazionale del Dna*, in Riv. Ital. Med. Leg*.,* 2011.

L. LOMBARDO, *L'istituzione del procuratore europeo: problemi e prospettive*, in Cass. Pen., 2003, 43, 2.

S. LORUSSO, *"Superprocura" e coordinamento delle indagini in materia di criminalità organizzata tra presente, passato e futuro*, in Diritto Penale Contemporaneo, 2014, 2.

F. LO VOI, *Eurojust: prime riflessioni su alcuni profili ordinamentali,* in Dir. Pen. Proc., 2005, 5.

M. LUGATO, *Diritto alla tutela giurisdizionale, sanzioni individuali contro il terrorismo internazionale e giudici dell'Unione europea*, in Legisl. Pen., 2/2012.

G. LUMIA, *Scienze umane e sapere giuridico*, in *La giustizia penale e la fluidità del sapere*, Padova, Cedam, 1988.

L. LUPARIA, *Le promesse della genetica forense e il disincanto del processualista. appunti sulla prova del dna nel sistema italiano*, in Riv. It. Med. Leg., 2016, 1.

V. MAGRO SERVET, *Las nuevas tecnologías en el proceso penal: en particular el uso de la videoconferencia*, in Estudios de derecho judicial, 2004, 58.

A. MANGIARANCINA *Verso nuove forme di cooperazione giudiziaria: Le squadre investigative comuni*, in Cass. Pen., 2004, 6.

A. MANGIARACINA, *L'acquisizione "europea" della prova cambia volto: l'Italia attua la Direttiva relativa all'ordine europeo di indagine penale*, cit., 180;

D. MANZIONE, *L'attuazione italiana e all'italiana di Eurojust*, in Legisl. Pen., 2005, 3.

M. R. MARCHETTI, *Ratificato l'accordo Italia-Svizzera per una migliore assistenza giudiziaria in materia penale* in Dir. Pen. Proc., 2002, 1.

M. R. MARCHETTI, *Il diniego obbligatorio e facoltativo del mandato*, in AA. VV., Il mandato d'arresto europeo e l'estradizione, a cura di E. ROZO ACUNA, Padova, Cedam, 2004.

M.R. MARCHETTI, *L'assistenza giudiziaria internazionale*, Milano, Giuffrè, 2005.

A. L. MARTÍN GARCÍA, L. M. BUJOSA VADELL, *La obtención de prueba en materia penal en la Unión Europea*, Barcellona, Atelier, 2016.

MANES – CAIANIELLO, *Introduzione al diritto penale europeo: fonti, metodi, istituti, casi*, Torino, 2020, passim..

L. GIORDANO, *Presupposti e limiti all'utilizzo del captatore informatico: le indicazioni della Suprema Corte,* in Sistema Penale (web) 4/2020.

E. MURONE, *Brevi note sul rapporto tra Trojan Hourse e libertà di autodeterminazione,* in Penale Dir. e proc. 2021.

G. TESSITORE, *Sulla nozione di criminalità organizzata ai fini della disciplina in deroga delle intercettazioni, in* Sistema Penale (*Web*) 2023.

G.L. GATTA, *Intercettazioni e criminalità organizzata: quando voler precisare si finisce per complicare,* in Sistema Penale n° 7-8/2023.

C. PARODI, *Ordine di indagine europeo: la disciplina delle intercettazioni*, in Cass. pen., 3, 2020, 1314 ss.

C. DE LUCA, *La prima pronuncia della corte di giustizia sull'ordine europeo d'indagine penale: un approccio formale diretto a favorire l'efficacia della cooperazione giudiziaria,* in *Cass. pen.,* 2020, n. 10, p. 3854 ss..

C. DE LUCA, *La Corte di giustizia si pronuncia nuovamente sull'ordine europeo di indagine penale: la tutela dei diritti fondamentali prevale sull'efficienza investigativa*, in Sistema Penale (web), 9 marzo 2022.

C. DE LUCA, *Intercettazioni eseguite mediante ordine europeo di indagine: qualcosa di nuovo sul fronte occidentale?*, in Cass. pen., 2, 2023, 590 ss.

L. PRESSACCO, *Novità. La relazione annuale del membro nazionale italiano presso Eurojust (2020)*, in *Cass. Pen*., 2021, n. 6, p. 2199 ss..

G. BORGIA, *La prima volta dell'ordine europeo di indagine penale dinanzi alla Corte di giustizia UE: strumento nuovo, approccio di sempre*, in *Arch. pen,* 2020, n. 1, p. 1 ss..

M. SIMONATO, *Reciproco riconoscimento in materia penale e vie di ricorso: la prima sentenza della CGUE sull'ordine europeo di indagine*, in *www.europeanlawblog.eu*, 1 aprile 2020, p. 1 ss..

M. GIALUZ, *L'emergenza nell'emergenza: il decreto-legge n. 28 del 2020, tra ennesima proroga delle intercettazioni, norme manifesto e "terzo tempo" parlamentare*, in *Sist. pen.,* 1° maggio 2020.

M. MIRAGLIA, *La riforma delle intercettazioni e la redazione dei "brogliacci di ascolto"*, in M. GIALUZ (a cura di), *Le nuove intercettazioni*, in *Diritto di internet*, 2020, n. 3 (suppl.), p. 8 ss.

L. GIORDANO, *Presupposti e limiti all'utilizzo del captatore informatico: le indicazioni della Suprema Corte*,in *Sist. pen. - Riv. trim*., 2020, n. 4, p. 109 ss..

PRETTI, *La metamorfosi delle intercettazioni, ultimoatto? La legge n. 7/2020 di conversione del d.l. n. 161/2019*, in *Sist. pen.*, 2 marzo 2020.

NEGRI, *Splendori e miserie della legalità processuale. Genealogie culturali*, èthos *delle fonti, dialettica tra le Corti*, in *Arch. pen.*, 2017

W. NOCERINO, *Prime riflessioni a margine del nuovo decreto legge in materia di intercettazioni*, in *Sist. pen. - Riv. trim.*, 2020, n. 1, p. 63 ss.

W. NOCERINO, *Ancora in tema di criptofonini: nuovi arresti giurisprudenziali in attesa delle Sezioni Unite*, in *penaledp.it*, 29 novembre 2023.

L. CAMALDO, *Le innovazioni previste dalla legge anticorruzione in tema di intercettazioni con captatore informatico*, in *Dir. pen. cont.*, 24 settembre 2019;

M. BONTEMPELLI, *Il captatore informatico in attesa della riforma*, in *Dir. pen. cont*., 20 dicembre 2018.

M. BARGIS, *La cooperazione giudiziaria in materia penale alla prova dell'emergenza da covid-19*, in *Sist. pen*., 24 giugno 2020, p. 1 ss.

G.L. GATTA, *EmergenzaCovid e sospensione della prescrizione del reato: la Consulta fa leva sull'art. 159 c.p. per escludere la violazione del principio di irretroattività ribadendo al contempo la natura sostanziale della prescrizione, coperta dalla garanzia dell' art. 25, comma 2, Cost.*, in *Sist. pen*., 26.12.2020.

M. CAIANIELLO, *L'OEI dalla direttiva al decreto n. 108 del 2017*, in AA.VV., *L'ordine europeo di indagine penale. Il nuovo volto della raccolta transnazionale delle prove nel d.lgs. n. 108 del 2017* (a cura di M. Daniele - R.E. Kostoris), Torino, 2018, 17 ss..

M. ROMANELLI, *Il contrasto al terrorismo internazionale in una prospettiva di esperienza e di cultura,* in Sistema Penale (*web*) 2022.

MATTARELLA, *Il cybercrime nell'ordinamento italiano e le nuove prospettive dell'Unione Europea e delle Nazioni Unite*, in Dir. pen. proc., 2022, 6, p. 809 ss.

P. ANNICCHINO, *(In)sicurezza dei dati, contromisure e attività di contrasto alla criminalità informatica*, in Dir. Pen. proc., Speciale Cybercrime, 2022, 9, p. 1155 ss.

CUOMO, *La prova digitale, in Prova scientifica e processo penale*, a cura di Canzio, Luparia, Milano, 2022, 663 ss…

O. MAZZA, *Il processo che verrà: dal cognitivismo garantista al decisionismo efficientista*, in Arch. pen. (*Web*), 2, 2022.

G. DIOTALLEVI, *La c.d. "concelebrazione" delle rogatorie e gli atti diretti di giurisdizione all'estero,* cit.; Sul punto anche Cass. Sez. III sent. n°1396 del 14 gennaio 2022.

F. SIRACUSANO, *The European Investigation Order for Evidence Gathering Abroad*, in AA.VV., EU Criminal Justice. Fundamental Rights, Transnational Proceedings and the European Public Prosecutor's Office (a cura di T. RAFARACI, R. BELFIORE), Cham, 2019, 85 ss.

A.GAUDIERI, *Opposizione al decreto di riconoscimento dell'ordine europeo di sequestro: scenari*, in Giur. It., 8-9, 2020.

M. ROMANELLI, *Il contrasto al terrorismo internazionale in una prospettiva di esperienza e di cultura,* in Sistema Penale (*web*) 2022.

GRISONICH, *Il nuovo controllo giurisdizionale sulla perquisizione non seguita da sequestro: connotati dell'impugnazione e riverberi a livello sistematico,* in Arch. Pen. (*web*) 2023 n.3.

N.GALLO, *Un altro tassello giurisprudenziale in tema di Ordine Europeo di Indagine Penale (OEI) per l'acquisizione della digital evidence dal server estero,* in Arch. Pen. (*web*) fascicolo n. 3 Settembre-Dicembre 2023.

P. SPAGNOLO, *Il procedimento di emissione dell'O.E.I.*, in M. DANIELE - R. E. KOSTORIS (a cura di), *L'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 86.

S. MONTALDO, *A caccia di … prove. L'ordine europeo di indagine penale tra complesse stratificazioni normative e recepimento nell'ordinamento italiano*, in *Giur. pen. web*, 2017, n. 11, p. 1 ss.

F. NICOLICCHIA, *a passi incerti nel solco di categorie evanescenti: riflessioni a partire dalla querelle giurisprudenziale sull'acquisizione di messaggistica criptata all'estero*, in Sist. Pen. (web) 27 febbraio 2024

S. FRANZ, *Questioni in tema di regime transitorio*, in M. Daniele - R. E. Kostoris (a cura di), *L'ordine europeo di indagine penale,* cit., p. 199 ss..

S. RAGAZZI-F. SPIEZIA, *decifrare, acquisire e utilizzare le comunicazioni criptate in uso alla criminalità organizzata: uno sguardo europeo in attesa del count-down italiano*, in Sist. Pen. (web) 26 febbraio 2024.

M. ROMANELLI, *Riflessioni sul complessivo sistema di contrasto al terrorismo internazionale in Italia*, in *Diritto penale contemporaneo*, 14 giugno 2019.
M. ROMANELLI, *Il valore della memoria. Riflessioni a margine di un corso della S.S.M. sul terrorismo dedicato a Guido Galli*, in Sistema Penale, 8 settembre 2021.
SPINOSA, *La cooperazione giudiziaria in materia di terrorismo in ambito UE e la giurisprudenza delle corti europee*, in Diritto Penale Contemporaneo, 1, 2017, 165.
G. DI PAOLO, *La presa in considerazione del "precedente penale europeo" tra fonti sovranazionali e disciplina interna di recepimento*, in Cass. Pen. 2017, 6, 2472C.
CORTESE, *La protezione dei dati di carattere personale nel diritto dell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, in Dir. Un. Eur., 2013, 2, 313.
A.MARANDOLA (a cura di), *Cooperazione giudiziaria penale*, Milano, Giuffrè, 2018.
PONTI, *Riforma dell'assistenza giudiziaria penale e tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento italiano. dalla legge n. 149 del 2016 al recepimento della direttiva 2014/41/UE*, in *Legisl. Pen*., 2 ottobre 2017.
G. ZICCARDI, *Informatica giuridica. Privacy, sicurezza informatica, computer forensics e investigazioni digitali*, Vol. II, Milano 2012, p. 296.
C. SANTORIELLO, *La legge di ratifica della Convenzione di Budapest ed il nuovo diritto penale dell'informatica*, in G. AMATO, V.S. DESTITO, C. C. SANTORIELLO, *I Reati informatici. Nuova disciplina e tecniche processuali d'accertamento*, Padova 2010.
S. RENZETTI, *La prova scientifica nel processo penale: problemi e prospettive*, in Riv. dir. proc., 2015, p. 399 ss..
S. ATERNO, *Acquisizione e analisi della prova informatica*, in Dir. pen. proc. , 2008; ID., *Le investigazioni informatiche e l'acquisizione della prova digitale*, in Giur. merito, 2013, p. 955 ss.
D. CURTOTTI, *Le ragioni di un confronto di idee*, in *Arch. Pen*., 2013, p. 765;
M.L. DI BITONTO, *La ratifica della Convenzione del Consiglio d'Europa sul cybercrime: profili processuali*, in Dir. internet, 2008, p. 503 ss.; 147.
L. MARAFIOTI, *Digital evidence e processo penale*, in Cass. pen., 2011, p. 4509.
G. PIERRO, *Introduzione allo studio dei mezzi di ricerca della prova informatica*, in Dir. pen. proc., 2011, p. 1516.
R. PEZZUTO, *Accesso transnazionale alla prova elettronica nel procedimento penale: la nuova iniziativa legislativa della Commissione europea al vaglio del Consiglio dell'Unione*, cit., 80.

E. MARTÍNEZ GARCÍA, *La orden europea de investigación: actos de investigación, ilicitud de la prueba y cooperación judicial transfronteriza,* Valencia, Tirant Lo Blanch, 2016.

A.M. MAUGERI, *La Direttiva 2014/42/UE relativa alla confisca degli strumenti e dei proventi da reato nell'Unione europea tra garanzie ed efficienza: un work in progress*, in Diritto Penale Contemporaneo*,* 2015, 1.

C. MILLON-DELSON, *Il principio di sussidiarietà*, Giuffrè, Milano, 2003.

Á. MUÑOZ MARÍN, *El agente encubierto y su diferenciación con la provocación para delinquir*, in CEF Legal, 2014, 158.

R. A. MORAN MARTINEZ, *Obtención y utilizaciòn de la prueba transnacional*, in Revista de Derecho Penal, 2010, 30.

N. A. MOREDA, *Eurojust, a la vanguardia de la cooperación judicial en materia penal de la Unión Europea*, in Revista de Derecho Comunitario Europeo, n. 41, Madrid 2012.

P. MOSCARINI, *Eurojust e il pubblico ministero europeo: dal coordinamento investigativo alle investigazioni coordinate*, in Dir. Pen. Proc., 2011, 5.

V. MUSACCHIO, *Il Trattato di Lisbona e le basi per un nuovo diritto penale europeo*, in Riv. Pen., 2008, 5.

V. MUSACCHIO, *La cooperazione penale internazionale nella prevenzione e nella lotta contro il traffico degli esseri umani. Un occhio di riguardo alle vittime*, in Dir. Pen. Proc., 2005, 8.

B. NASCIMBENE, *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia a due anni dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona*, in Diritto, immigrazione e cittadinanza, 2011, 4.

B. NASCIMBENE, *Le garanzie giurisdizionali nel quadro della cooperazione giudiziaria penale europea*, in Dir. Pen. Proc., 2009, 4.

B. NASCIMBENE, *Da Schengen a Maastricht, Apertura delle frontiere, cooperazione giudiziale e di polizia*, Milano, Giuffré, 1995.

M. NOBILI, *Associazioni mafiose, criminalità organizzata e sistema processuale penale*, in *Criminalità organizzata e risposte ordinamentali. Tra efficienza e garanzie*, a cura di S. MOCCIA, Napoli, ESI, 1999, 6.

F. NUZZO, Nota a Corte Costituzionale, 4 luglio 2002 n.315 *Indicazioni della Corte costituzionale in tema di rogatorie all'estero* in Cass. Pen. 2002, 11.

R. ORLANDI, *Qualche rilievo intorno alla vagheggiata figura di un pubblico ministero europeo*, in L. PICOTTI, *Possibilità e limiti di un diritto penale dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 1999.

R. ORLANDI, *Attività di intelligence e diritto penale della prevenzione,* in G. ILLUMINATI, *Nuovi profili del segreto di Stato e dell'attività di intelligence*, Torino, Giappichelli, 2010.

J. C. ORTIZ PRADILLO, *El uso de la videoconferencia en el proceso penal español*, in Revista brasileira de ciências criminais, 2007, 67.

C. PANSINI, *Il rifiuto della consegna motivato da esigenze "processuali"*, in AA. VV., Il mandato d'arresto europeo, a cura di G. PANSINI, A. SCALFATI, Napoli, Iovene, 2005.

M. PANZAVOLTA, *Ordine di indagine europeo e indagini bancarie: spunti di riflessione sul concetto di caso interno analogo e atto di indagine alternativo*, in A. DI PIETRO e M. CAIANIELLO (a cura di), *Indagini penali e amministrative in materia di frodi IVA e di imposte doganali. L'impatto dell'European Investigation Order sulla cooperazione,* Bari, Cacucci ed., 2016.

P. PAULESU, *Contrasto al terrorismo e presunzione di non colpevolezza*, in Riv. Dir. Proc., 2008.

C. M. PAOLUCCI, *Cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale*, Padova, Utet, 2011.

J. PÉREZ GIL, *Actuación policial concertada más allá de las fronteras: los equipos conjuntos de investigación en la UE*, in Revista de Estudios Europeos 2007, 45.

G. PÉREZ SOUTO, *Eurojust: ¿un instrumento eficaz en la lucha contra el crimen organizado?*, in Revista General de Derecho Europeo, 2013.

C. PÉREZ BERNÁRDEZ, *El collage de la política antiterrorista de la Unión Europea*, in M. PÉREZ GONZÁLEZ, E. CONDE PÉREZ, *Lucha contra el terrorismo, Derecho Internacional Humanitario y Derecho Penal Internacional,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.

J. PÉREZ GIL*, Equipos conjuntos de investigación penal*, in M. JIMENO BULNES, *La cooperación judicial civil y penal en el ámbito de la Unión Europea: instrumentos procesales*, Bosch editor, Universidad de Burgos, 2007.
J. PÉREZ GIL, Actuación *policial concertada más allá de las fronteras: los equipos conjuntos de investigación en la UE*, in Revista de Estudios Europeos 2007, 45.
M. A. PÉREZ MARÍN, *Avanzando hacia la Fiscalía Europea,* in Revista de la Facultad de Derecho, 2014, 12.
M. A. PÉREZ MARÍN, *El futuro órgano instructor común, una propuestapara la organización de la Fiscalía Europea y para el control de su actividad,* in Cuadernos de política criminal, 2008, 95.
M. A. PÉREZ MARÍN, *La lucha contra la criminalidad en la Unión Europea,* Barcelona, Atelier, 2013.
B. PIATTOLI, *Cooperazione giudiziaria e pubblico ministero europeo*, Milano, Giuffrè, 2002.
B. PIATTOLI, *Videoconferenze e cooperazione nel processo penale*, Milano, Giuffrè, 2005.
L. PICOTTI, *Diritto penale comunitario e Costituzione europea*, in S. CANESTRARI – L. FOFFANI (a cura di), *Il diritto penale nella prospettiva europea. Quali politiche criminali per quale Europa*, Milano, Giuffrè, 2005.
L. PICOTTI, *Superamento della tecnica del c.d. doppio testo e tutela degli interessi europei*, in G. GRASSO, R. SICURELLA (a cura di), *Per un rilancio del progetto europeo. Esigenze di tutela degli interessi comunitari e nuove strategie di integrazione penale*, Milano, Giuffrè, 2008.
R. PINARDI, *Rogatorie internazionali, imputati eccellenti e principio di "continuità" della funzione giurisdizionale (riflessioni sulla legittimità costituzionale di una norma dal sapore procedimentale)*, in *Amicus curiae*. Atti sem. prev. Ferraresi (Ferrara, 29 gennaio 2002), Torino, Giappichelli, 2002.
M. PISANI*, Criminalità organizzata e cooperazione internazionale*, in Riv. It. Dir. Proc. Pen., 1998, 41, 3.
M. PISANI, *Un primo caso di collegamento audiovisivo per una rogatoria per l'estero*, in Riv. It. Dir. Proc. Pen., 2002.

M. PISANI, *Rogatorie internazionali e videoconferenze*, in Riv. Dir. Proc., 2002.
E. PISTOIA, *Cooperazione penale nei rapporti tra diritto dell'U.E. e diritto statale*, Napoli, Esi, 2008.
S. PONTEDURO, *Le squadre investigative comuni sovranazionali: un nuovo strumento di cooperazione giudiziaria e di polizia*, in Cass. Pen., 2012, 52, 10.
C. PONTI, *Riforma dell'assistenza giudiziaria penale e tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento italiano. dalla legge n. 149 del 2016 al recepimento della direttiva 2014/41/UE*, in Legisl. Pen., 2 ottobre 2017.
A. PRESUTTI, *Legge sulle rogatorie internazionali e inutilizzabilità dellaprova* in Riv. It. Dir. Proc. Pen., 2003, 4.
L. PRIMICERIO, *Riesaminabilità del decreto di sequestro eseguito per rogatoria all'estero* in Cass. Pen., 2003.
A. PUGIOTTO, *Retroattività legislativa ed affidamento delle parti processuali nella sicurezza giuridica,* in *Rogatorie internazionali e dintorni*, in in AA. VV., *Rogatorie internazionali e dintorni, Amicus curiae*. Atti sem. prev. Ferraresi (Ferrara, 29 gennaio 2002), Torino, Giappichelli, 2002.
A. RANCHAL BUSTOS, *Estrategia de seguridad de la Unión Europea. Una década de Equipos conjuntos de investigación*, in Revista del Instituto deEstudios de Policía, 2014, 125.
C. REMOTTI CARBONEL, *Las medidas contra el terrorismo en el marco del Tratado de Prüm*, in Revista de Derecho Constitucional Europeo, 2007, 7.
S. RENZETTI, *Acquisizione dei dati segnalati sul display del cellulare: il rischio di una violazione dell'art. 15 Cost., nota a Cass. Pen., Sez. IV, 8 maggio 2003, Lanzetta*, in Cass. Pen., 2006.
M. REVENGA SÁNCHEZ, *Protección multinivel de los derechosfundamentales y lucha contra el terrorismo a escala europea (a propósito de las listas negras y otras anomalías de la Unión),* in Revista Vasca de Administración Pública, 2008, 82.
M. RICCARDI, *Dati esteriori delle comunicazioni e tabulati di traffico. Il bilanciamento tra privacy e repressione del fenomeno criminale nel dialogo tra giurisprudenza e legislatore*, in Diritto Penale Contemporaneo, 2016, 3.
L. SCOMPARIN-A. CABIALE, *The Proportionality Test in Directive 2014/41/EU: Present and Future of a Fundamental Principle*, in *rivista.eurojus.it*, 2022, n. 2.

F. ROBERTI, *La criminalità organizzata transnazionale e il tessuto bancario- finanziario*, in AA.VV., *Diritto penale europeo*. *Spazio giuridico e rete giudiziaria.*, a cura di N. BARTONE, Padova, Cedam, 2001.

C. RODRÍGUEZ MEDEL NIETO, *Obtención y Admisibilidad en España de laPrueba Penal Transfronteriza. De las comisiones rogatorias a la orden europea de investigación,* Pamplona, Aranzadi, Thomson Reuteres, 2016.

M. ROMANI, *Servizi di polizia internazionale, cooperazione giudiziaria e terzo pilastro dell'Unione europea*, Padova, Cedam, 2009.

L. SALAZAR, *La costruzione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia dopo il Consiglio europeo di Tampere*, in Cass. Pen., 2000, 2.

L. SALAZAR, *Eurojust: una prima realizzazione della Decisione del Consiglio Europeo di Tampere*, in Doc. Giust, 2000, 6.

L. SALAZAR, *Misure di contrasto alla criminalità organizzata elaborate dall'Unione europea*, in AA.VV., *La cooperazione internazionale per la prevenzione e la repressione della criminalità organizzata e del terrorismo*, a cura di M. CHERIF BASSIUNI, Milano, Giuffré, 2005.

L. SALAZAR, *Definitivamente approvato il regolamento istitutivo della Procura europea (EPPO)*, in Diritto Penale Contemporaneo, 2017, 10.

L. SALAZAR, *Habemus EPPO! La lunga marcia della Procura europea*, in Archivio penale, 2017, 3.

G. SALVI, *Conoscere il terrorismo jihadista. Strumenti e tecniche di indagine*,in AA.VV., *Terrorismo internazionale. Politiche della sicurezza. Diritti fondamentali. Atti del convegno di Pisa*, 11-12 marzo 2016, in QuestioneGiustizia, Speciale, sett. 2016.

R. SÁNCHEZ GÓMEZ, *El agente encubierto informático*, in La ley penal, 2016.

Z. SECCHI, *Rogatorie con la Svizzera: risposta alle attività transnazionali della criminalità (lucido disegno o confusione mentale?),* in Questione giustizia, 2002, 1.

Z. SECCHI, *Il detenuto oltre confine va in videoconferenza*, in Guida al Dir., 2001, 42.

Z. SECCHI, *Classificazione delle rogatorie ed individuazione degli atti rogabili*, in G. LA GRECA- M.R. MARCHETTI, *Rogatorie penali e cooperazione giudiziaria internazionale*, Torino, 2003.

E. SELVAGGI, *La nuova legge sulle rogatorie*, in Cass. Pen., 2001.

E. SELVAGGI, *Noi e gli altri: appunti in tema di atti processuali all'estero*, nota a Cass. Pen. Sez. I, 29 maggio 2007 n. 23967, in Cass. Pen. 2009, 5.

E. SELVAGGI, *Procedimenti paralleli, la giustizia concordata si fa strada nel sistema,* in *Guida dir.,* 2017, n. 45, p. 76 ss.;

R. SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell'Unione europea; linee guida per un sistema integrato di tutela dei beni giuridici soprannazionali e deibeni giuridici di interesse comune*, Milano, Giuffrè, 2005.

R. SICURELLA, *"Eppur si muove": alla ricerca di un nuovo equilibrio nella dialettica tra legislatore comunitario e legislatore nazionale per la tutela degli interessi dell'Unione europea*, in G. GRASSO – R. SICURELLA (a cura di), *Per un rilancio del progetto europeo. Esigenze di tutela degli interessi comunitari e nuove strategie di integrazione penale*, Milano, Giuffrè, 2008.

F. SIRACUSANO, *Tra mutuo riconoscimento e armonizzazione preventiva: quali prospettive per la circolazione della prova dichiarativa nell'ambito dell'Unione europea?,* in Arch. Pen., 2012, 1.

M. SOSSAI, *La prevenzione del terrorismo nel diritto internazionale*, Torino, Giappichelli, 2012.

C. SOTIS, *Il Trattato di Lisbona e le competenze penali dell'Unione europea*, in Cass. Pen., 2010, 4.

G. Spangher, *Chat. Saranno le Sezioni Unite a "decriptare" le questioni giuridiche*, *ivi*, 13 novembre 2023.

F. SPIEZIA, *Il coordinamento giudiziario sovranazionale problemi e prospettive alla luce della nuova decisione 2009/426/GAI che rafforza i poteri di Eurojust*, in Cass. Pen., 2010, 50, 5.

V. SPINOSA, *La cooperazione giudiziaria in materia di terrorismo in ambito UE e la giurisprudenza delle corti europee*, in Diritto Penale Contemporaneo, 2017, 1.

E. STEIN, *Un nuovo diritto per l'Europa*, Milano, Giuffrè, 1991.

A. TESTAGUZZA, *Digital forensics*. *Informatica giuridica e processo penale*,Padova, Cedam, 2015.

K. TIEDMANN, *El futuro del proceso penal europeo. Aspectos de interés, en especial sobre la lucha antiterrorista*, in J. L. GÓMEZ COLOMER, J. L. GONZÁLEZ CUSSAC, *Terrorismo y proceso penal acusatorio*, Valencia, Tirant lo Blanch, Universitat Jaume-I, 2006.

A. TINOCO PASTRANA, *El embargo preventivo y el aseguramiento de pruebas en los procesos penales en la UE. Novedades tras la Ley 23/2014, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea y la Directiva 2014/41/CE relativa a la orden europea de investigación en materia penal*, in Cuadernos Europeos de Deusto, 2015, 52.

A. TINOCO PASTRANA, *La participación de las asociaciones de victimas como parte acusadora en el proceso penal y el nuevo Estatuto de la victima de delito*, *por el que se transpone la Directiva 2012/29/UE*, in Cuadernos de Polìtica Criminal, 2015., 115, 1.

A. TINOCO PASTRANA, *La lucha contra el terrorismo en la Unión Europea desde una perspectiva procesal*, in Araucaria: Revista Iberoamericana de filosofía, política y humanidades, 2016, 18, 36.

A. TINOCO PASTRANA, *L'ordine europeo di indagine penale*, in Processo penale e giustizia, 2017, 2.

J. J. TIRADO ESTRADA, *La audición por videoconferencia como instrumento de auxilio internacional en el proceso penal. Especial referencia a su compatibilidad con el Ordenamiento Jurídico interno español*, in Estudios jurídicos. Ministerio Fiscal, 2003, 3.

P. TONINI, *La cooperazione internazionale nell'ambito del Consigliod'Europa e dell'Unione Europea* in *Manuale di procedura penale*, Giuffrè, Milano, 2016, 7, 3.

P. TONINI, *Il pubblico ministero europeo nel Corpus juris sulla repressione delle frodi comunitarie*, in Riv. Ital. Dir. Pubbl. Com., 1999, 1.

M. TORRE, *Il captatore informatico. Nuove tecnologie investigative e rispetto delle regole processuali*, in *Nuovi scenari del processo penale*, diretta da G. M. BACCARI, C. CONTI, P. TONINI, Milano, Giuffré, 2017.

P. TROISI, *La circolazione di informazioni per le investigazioni penali nello spazio giuridico europeo*, Padova, Cedam, 2012.

G. UBERTIS, *La prova acquisita all'estero e la sua utilizzabilità in Italia*, in Cass. Pen., 2014, 696 ss. F. VALBUENA GONZÁLEZ, *La intervención a distancia de sujetos en el proceso penal*, in Revista del Poder Judicial, 2007, 85.

G. VACIAGO, Digital evidence. *I mezzi di ricerca della prova digitale nel procedimento penale e le garanzie dell'indagato*, Giappichelli, Torino, 2012.

G. VACIAGO, *La disciplina normativa sulla* data retention *e il ruolo degli* Internet service provider, in AA.VV., Internet provider *e giustizia penale. Modelli di responsabilità e forme di collaborazione processuale*, a cura di L. LUPÀRIA, Milano, Giuffré, 2012.

F. VALBUENA GONZÁLEZ, *Una perspectiva de derecho comparado en la Unión Europea acerca de la utilización de la videoconferencia en el proceso penal: los ordenamientos jurídicos español, italiano y francés*, in Revista de Estudios Europeos, 2009, 53.

F. VALBUENA GONZÁLEZ, *Proceso penal y videoconferencia*, in *Derechos y nuevas tecnologías*, III, Universidad de Deusto, San Sebastian, 2011.

C. VALENTINI, *Sezioni Unite e i testimoni residenti all'estero: una preziosa occasione per precisare i confini del contraddittorio nella formazione della prova,* in Processo penale e giustizia, 2012, 1.

R.C. VAN CAENEGEN, M. ASCHERI*, I sistemi giuridici europei*, Bologna, Il Mulino, 2003;. M.P. CHITI, *The EU legal order,* in AA.VV., *Istitutional reforms in the European Unión: memorandum for the convention,* Roma, Europeos, 2002.

F. VASSALLO PALEOLOGO, *Accordi di riammissione e Direttiva sui rimpatri*, in L'altro diritto, www.altrodiritto.unifi.it.

F. VECCHIO, *Il principio di sussidiarietà nel Trattato costituzionale: procedimentalizzazione verso giustiziabilità*, in Quaderni costituzionali, 2010.

A. VENEGONI, *Indagini penali e diritto UE nelle frodi comunitarie. Incidenza del diritto dell'UE sul diritto penale interno*, in Osservatorio internazionale/Europeo reperibile in Questione Giustizia, 2013.

F. VERGINE, Voce "Confisca", in *Digesto delle discipline penalistiche*, Torino, Utet, 2013.

B. VIDAL FERNÁNDEZ**,** *De la "asistencia" judicial penal en Europa a un "Espacio Común de Justicia Europeo"* in C. ARANGÜENA FANEGO, *Cooperación judicial penal en la Unión Europea: La Orden Europea de Detención y Entrega*, Lex Nova: Universidad de Valladolid, Instituto de Estudios Europeos, 2005.

U. VILLANI*, I diritti fondamentali tra Carta di Nizza, Convenzione europea dei diritti dell'uomo e progetto di Costituzione europea* in Riv. Il diritto dell"Unione europea, 2004.

I. VILLAR FUENTES, *Reflexiones sobre el agente encubierto informático*, in *El proceso penal: cuestiones fundamentales,* coord. da O. FUENTESSORIANO, Tirant lo Blanch, 2016.

J. R. VOGEL, *La prueba transnacional en el proceso penal: un marco para la teoría y praxis*, in V. MORENO CATENA, L. ARROYO ZAPATERO, Centro de Estudios Jurídicos, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2006.

A. WEYEMBERGH, *Storia della cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale,* in R.E. KOSTORIS (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, Milano, Giuffrè, 2014.

A. ZAMPAGLIONE, *Il recupero della funzione di garanzia del decreto autorizzativo quale "strada maestra" per arginare le potenzialità invasive del trojan e salvaguardare valori di rilievo costituzionale,* dirittifondamentali.it (web) fascicolo 1/2019.

A. ZAPPULLA, *Segreti* versus *contraddittorio in materia di intercettazioni*, in Cass. Pen., 2014, 12.

J. I. ZARAGOZA TEJADA, *El agente encubierto "online": la última frontera de la investigación penal*, in Revista Aranzadi Doctrinal, 2017, 1.

GIURISPRUDENZA

CORTE DI CASSAZIONE

Cass. Pen., Sez. I, sent. n. 965 del 19 febbraio 1979, Buscetta, in Cass. Pen., 1981.

Cass. Pen., Sez. I, sent. n. 1772 del 24 luglio 1993, Raspa, in CED Cass. n. 194754.

Cass. Pen., Sez. I, sent. n. 585 del 8 febbraio 1996, Crespi, in Cass. Pen., 1998.

Cass. Pen., Sez. I, sent. n. 6796 del 4 febbraio 1997, Covello, in CED Cass.n. 206777.

Cass. Pen., Sez. V, sent. n. 873 del 05 febbraio 1997, Colecchia, in CED Cass. n. 206902.

Cass. Pen., Sez. I, sent. n. 5938 del 26 febbraio 1998, Russo, in CED Cass.n. 209890.

Cass. Pen., Sez. V, sent. n. 2914 del 2 luglio 1998, Assisi, in Cass. Pen. 1999.

Cass. Pen., Sez. VI, sent. n. 11109, del 13 luglio 1999, in Cass. Pen. 2000. Cass. Pen., Sez. VI, 7 marzo 2000, Rosmini, in Cass. Pen., 2000, 14, 30. Cass. Pen., Sez. VI, n. 5447 del 12 dicembre 2001, Castellucci, in Cass. Pen.2002.

Cass. Pen., Sez. I, sent. n. 37774 del 8 novembre 2002, Strangio, in Cass. Pen., 2003.

Cass. Pen., Sez. II, n. 20131 del 2 aprile 2003, Del Mistro, in Cass. Pen. 2004.

Cass. Pen., SS. UU., n. 21420 del 16 aprile 2003, Monnier, in Cass. Pen. 2003.

Cass. Pen., Sez. IV, n. 37751 del 13 giugno 2003, Lengu, in CED Cass. n. 226174.

Cass., Sez. III, 19 ottobre 2023, n. 47201; Id., Sez. IV, 28 marzo 2023, n. 19623; Id., Sez. I, 8 febbraio 2023, n. 19155; Id., 13 gennaio 2023, n. 19083. Nel senso, invece, dell'applicabilità dell'art. 234, Id., Sez. VI, 26 ottobre 2023, n. 46833; Id., 27 settembre 2023, n. 46482.

Cass., Sez. I, 6364/2023.

Cass., Sez. VI, 44154/2023 e 44155/2023.

Cass. Pen., Sez. I, sent. n. 41302 del 30 ottobre 2003, Acri, in CED Cass. n. 226069.

Cass. Pen., Sez. I, 6 maggio 2004, Ciaglia, in CED Cass. n. 228441.

Cass. Pen., Sez. VI, sent. n. 40807 del 20 ottobre 2004, Pacifico, in CED Cass. n. 229926.

Cass. Pen., Sez. II, sent. n. 1573 del 22 novembre 2005, Zummo, in CED Cass. n. 232990.

Cass. Pen., Sez. I, sent. n. 14483 del 20 febbraio 2006, in CED Cass. n. 234084.

Cass. Pen. Sez. I, sent. n. 23967 del 29 maggio 2007, Kaneva, in Cass. Pen. 2009, 5, 2049.

Cass. Pen., Sez. IV, sent. n. 8588 del 6 novembre 2007, Assisi, in CED Cass. n. 238951.

Cass. Pen., Sez. IV, sent. n. 13206 del 28 agosto 2008, Volante, in CED Cass. n. 239288.

Cass. Pen., Sez. I, sent. n. 19343 del 28 aprile 2009, R.S., in CED. Cass. n. 243938.

Cass. Pen., SS. UU., sent. n. 15208 del 25 febbraio 2010, in CED. Cass. n. 246588.

Cass. Pen., Sez. VI, sent. n. 34412 del 15 giugno 2010, in CED. Cass. n. 248242.

Cass. Pen., Sez. VI, sent. n. 39925 del 22 settembre 2015.

Cass. Pen., Sez. IV, sent. n. 40903, del 30 settembre 2016, in *DeJure* Giuffré.

Cass., Sez. I, 6364/2023.

Cass., Sez. VI, 25 ottobre 2022, n. 48330.

Cass., Sez. VI, ord. 15 gennaio 2024 rimessione a Sez. Unite (dep. 18 gennaio 2024), n. 2329, Pres. De Amicis, est. Gallucci.

CORTE COSTITUZIONALE

Corte Cost., sent. n. 238 del 27 giugno 1996; sent. n. 143 del 7 maggio 2008, in www.giurcost.org.

Corte Cost., sent. n. 136 del 15 aprile 2011, in Cass. Pen. 2011, 12, 4278.

Tribunal Constituciònal de España, sent. n. 13 del 30 gennaio 2017.

Corte cost., 27 luglio 2023, n. 170.

CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO

Corte Edu, 27 settembre 1990, Windish c. Austria, serie A, n. 186.Corte Edu, 15 giugno 1992, Lùdi c. Svizzera, serie A, n. 238.1.

Corte Edu, 20 settembre 1993, Saìdi c. Francia, serie A, n. 261-C.

Corte Edu, 20 gennaio 2009, *Sud fondi e altri c. Italia*, reperibile in www.osservatoriocedu.eu.

Corte Edu, 3 marzo 2011, Zhukovskiy c. Ucraina, www.osservatoriocedu.eu.

Corte Edu, 15 dicembre 2011, Al Khawaja e Tahery c. Regno Unito, www.osservatoriocedu.eu.

Corte. Edu, 4 dicembre 2015, Zakharov c. Russia, www.osservatoriocedu.eu.

Corte Edu, 23 febbraio 2016, Capriotti c. Italia., www.osservatoriocedu.eu.

CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA

Corte Giust., 10 luglio 1984, causa C 63/83, in Raccolta 1984, 2718.

Corte Giust., 10 luglio 1990, causa C-326/58, (Hansen), in Raccolta 1990, 2935-2936.

Corte Giust., 3 maggio 2005, cause riunite C-74/95 e C-129/95, in Raccolta 1996, I-6609.

Corte Giust., 16 giugno 2005, causa C-105/03 (Pupino) reperibile in www.giurcost.org.

Corte Giust., 13 settembre 2005, causa C-176/03 (Commissione delle Comunità europee c. Consiglio dell'Unione europea) in Raccolta, 2005, I- 7879.

Corte Giust., 3 maggio 2007, causa C-303/05, (Advocatenvoor de Wereld) www.giurcost.org.

Corte Giust., 3 settembre 2008, cause riunite C-402/05 P e C-415/05 P, (*Yassin Abdullah Kadi* e *Al Barakaat International Foundation* c. Consiglio e Commissione europea) www.giurcost.org.

Corte Giust., causa C-296/08 (Goicoechea) www.giurcost.org.

Corte Giust., 8 aprile 2014, cause riunite C-293/12 e C- 594/12, (Digital Rights Ireland Ltd c. Minister for Coommunications, Marine and Natural Resources e Karntner Landesregierung e altri) www.giurcost.org..

Corte Giust., 5 aprile 2016, cause riunite C-404/15 e C-659/15 (Aranyosi e Caldararu) www.giurcost.org..

Corte Giust., 8 maggio 2013, (Marinov) www.giurcost.org.

Corte Giust., 7 luglio 2016, causa C-46/2015 (Ambising e AICP) www.giurcost.org..

Corte giust., 6 ottobre 2020, *La Quadrature du Net e a*., C-511/18, C-512/18 e C-520/18, § 222 s.

Corte Giust., Prima sezione, 24 ottobre 2019, Gavazonov, C-324/17.

Corte di giustizia, sentenza 8 dicembre 2020, C-584/19.

Corte eur. dir. uomo, ric. n. 44715/20, A. L. c. Francia.

Corte eur. Dir. uomo, ric. n. 47930/21, E. J. c. Francia.

Corte Giust. sent. 16 dicembre 2021, HP, C-724/19.

Corte giust. UE, causa C-670/22.

Corte eur., Grande Camera, 26 settembre 2023, *Yuksel Yalcinkaya c. Turchia*, § 308.