

La formula impiegata nel decreto di attuazione, essendo incentrata sulla finalità di prevenire la celebrazione di un nuovo giudizio sul medesimo fatto, certamente consente alle competenti autorità italiane di dare esecuzione a un OEI che sia stato emesso proprio al fine di evitare l'instaurazione o la prosecuzione nello Stato di emissione di un secondo giudizio sul medesimo fatto.

Le informazioni rilevanti al riguardo potranno ricavarsi dalla sezione G punto 1 del modulo in allegato A e potranno formare oggetto di richiesta di chiarimento o integrazione ai sensi dell'art. 6, comma 2 del d.lgs. n. 108.

5.2.5. Incompatibilità dell'atto richiesto con i principi e diritti fondamentali (art. 10 lett. e).

La norma interna traduce il motivo di non riconoscimento o di non esecuzione previsto dall'art. 11 lett. c) della Direttiva riferendosi al caso di sussistenza di fondate ragioni per ritenere che l'esecuzione dell'atto richiesto nell'ordine di indagine sia incompatibile con gli obblighi dello Stato sanciti dall'art. 6 del Trattato sull'Unione europea e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

5.2.6. Doppia incriminazione salvo eccezioni (art. 10, comma 1 lett. f e comma 2)

La previsione interna ricalca quella dell'art. 11 della direttiva.

La condizione è declinata in senso non formalistico: l'autorità giudiziaria italiana dovrà stabilire se il fatto per il quale è stato emesso l'OEI sia punito dalla legge italiana come reato, prescindendo dall'identità di *nomen juris* e dalla perfetta corrispondenza degli elementi costitutivi della fattispecie interna e di quella configurata dall'Autorità emittente.

Qualora si tratti di violazioni tributarie, doganali o valutarie, il rifiuto non potrà essere fondato sul fatto "che la legge italiana non impone lo stesso tipo di tasse o di imposte, o (...) che la legislazione italiana in materia tributaria, valutaria o doganale è diversa da quella dello Stato di emissione" (art. 10, comma 2).

Per la corretta applicazione di questo motivo di rifiuto appare utile il richiamo della giurisprudenza interna di legittimità che, confrontandosi con l'analoga condizione prevista, in tema di mandato di arresto europeo (art. 7, comma 1 della legge 22 aprile 2005, n. 69), ha avuto modo di precisare che "non è necessario che lo schema astratto della norma incriminatrice dell'ordinamento straniero trovi il suo esatto corrispondente in una norma dell'ordinamento italiano, ma è sufficiente che la concreta fattispecie sia punibile come reato in entrambi gli ordinamenti, a nulla rilevando l'eventuale diversità, oltre che del trattamento sanzionatorio, anche del titolo e di tutti gli elementi richiesti per la configurazione del reato" (C. VI, n. 22249/17; C. VI, n. 19406/12; C. VI, n. 4538/12; C. VI, n. 11598/07).

La condizione delle doppia incriminabilità incontra, nella legge interna e nella corrispondente fonte dell'Unione, due ambiti di deroga.

Il primo, definito mediante rinvio all'art. 9, comma 5 del d.lgs. n. 108, riguarda alcune **tipologie di atti** accomunate da un minore livello di invasività ovvero dal fatto di consistere in informazioni già regolarmente acquisite e disponibili per le Autorità del Paese di esecuzione.

Rispetto a queste categorie di atti la direttiva promuove l'armonizzazione dei diversi ordinamenti coinvolti.

RD

La mancata previsione nell'art. 10 del decreto di un motivo generale di rifiuto corrispondente all'art. 11 lett. h della direttiva (limiti categoriali o alle soglie edittali entro le quali l'ordinamento interno consente il ricorso a un determinato atto di indagine) deve misurarsi con le previsioni dell'art. 9, comma 3 e con le *Disposizioni specifiche per determinati atti di indagine* contenute nel Capo II del Titolo II del d.lgs. n. 108. Per effetto di detta previsione dovrà, per esempio, essere rifiutato il riconoscimento di un ordine di intercettazione emesso da uno Stato membro per un reato non compreso nell'elenco di cui all'art. 266 cod. proc. pen. La mancata previsione di un motivo generale collegato alla violazione dei limiti di ammissibilità di un atto determinato nell'ordinamento interno non significa insomma l'irrelevanza di detti limiti, discendendo piuttosto dalla scelta di *specializzare la sedes materiae*.

5.3. Requisiti specifici di determinati atti di indagine e correlati motivi di rifiuto

Dall'art. 9 del d. lgs. n. 108 del 2017, rubricato *Modalità particolari di esecuzione*, si desume la rilevanza di casi ulteriori di rifiuto correlati alla mancata previsione nella legge italiana dell'atto di indagine dedotto nell'OEI ovvero all'insussistenza dei presupposti che la legge interna detta per il suo compimento.

Anche in tali casi, varrà la regola generale che prescrive previe interlocuzioni con l'autorità emittente (art. 6, comma 2).

La risposta negativa non potrà essere immediata. Il Procuratore della Repubblica dovrà prima consultare l'autorità emissione proponendole il compimento di "uno o più atti diversi", ovviamente compatibili con la legge interna e "comunque idonei al raggiungimento del medesimo scopo".

Soltanto quando l'autorità di emissione non abbia acconsentito all'alternativa prospettata ovvero quando risulti impossibile individuare o praticare alternative rispetto all'atto indicato nell'OEI, il riconoscimento dovrà essere rifiutato (art. 9 comma 3).

Per effetto della previsione in parola, e sempre nel caso di esito negativo della doverosa verifica dell'esperibilità di mezzi alternativi con l'accordo dell'autorità di emissione (art. 9, comma 2), si configurano motivi specifici di rifiuto obbligatorio per taluni degli atti di indagine indicati nel Capo II del Titolo II del d. lgs. n. 108 del 2017.

Il coordinamento delle previsioni interne regolatrici con i motivi di rifiuto configurati dalla Direttiva nel Capo IV (recante "disposizioni specifiche per determinati atti di indagine") consente, a titolo esemplificativo, di individuare ipotesi specifiche di rifiuto del riconoscimento per i seguenti casi:

- il trasferimento temporaneo nello Stato di emissione a fini investigativi di persone detenute (art. 16 del d. lgs.), quando difetta il consenso della persona detenuta ovvero quando il trasferimento può determinare un prolungamento della detenzione del trasferito [art. 22 (2) della Direttiva];
- l'audizione mediante videoconferenza o altra trasmissione audiovisiva della persona sottoposta a indagini o dell'imputato (art. 18 del d. lgs.), nel caso in cui questi neghi il consenso [art. 24 (2 lett. a)];
- le operazioni sotto copertura (art. 21 del d. lgs., che traspone l'art. 29 della Direttiva rubricato *Operazioni di infiltrazione*), quando queste non siano previste in *un caso interno analogo*, che andrà individuato sulla base delle disposizioni dell'art. 9 della legge 16 marzo 2006, n. 146 richiamato dall'art. 21, comma 1 della norma interna; ovvero quando non sia stato possibile raggiungere un accordo con l'autorità di emissione sulle modalità delle

La Relazione illustrativa spiega che “andrà valutata la capacità del mezzo richiesto di raggiungere l’obiettivo prefissato, secondo il criterio per il quale, a parità di efficacia, è da preferire sempre il mezzo che abbia conseguenze meno gravose” e che è all’uopo prescritto un bilanciamento tra la *restrizione imposta al singolo* e il *valore del fine perseguito dal pubblico potere nell’esercizio della funzione*.

E’ evidente, nella norma europea e nella legge interna, la preoccupazione di arginare il rischio del ricorso a strumenti invasivi e costosi per gli Stati chiamati a darvi esecuzione (cfr. l’art. 21 della direttiva e l’art. 15 del decreto attuativo) per il perseguimento di reati bagatellari.

6.2 Dinamica applicativa

In coerenza con lo spirito e la lettera della Direttiva, il legislatore interno esclude che il difetto di proporzionalità possa comportare, di per sé solo, il rifiuto del riconoscimento o dell’esecuzione.

L’autorità giudiziaria italiana di esecuzione darà comunicazione motivata all’autorità di emissione della rilevata sproporzione, concordando mezzi alternativi e meno invasivi comunque idonei al raggiungimento dello scopo (art. 9, comma 2).

Combinata con la previsione dell’art. 6, comma 3, la comunicazione tende a promuovere il ritiro dell’OEI o l’emissione di un nuovo mandato conformato sulla proposta dell’autorità di esecuzione.

In caso di esito negativo dell’interlocazione, non è però prevista la possibilità del rifiuto che l’art. 9, comma 3 riserva al solo caso nel quale l’impraticabilità di mezzi alternativi investano l’indisponibilità del mezzo richiesto nell’ordinamento interno o il difetto dei presupposti dallo stesso previsti.

Naturalmente, laddove il principio di proporzione costituisca il sostrato sostanziale di una formalizzata condizione di ammissibilità dell’atto investigativo o probatorio (si pensi alla selezione dei *serious crimes* per i quali l’art. 266 cod. proc. ammette il ricorso alle intercettazioni), sarà il difetto di detto presupposto a rilevare quale motivo anche autosufficiente di rifiuto.

Il sindacato dell’autorità di esecuzione sulla proporzionalità deve intendersi escluso quando si tratti di uno degli atti non elencati nel già richiamato art. 9, comma 5 del decreto per i quali opera, anche sotto questo profilo, una regola di incondizionata disponibilità verso lo Stato di emissione.

7. Altre decisioni rimesse all’autorità giudiziaria di esecuzione

Tra le decisioni demandate all’autorità interna competente per l’esecuzione figurano quelle relative alla partecipazione all’attività dell’autorità di emissione e quelle relative all’eventuale rinvio del riconoscimento o dell’esecuzione.

7.1 Partecipazione all’esecuzione dell’autorità di emissione

L’art. 8 disciplina la prima evenienza, considerando anzitutto il caso nel quale dalla richiesta di partecipazione diretta dell’autorità di emissione alla ricerca o raccolta del dato investigativo o della prova emergano **ragioni giustificative della costituzione di una squadra investigativa comune.**

Potrebbe disvelarsi, per esempio, il parallelismo tra l’indagine in corso presso lo Stato di emissione e indagini interne relative ai delitti di criminalità organizzata, di terrorismo o comunque agli altri reati contemplati dall’art. 2, comma 1 del d. lgs. 15 febbraio 2016, n. 34 (attuazione delle squadre investigative comuni nell’ordinamento italiano); ovvero potrebbe constare la sussistenza

in concreto delle condizioni previste per la costituzione della squadra investigativa comune dal comma 2 dello stesso articolo (l'esigenza di compiere indagini particolarmente complesse sul territorio di più Stati membri o di assicurarne il coordinamento).

In tal caso il procuratore della Repubblica competente per l'esecuzione dell'OEI, ricevuta la richiesta di partecipazione dell'autorità estera, promuoverà la costituzione della squadra attenendosi alle disposizioni del decreto legislativo 15 febbraio 2016, n. 34, ivi comprese quelle che attengono all'informazione dovuta al procuratore generale presso la corte d'appello o al procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo ai fini del coordinamento investigativo (art. 2, comma 4 del d. lgs.n. 34/2016).

Qualora non si addivenga alla costituzione della squadra, il Procuratore della Repubblica dovrà concordare con l'autorità di emissione dell'OEI le modalità della partecipazione, attenendosi alle statuizioni del giudice per le indagini preliminari quando si tratti di atto che coinvolge la sua competenza ai sensi dell'art. 5 del decreto.

I parametri di valutazione della richiesta di *concelebrazione* sono chiaramente ricavabili dall'art. 9 della direttiva che, non casualmente, collega l'istituto alla possibilità riconosciuta all'autorità di emissione di indicare nell'OEI specifiche forme e procedure di esecuzione, caldeggiando *un metodo di consultazione* tra le autorità coinvolte capace di agevolare l'efficace applicazione di dette previsioni (par. 6).

La concelebrazione è, in buona sostanza, intesa ad assicurare – oltre che un più vigile e informato svolgimento dell'attività – un risultato utilizzabile nel processo in corso nello Stato di emissione.

Il *caveat*, tanto per l'adesione alla richiesta di forme specifiche di esecuzione quanto per l'accettazione di una procedura *concelebrata*, è costituito dalla salvaguardia dei principi fondamentali del diritto interno e degli interessi essenziali della sicurezza nazionale [art. 9 (2) e (4) della direttiva].

L'art. 8, comma 4 del decreto estende al funzionario dell'autorità emittente che partecipa all'esecuzione dell'ordine di indagine la qualifica di pubblico ufficiale “anche agli effetti della legge penale”.

7.2 Rinvio del riconoscimento o dell'esecuzione

L'art. 14 autorizza l'autorità giudiziaria di esecuzione a rinviare il riconoscimento o l'esecuzione dell'OEI quando l'uno o l'altra possono interferire con lo svolgimento di un procedimento penale interno.

La salvaguardia delle prioritarie esigenze di *giustizia interna* – che nel sistema rogatorio è stata finora affidata al provvedimento sospensivo della Corte d'appello (art. 724, comma 5-*bis* cod. proc. pen.) – è scandita in due fattispecie, corrispondenti a quelle indicate nell'art. 15 della direttiva:

- a) una ha carattere generale e contempla il caso nel quale l'esecuzione dell'OEI può pregiudicare un'indagine o un processo penale in corso nello Stato;
- b) l'altra si riferisce ai soli OEI concernenti sequestri probatori, e prevede l'ipotesi nella quale “le cose, i documenti o i dati oggetto di sequestro sono già sottoposti a vincolo”, per stabilire che l'esecuzione sia rinviata fino alla revoca del provvedimento interno.

In linea con i principi di semplificazione e con il canone di *ragionevolezza* indicato nella direttiva, si pongono le previsioni procedurali che sanciscono:

RP

- la **comunicazione immediata della decisione di rinvio** che, come indicato nella *Relazione illustrativa*, dovrà essere motivata e, ove possibile, indicare la durata del differimento;
- il **contenimento dei suoi effetti entro il tempo strettamente necessario**: l'ordine dovrà essere eseguito "non appena viene meno la causa che ha dato luogo al rinvio".

Dalla *Relazione illustrativa* si desume che un parametro delle autorità interne nell'applicazione della più generica tra le due cause di rinvio (quella riportata sub a) è legato alla durata dell'indagine interna e degli obblighi di riservatezza: "l'avvenuta *discovery* anche anteriore all'avviso di chiusura delle indagini dovrebbe guidare l'operatore interno a questi fini".

Come si è detto, anche il decreto legislativo di attuazione della MAP assegna la decisione sul rinvio al procuratore della Repubblica del capoluogo di distretto, obbligandolo a comunicare all'autorità richiedente il ritardo nell'esecuzione e le ragioni "che impediscono di rispettare il termine indicato nella richiesta di assistenza, in particolare quando dall'esecuzione può derivare pregiudizio alle indagini preliminari o a un processo già in corso" (art. 8, comma 6).

8. Il trasferimento delle prove acquisite.

L'art. 12 stabilisce che tanto le prove acquisite in esecuzione dell'OEI ("i verbali degli atti compiuti, i documenti e le cose oggetto della richiesta"), quanto quelle già in possesso dell'autorità giudiziaria interna ("i verbali di prove o gli atti acquisiti in altro procedimento"), siano trasferite all'autorità di emissione "senza ritardo".

Nel comma 2 si prevede la possibilità che il trasferimento avvenga attraverso consegna immediata alle autorità competenti dello Stato di emissione che partecipino all'esecuzione dell'OEI a norma dell'art. 8.

Il comma 4 contempla la possibilità del trasferimento temporaneo del corpo del reato o delle cose pertinenti al reato, già acquisiti nell'ambito di un procedimento interno, subordinandolo alla condizione che esso non pregiudichi la "spedita trattazione del procedimento in corso". Le modalità del trasferimento temporaneo e il termine di restituzione andranno concordati tra l'autorità italiana di esecuzione e quella di emissione. Dopo l'esercizio dell'azione penale, il trasferimento temporaneo dovrà essere autorizzato dal giudice che procede, previa audizione delle parti.

In ogni caso, ovvero anche quando si tratti di consegna immediata ai sensi del comma 2, la trasmissione della prova dovrà essere *attestata in forma scritta*.

9. Impugnazioni.

L'introduzione di rimedi impugnatori *ad hoc* avverso la decisione di riconoscimento assunta nel contesto dell'assistenza giudiziaria internazionale in senso stretto costituisce una rilevante novità per il nostro ordinamento.

Nel sistema rogatorio nessun rimedio è proponibile avverso la decisione, positiva o negativa, assunta dalla Corte d'Appello nel procedimento di *exequatur* regolato dall'art. 724 cod. proc. pen²⁴.

²⁴ In tal senso depone un costante insegnamento giurisprudenziale che esclude l'impugnazione dell'*exequatur* pronunciato dalla Corte d'appello ma nel contempo riconosce l'esperibilità di un **incidente di esecuzione** contro gli atti compiuti in esecuzione di una rogatoria internazionale, a condizione che detto incidente non si fondi sulla contestazione della decisione di *exequatur* e abbia ad oggetto solo le questioni attinenti all'esistenza del titolo

Nel contesto dell'attuazione dell'OEI, il legislatore ha dovuto fare i conti con la previsione dell'art. 14 della direttiva che obbliga gli Stati membri a prevedere mezzi di impugnazione dell'OEI "almeno equivalenti a quelli disponibili in un caso interno analogo a fronte degli atti di indagine in questione".

La norma europea si traduce nell'art. 13 del decreto che costruisce un rimedio, l'**opposizione**, esperibile dalla persona sottoposta alle indagini e dal difensore entro cinque giorni dalle comunicazioni di cui all'art. 4, comma 4, innanzi al **giudice per le indagini preliminari del capoluogo di distretto**.

La decisione, da emettersi previa consultazione del procuratore della Repubblica, assume la forma dell'ordinanza e, in caso di accoglimento dell'opposizione, conduce all'**annullamento del decreto di riconoscimento** precludendo - ovviamente - la successiva esecuzione dell'ordine di indagine.

Essa andrà notificata all'interessato e comunicata al procuratore della Repubblica, che - a sua volta - informerà senza ritardo l'Autorità di emissione.

Conformandosi alla previsione dell'art. 14 (6) della direttiva, **la norma interna esclude che la mera impugnazione proietti un generalizzato effetto sospensivo sull'ordine di indagine**.

Non l'esecuzione dell'OEI, ma la sola attività di trasferimento della prova potrà essere sospesa²⁵, sempre che il procuratore della Repubblica stimi in concreto che dalla trasmissione possa derivare "grave e irreparabile danno alla persona sottoposta alle indagini, all'imputato o alla persona comunque interessata dal compimento dell'atto".

Nel caso di atti necessitanti dell'intervento esecutivo del giudice ai sensi dell'art. 5, il controllo sulla legittimità del decreto di riconoscimento emesso dal procuratore della Repubblica è esercitato dallo stesso giudice che potrà disporre, anche su richiesta delle parti presenti nell'udienza camerale prevista dall'art. 5, comma 3, l'annullamento del decreto del procuratore (e così impedire l'esecuzione dell'OEI).

Il **parametro del sindacato** è costituito dalla sussistenza dei motivi di rifiuto previsti dall'art. 10 che, pur essendo richiamati con esclusivo riferimento agli atti di cui all'art. 5, deve intendersi valido anche per il controllo che il giudice per le indagini preliminari esercita in sede di opposizione.

Il comma 7 dell'art. 13 del decreto contiene previsioni speciali relative **all'impugnazione del decreto di riconoscimento di un OEI avente ad oggetto un sequestro probatorio**.

In tal caso la platea dei legittimati all'opposizione si estende alla "persona alla quale la prova o il bene sono stati sequestrati" e a "quella che avrebbe diritto alla loro restituzione", quando non coincidenti con la persona sottoposta alle indagini; la decisione è assunta dal giudice con il rito dell'art. 127 cod. proc. pen; il provvedimento è ulteriormente ricorribile per Cassazione per violazione di legge, senza effetto sospensivo, sia dal pubblico ministero che dagli altri interessati.

esecutivo ovvero le condizioni costitutive, modificative o estintive del titolo stesso (C., IV, n. 9496/08; C. I, n. 40415/06; C. I, n. 22634/04). Conseguenza a detto assetto l'improponibilità di qualsiasi rimedio quando l'assistenza richiesta e positivamente delibata dalla Corte d'appello comporta la mera trasmissione di atti e documenti già formati e contenuti in un fascicolo processuale, anziché l'esecuzione *ex novo* di atti a contenuto processuale (C. I, n. 22634/04).
²⁵ Anche tale previsione ricalca l'art. 13 (2) della direttiva per il quale "[i]l trasferimento delle prove può essere sospeso in attesa di una decisione relativa ad un mezzo di impugnazione, a meno che nell'OEI siano indicati motivi sufficienti per i quali il trasferimento immediato è essenziale al fine del corretto svolgimento delle indagini ovvero della tutela dei diritti individuali. Tuttavia, il trasferimento delle prove è sospeso se può provocare danni gravi e irreparabili alla persona interessata".

9.1 La preclusione del sindacato sulle ragioni di merito di emissione dell'OEI

La norma interna non riproduce testualmente la previsione della direttiva [art. 14(2)] che delimita il sindacato consentito alle autorità giudiziarie dello Stato di esecuzione, affermando che **“le ragioni di merito dell'emissione dell'OEI possono essere impugnate soltanto mediante un'azione introdotta nello Stato di emissione, fatte salve le garanzie dei diritti fondamentali nello Stato di esecuzione”**.

A ben vedere, però, la delimitazione è insita nel perimetro del controllo assegnato al giudice dell'opposizione (o al giudice che interviene nell'esecuzione ex art. 5), che - come visto - è rigidamente definito dall'elenco dei motivi di rifiuto, nessuno dei quali impinge le ragioni di merito poste a fondamento dell'emissione dell'OEI.

Laddove poi, con riferimento ad alcuni degli atti di indagine specifici previsti nel Capo II del Titolo II, si menzionano i motivi di rilevanza o di necessità dell'atto di indagine (art. 20, comma 2 in tema di informazioni e documenti presso banche e istituti finanziari; art. 23, comma 2 lett. e, in tema di intercettazione di telecomunicazioni), il carattere non invasivo del controllo è segnalato dal fatto che il legislatore richiede unicamente che l'autorità interna verifichi che detti motivi siano *indicati* dall'autorità di emissione.

Si tratterà cioè di verificare l'accurata compilazione e la coerenza delle informazioni riportate nelle pertinenti sezioni dell'*euromandato* (sezioni G punto 1; H4, H5, H6, H7), non anche di replicare le valutazioni rimesse all'autorità di emissione.

Il decreto legislativo 3 ottobre 2017, n. 149 recante Disposizioni di modifica del Libro XI del codice di procedura penale, nel nuovo Titolo I-bis del codice di rito (specificamente dedicato ai *Principi generali del mutuo riconoscimento delle decisioni e dei provvedimenti giudiziari tra Stati membri dell'Unione europea*), introduce l'art. 696-quinquies (*Limiti al sindacato delle decisioni giudiziarie degli altri Stati membri*) che generalizza la regola per la quale “L'autorità giudiziaria riconosce ed esegue le decisioni e i provvedimenti giudiziari degli altri Stati membri **senza sindacarne le ragioni di merito, salvo che sia altrimenti previsto**. E' in ogni caso assicurato il rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento giuridico dello Stato”. Coerente è la previsione dell'art. 696-novies (*Impugnazioni*) per la quale non è ammessa l'impugnazione delle decisioni sul riconoscimento e l'esecuzione di un provvedimento emesso dall'autorità giudiziaria di uno Stato membro “per motivi di merito, salvo quanto previsto dall'articolo 696-quinquies”.

10. Spese

Le spese sostenute per l'esecuzione dell'OEI sono a carico dello Stato di esecuzione (art. 15). Possono essere condivise con lo Stato di emissione quando si tratti di spese di rilevante entità, con il supporto, in questo caso, del Ministero della Giustizia al fine di valutare la condivisione dell'onere conseguente.

Ulteriori indicazioni di dettaglio sono contenute nelle disposizioni in tema di trasferimento temporaneo (artt. 17, 37 e 38) ed intercettazioni (artt. 23 e 43).

PARTE III - DISPOSIZIONI SPECIFICHE PER IL RICONOSCIMENTO E L'ESECUZIONE DI DETERMINATI ATTI DI INDAGINE

11. Trasferimento temporaneo nello Stato di emissione di persone detenute in Italia

L'art. 16 del decreto disciplina il trasferimento temporaneo nello Stato di emissione di una persona detenuta in Italia, ai fini del compimento di un atto investigativo o probatorio che richiede la sua presenza.

L'esecuzione di tale atto è subordinata, oltre che al riconoscimento dell'OEI (conseguente alla constatazione della non ricorrenza dei motivi tipizzati di rifiuto), a due condizioni:

- a) **il consenso della persona detenuta**, che dovrà risultare da un **atto scritto** ed essere preceduto da un'**adeguata informazione** e dalla possibilità di **conferire con il difensore**;
- b) il **nulla osta del giudice** (il giudice che procede, determinato ex art. 279 cod. proc. pen. nel caso di soggetto sottoposto a custodia cautelare; il magistrato di sorveglianza, nel caso di detenuto in espiazione pena o di internato), da rilasciare previa valutazione dell'età e delle condizioni di salute fisica o mentale della persona da trasferire.

Un accordo tra autorità emittente e il procuratore distrettuale italiano stabilirà le modalità del trasferimento e il termine di rientro del detenuto, assicurando che non si travalichino i termini massimi di custodia cautelare o il fine pena.

Il comma 4 dell'articolo assicura poi che il periodo di detenzione all'estero sia computato *a ogni effetto* nella durata della custodia o della pena da espire²⁶.

Trova pure espresso richiamo, nel comma 6, il *principio di specialità* (divieto di sottoporre il trasferito temporaneo a misure cautelari ovvero all'esecuzione di pena o misure di sicurezza per fatti anteriori e diversi da quelli per i quali il trasferimento è stato disposto), con la consueta eccezione del caso in cui la persona detenuta "avendone avuto la possibilità, non abbia lasciato il territorio dello Stato trascorsi quindici giorni da quando la sua presenza non era più richiesta ovvero che, dopo averlo lasciato, vi abbia fatto volontariamente ritorno".

12. Trasferimento temporaneo in Italia di persone detenute nello Stato di emissione.

L'art. 17 regola la richiesta di trasferimento temporaneo della persona, detenuta nello stesso Stato di emissione, nel territorio italiano al fine di svolgere attività probatoria o di indagine.

Anche in questo caso le modalità del trasferimento e il termine di rientro nello Stato di emissione devono essere concordati tra il procuratore della Repubblica competente ex art. 4 e autorità di emissione.

Ai fini dell'esecuzione il procuratore della Repubblica dispone, con ordine di carcerazione temporaneo, che la persona temporaneamente trasferita sia custodita presso la casa circondariale del luogo di compimento dell'attività richiesta. Le spese di mantenimento sono a carico dello Stato italiano.

Sono ribadite garanzia della specialità e correlate ipotesi di "purgazione".

²⁶ La *Relazione illustrativa* esplicita l'intento del legislatore di conformarsi ai principi enunciati da C. cost., n. 143/08 nello scrutinio degli artt. 33 della legge 16 marzo 2006, n. 146 e 722 cod. proc. pen. In quella sede la Corte evidenzia che l'equivalenza tra custodia all'estero e custodia cautelare in Italia, già affermata in tema di estradizione, a maggior ragione deve operare in relazione a strumenti che poggiano sull'immediato e reciproco riconoscimento del provvedimento giudiziario. Detti strumenti, infatti, comportando un sistema semplificato di consegna, rendono ancor meno tollerabile, sul piano costituzionale, uno squilibrio della garanzie in tema di durata della carcerazione preventiva correlato al luogo interno o esterno rispetto ai confini nazionali nel quale la carcerazione è patita. Analoga garanzia è offerta dall'ordinamento francese (art. 694-45), per il quale « la période de détention subie par la personne en dehors du territoire national est intégralement prise en compte pour le calcul de sa durée totale de détention ».

13. Videoconferenza.

L'art. 18 contiene una disciplina articolata per l'audizione mediante videoconferenza dell'indagato, dell'imputato, del testimone, del consulente tecnico o del perito, prevedendo nel dettaglio - in sintonia con i principi generali del codice di rito - gli avvisi e le facoltà cui hanno diritto le persone da escutersi, le garanzie necessarie, nonché le modalità di esecuzione e di formalizzazione dell'attività.

Si segnala in particolare come, nel caso di audizione dell'indagato o dell'imputato, l'atto sia esperibile solo ove questi vi consentano.

Le modalità pratiche dell'audizione e le eventuali misure finalizzate alla protezione della persona da ascoltare sono concordate dall'autorità giudiziaria italiana con l'autorità di emissione.

L'esecuzione dell'OEI è demandata al giudice per le indagini preliminari nei casi previsti dall'art. 5.

L'audizione è condotta direttamente dall'autorità di emissione o sotto la sua direzione. Il procuratore della Repubblica o il giudice per le indagini preliminari, infatti, presenziano all'atto al solo fine di assicurare il rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento italiano (per esempio, il diritto al silenzio e all'assistenza difensiva).

L'art. 24 (5) lett. a della direttiva dà contenuto pratico a detta funzione: "se ritiene che durante l'audizione siano violati i principi fondamentali del diritto dello Stato di esecuzione, l'autorità di esecuzione prende immediatamente i provvedimenti necessari per assicurare che l'audizione continui a svolgersi secondo tali principi".

Per testimoni e periti rileverà la facoltà di astensione riconosciuta, in determinati casi, nello Stato di emissione o nell'ordinamento interno, della quale i predetti dovranno essere informati.

Al termine dell'atto, il processo verbale deve essere trasmesso all'autorità richiedente.

E' prevista l'applicabilità delle fattispecie incriminatrici italiane nel caso in cui la persona sentita con le forme e modalità sopra descritte, rifiuti uffici legalmente dovuti, ovvero renda dichiarazioni integranti simulazione di reato, calunnia, autocalunnia, false informazioni al pubblico ministero, falsa testimonianza, falsa perizia o interpretazione.

14. Audizione mediante teleconferenza.

Su richiesta di alcuni Stati membri l'art. 25 della direttiva ha previsto la possibilità che l'audizione del testimone o del perito (non anche dell'imputato e della persona sottoposta alle indagini) che si trova nel territorio dello Stato venga condotta mediante teleconferenza, nel caso in cui questi non possano comparire o la loro comparizione non sia opportuna nello Stato di emissione.

Trattasi di una forma di assunzione della prova dichiarativa non prevista *ad uso interno* (e non inserita neppure nel Titolo III del decreto n. 108/2017, dedicato alla procedura attiva), che tuttavia l'art. 19 del decreto ha voluto rendere disponibile verso le autorità degli Stati membri.

La competenza esecutiva è assegnata, come di consueto, al procuratore distrettuale o al giudice per le indagini preliminari quando, nella sezione I del modulo standard (*Formalità e procedure richieste per l'esecuzione*), sia stata evidenziata detta necessità.

La previsione della legge interna (che, con riguardo all'esecuzione, rimanda alle disposizioni dell'art. 18 *in quanto compatibili*) deve essere letta in correlazione con l'art. 25 (2) della direttiva, ove si richiamano i paragrafi 3, 5, 6 e 7 dell'art. 24 in tema di videoconferenza.

Saranno dunque senz'altro estese a detto mezzo di indagine/prova le disposizioni relative ai seguenti aspetti:

- accordo sulle modalità pratiche dell'audizione e sulle misure di protezione eventualmente necessarie; citazione del perito o del testimone; informativa sui diritti e le facoltà riconosciuti dallo Stato di emissione o da quello di esecuzione, ivi compresa la facoltà di astensione riconosciuta dall'ordinamento dello Stato di emissione o da quello dello Stato di esecuzione, in taluni casi, al testimone o al perito;

- presenza dell'interprete ove necessario; conduzione o direzione dell'audizione da parte delle autorità di emissione; presenza delle autorità italiane finalizzata ad assicurare il rispetto delle garanzie previste dall'ordinamento interno;

- identificazione, raccolta della dichiarazione di impegno e verbalizzazione a cura delle autorità di esecuzione.

La condizione relativa all'inopportunità o all'impossibilità che la persona da udire compaia personalmente dinnanzi all'autorità di emissione andrà verificata consultando la sezione H2 del modulo, e in particolare la voce dedicata all'indicazione dei motivi della richiesta.

15. Informazioni e documenti presso banche e istituti finanziari.

L'art. 20 del decreto traspone gli articoli 26 e 27 della direttiva dedicati, rispettivamente, all'acquisizione di *informazioni relative a conti bancari e altri conti finanziari* e alle *informazioni relative a operazioni bancarie e ad altre operazioni finanziarie*; ma anche la parte dell'art. 28 (*atti di indagine che implicano l'acquisizione di elementi di prova in tempo reale, in modo continuo e per un determinato periodo*) specificamente dedicata ai flussi finanziari registrati su uno o più conti specificati.

Per le **acquisizioni statiche** la disciplina esecutiva rimanda alle previsioni degli **articoli 255 e 256 cod. proc. pen.** in tema di sequestro presso banche e dovere di esibizione.

Coordinando la previsione interna con il testo della direttiva, le informazioni acquisibili con dette modalità concernono:

- il *se* una persona fisica o giuridica oggetto di un procedimento penale detenga o controlli, anche per interposta persona, uno o più conti, di qualsiasi natura, in una banca o altro istituto finanziario situati nel territorio dello Stato di esecuzione;
- i dettagli di conti bancari o finanziari specifici e delle operazioni bancarie o finanziarie effettuate in un dato periodo su uno o più conti indicati, compresi quelli relativi a eventuali conti emittenti o beneficiari.

Per le **acquisizioni dinamiche** (monitoraggio in tempo reale di flussi di operazioni su conto), l'art. 20, comma 2 del decreto prevede l'**intervento autorizzativo del giudice per le indagini preliminari** che, investito dal pubblico ministero distrettuale, deciderà "secondo quanto previsto dagli articoli 266 e seguenti del codice di procedura penale".

Per le autorità di esecuzione interne sarà dunque necessario valutare non soltanto che il fatto che forma oggetto del procedimento estero integri un reato riconducibile (in concreto e a prescindere dall'identità di *nomen juris*) a uno di quelli elencati nella disposizione interna dedicata ai limiti di ammissibilità dello strumento intercettivo; ma anche i presupposti di gravità indiziaria e indispensabilità per la prosecuzione delle investigazioni previsti dall'art. 267 cod. proc. pen., nonché la durata delle operazioni richieste.

Assumeranno particolare rilievo in tal caso le informazioni fornite dall'autorità emittente in punto di *motivi dell'emissione dell'OEI*, la sezione G punto 1 del modulo che deve contenere, tra l'altro, una sintesi dei fatti, una descrizione dei reati contestati o oggetto di indagine, l'indicazione della fase in cui si trovano le indagini, i motivi di eventuali fattori di rischio e altre informazioni pertinenti. Rileverà altresì l'attenta lettura della sezione H5 del modulo che è specificamente dedicata all'indicazione dei motivi per cui si ritiene il controllo dei flussi di conto corrente utile ai fini del procedimento in corso nello Stato di emissione.

Non è un caso che tanto le disposizioni europee [art. 28 (3)] quanto la disposizione interna sottolineino, per questa tipologia di atto investigativo o probatorio, la necessità di specifica indicazione dei motivi di utilità/rilevanza dell'atto; e che la norma interna ribadisca e specifichi l'obbligo dell'autorità di esecuzione italiana di interloquire con l'autorità di emissione perché questa integri l'illustrazione dei motivi e per ottenere "ogni altra informazione utile ai fini della tempestiva ed efficace esecuzione della richiesta" (art. 20, comma 3).

Nello scrutinio l'autorità di italiana di esecuzione, dovendosi conformare al canone della tendenziale insindacabilità dei *motivi di merito* posti a fondamento dell'emissione dell'OEI, valuterà completezza e coerenza delle informazioni fornite che dovranno risultare seriamente "evocative" dei presupposti richiesti dalla legge italiana, senza però indulgere nella più penetranti valutazioni prescritte (e praticabili) nei casi di applicazione dello strumento ai procedimenti interni.

Sarà legittimo, per esempio, controllare che l'autorità di emissione abbia indicato fonti di prova dichiarativa suffraganti a livello indiziario la sussistenza di un reato riconducibile all'elenco di cui all'art. 266 cod. proc. e/o la pertinenza di un determinato conto bancario e della relativa movimentazione rispetto alle finalità dell'indagine. Dovrebbe essere invece preclusa per l'autorità italiana di esecuzione la valutazione di attendibilità delle fonti indicate dall'autorità di emissione o dell'effettiva impraticabilità di mezzi alternativi di ricerca della prova: operazione che risulterebbe del resto difficilmente attuabile in un contesto normativo che (non casualmente) non impone all'autorità emittente l'allegazione degli atti acquisiti nell'indagine interna prima dell'emissione dell'OEI.

16. Operazioni sotto copertura e ritardo o omissione degli atti di arresto o di sequestro.

Tenendo conto del collegamento funzionale delle *operazioni sotto copertura* con l'istituto delle *consegne controllate*, il decreto articola in due diverse disposizioni (articoli 21 e 22) l'attuazione dell'art. 29 della direttiva (*Operazioni di infiltrazione*).

Le due disposizioni interne (rubricate, rispettivamente, *operazioni sotto copertura e ritardo o omissione degli atti di arresto o di sequestro*) sono accomunate dall'integrale rinvio, per quanto riguarda i casi e le forme dell'esecuzione, alle previsioni dell'art. 9 della legge 16 marzo 2006, n. 146, recante *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*.

Alla legge interna, l'art. 21, comma 4 del decreto fa rinvio anche per quanto attiene al profilo dell'applicabilità dell'esimente (qualificata dal legislatore del 2006 come *causa di giustificazione*), al funzionario dello Stato di emissione che eventualmente partecipi alle operazioni sotto copertura: "il funzionario dello Stato di emissione che partecipa alle attività nel territorio dello Stato assume, agli effetti della legge penale, la qualifica di pubblico ufficiale e nei suoi confronti si applica la speciale causa di non punibilità di cui all'articolo 9 della legge 16 marzo 2006, n. 146".

Com'è noto, con la disposizione dell'articolo 9 cit. il legislatore ha dettato uno statuto generale delle tecniche investigative speciali solitamente ricondotte alla tipologia generale delle operazioni coperte (*undercover operations*), includendovi le consegne controllate, la sorveglianza elettronica, ma anche l'attivazione di siti internet *civetta*. La disposizione, per effetto della legge 13 agosto 2010, n. 136 (art. 8, comma 2, lett. a e b), ha progressivamente inglobato le disposizioni speciali dettate in materia in altri comparti normativi (articoli 97 e 98 del d. P.R. n. 309 del 1990).

L'art. 29 della direttiva legittima l'opzione del rinvio integrale alla norma interna, giacché affida all'apprezzamento degli Stati membri la previsione di un motivo specifico di rifiuto quando l'esecuzione dell'operazione di infiltrazione non è autorizzata in *un caso interno analogo* (par. 3, lett. a). Esso inoltre assicura la prevalenza della *lex loci*, non soltanto proclamando che "le operazioni di infiltrazione sono effettuate in conformità del diritto e delle procedure nazionali dello Stato di membro nel cui territorio è effettuata l'operazione", ma anche attribuendo *unicamente* alle autorità competenti dello Stato di esecuzione il *diritto di azione, direzione e controllo delle operazioni* (par. 4).

Il rinvio all'art. 9 della legge n. 146 del 2006 implica:

- la delimitazione della possibilità di riconoscere l'OEI relativo all'applicazione *cross-border* di tecniche investigative speciali a determinati delitti: quelli di falso nummario, falso di marchio, estorsione, sequestro di persona a scopo di estorsione, usura, riciclaggio e reimpiego di proventi di delitto, delitti contro la personalità individuale (artt. 600-604 cod. pen.); quelli in tema di armi, munizioni ed esplosivi; i delitti in materia di stupefacenti, di attività organizzata per il traffico illecito di rifiuti, in tema di prostituzione; quelli relativi all'immigrazione clandestina (art. 12, commi 1, 3, *3-bis* e *3-ter* del testo unico) e al contrasto al terrorismo e all'eversione, al finanziamento del terrorismo.

- la limitazione tipologica delle attività eseguibili, secondo il dettato dall'ultima parte della lett. a) del comma 1 dell'art. 9 cit.: dare rifugio o prestare assistenza agli associati; l'acquisto/ricezione/sostituzione/occultamento di denaro, armi, documenti, sostanze stupefacenti, beni ovvero cose che costituiscano oggetto, prodotto, profitto, mezzo del reato; ostacolo all'individuazione della provenienza di detti beni, favoreggiamento del loro impiego; compimento di attività prodromiche o strumentali.

- le qualifiche soggettive richieste dalla norma interna per la copertura delle attività in parola ai sensi dell'art. 51 cod. pen. e per l'utilizzazione probatoria dei relativi risultati: gli ufficiali di polizia giudiziaria appartenenti alle strutture specializzate individuate nel comma 1 dell'art. 9 cit., con possibilità di avvalersi degli agenti, di ausiliari e di interposte persone ai sensi del comma 5).

Nell'esecuzione dell'OEI occorrerà poi tener conto delle previsioni interne che richiamano la necessità della delimitazione delle tecniche speciali a *operazioni specifiche*.

Con riferimento poi alla competenza interna a disporre il *ritardo o l'omissione di atti doverosi*, rileveranno le previsioni che demandano agli ufficiali di polizia giudiziaria il compito di decidere il ritardo o l'omissione di sequestri di urgenza e arresti in flagranza, fermo restando l'obbligo di darne avviso immediato, anche orale, al pubblico ministero e invio al medesimo di "motivato rapporto entro le successive quarantotto ore" e l'obbligo di trasmettere analogo avviso, nel caso di operazioni antidroga, alla "Direzione centrale per i servizi antidroga per il necessario coordinamento anche in ambito internazionale" (comma 6); e che riservano, invece, allo stesso pubblico ministero la decisione, nei casi consentiti, di ritardare con apposito decreto l'esecuzione

RP

dei provvedimenti cautelari, del fermo dell'indiziato di delitto, dell'ordine di esecuzione di pene detentive e del sequestro, prescrivendogli obblighi informativi indirizzati all'autorità giudiziaria competente territorialmente per il luogo di conclusione delle operazioni, al procuratore generale presso la corte d'appello e, per i delitti di competenza, al procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo (comma 7).

Tutte le autorità italiane coinvolte nel riconoscimento e nell'esecuzione di un OEI avente ad oggetto operazioni di infiltrazione dovranno poi misurarsi con il rischio, segnalato anche dalla C.edu, che l'attività degli infiltrati possa falsare il *fair trial*.

In funzione della necessità di prevenire tale rischio – che assume rilevanza quale motivo di rifiuto anche ai sensi del richiamato art. 10 lett. e) del decreto n. 108/2017 - la Corte di legittimità subordina l'operatività dell'esimente alla condizione che l'azione dell'infiltrato non debordi nell'incitamento o nell'induzione a commettere un reato, ma resti circoscritta al disvelamento di un'intenzione criminosa già esistente nell'indagato/imputato e alla finalità di acquisizione delle prove di un'attività illecita già in corso, senza mai trasmodare l'area delle azioni illecite espressamente consentite dalla norma e di quelle strettamente e strumentalmente connesse (C. III, n. 11572/17; C. III, n. 31415/16; C. III, n. 37805/13; C. II, n. 38488/08).

Il decreto sottolinea anche in questo caso, mediante il rinvio alla già esaminata disposizione dell'art. 20, comma 3, la particolare importanza delle informazioni dovute dall'autorità emittente in tema di motivi (sezione G e sezione H6 del modulo OEI).

17. Intercettazione di telecomunicazioni.

Il capo III del titolo II del decreto disciplina il riconoscimento e l'esecuzione dell'OEI avente per oggetto la captazione di flussi comunicativi telefonici e telematici, distinguendo due ipotesi: l'intercettazione di telecomunicazioni con l'assistenza tecnica dell'autorità italiana (art. 23); l'intercettazione di telecomunicazioni senza richiesta di assistenza tecnica dell'autorità italiana (art. 24).

17.1 Acquisizione di tabulati e dati estrinseci

Accede alle predette discipline una previsione relativa all'**acquisizione dei dati esterni relativi alle comunicazioni telefoniche e telematiche**, volta a completare il quadro dei mezzi di indagine e di prova che gli Stati membri si sono impegnati a rendere disponibili in questa materia, corrispondendo all'auspicio formulato nel *considerando 30* della direttiva ove si sottolinea come la disponibilità di detto strumento concorra alla migliore attuazione del *principio di proporzionalità*:

“le possibilità di cooperare conformemente alla presente direttiva in materia di intercettazione delle telecomunicazioni non dovrebbero essere limitate al contenuto delle telecomunicazioni, ma dovrebbero anche riguardare la raccolta dei dati relativi al traffico e all'ubicazione associati a tali telecomunicazioni, in modo che le autorità competenti possano emettere un OEI inteso a ottenere dati meno intrusivi sulle telecomunicazioni”.

In conformità con l'assetto del diritto interno, l'art. 25 del decreto prevede per l'acquisizione dei dati estrinseci condizioni di riconoscimento e forme esecutive meno gravose di quelle richieste per la captazione dei contenuti comunicativi, rinviando alle previsioni dell'art. 256 cod. proc. pen. in tema di ordine di esibizione di documenti che, come noto, non postulano l'intervento del giudice terzo e richiedono di norma una motivazione meno penetrante in tema di necessità investigativa di quella richiesta per le captazioni (C. I, n. 37212/14; C. I, n. 46086/07).

Sempreché non interferiscano esigenze di tutela del segreto d'ufficio o professionale che impongono verifiche e oneri motivazionali più impegnativi, nonché un più rigoroso scrutinio di proporzionalità (C. VI, n. 31735/14)²⁷.

17.2 Intercettazione di telecomunicazioni con l'assistenza tecnica dell'autorità italiana

Presupposto comune alle due forme di intercettazione disciplinate dagli articoli 23 e 24 del decreto è che l'attività sia già stata autorizzata dall'autorità giudiziaria competente dello Stato membro richiedente.

Nel caso in cui la captazione necessiti dell'assistenza tecnica delle autorità italiane (corrispondente all'art. 30 della direttiva) la norma di attuazione scandisce le competenze rispettive del procuratore della Repubblica e del giudice per le indagini preliminari presso il tribunale del capoluogo di distretto, assegnando:

- al procuratore il compito di procedere al riconoscimento dell'OEI, previa verifica della ricorrenza delle condizioni di ammissibilità previste dall'ordinamento interno (su cui si tornerà in seguito) e dell'esauriente indicazione da parte dell'autorità emittente di una serie di informazioni: l'autorità che procede; l'esistenza del titolo che dispone o autorizza l'intercettazione con l'indicazione del reato oggetto di investigazione; i dati tecnici necessari allo svolgimento delle operazioni (telefono cellulare, telefono fisso, indirizzo di posta elettronica, connessione internet); la durata (*auspicata*) dell'intercettazione; i motivi che rendono necessaria l'attività di intercettazione (sarà all'uopo necessaria la consultazione, oltre che delle sezioni di carattere generale del modello in allegato A, della sezione H7);

- al giudice il compito di verificare la sussistenza dei motivi generali di rifiuto previsti dall'art. 10 del decreto e del motivo specifico collegato all'assenza delle condizioni di ammissibilità previste dall'ordinamento interno. Ricorrendo uno di questi, sarà il giudice a emettere il provvedimento di rifiuto del quale il procuratore curerà l'immediata comunicazione all'autorità di emissione (art. 23, comma 3).

Deve sottolinearsi come, in considerazione dell'esigenza di preservare la funzionalità del mezzo di ricerca della prova in questione (e, più in generale, di evitare qualsiasi pericolo di *discovery* dell'indagine estera), **il legislatore delegato abbia escluso, in tal caso, che al difensore della persona sottoposta ad indagini sia dovuta la comunicazione del decreto di riconoscimento emesso dal pubblico ministero.**

L'esclusione si desume dal fatto che, come si è detto, l'art. 4, comma 4 ricollega l'obbligo di comunicazione unicamente agli atti per il cui compimento la normativa interna imponga il preventivo avviso al difensore o il diritto del difensore di assistere senza preavviso: né l'una né l'altra condizione riguarda l'intercettazione²⁸.

Ne consegue che, **in tema di OEI emesso per intercettazione, non sarà esperibile l'opposizione ex art. 13 innanzi al giudice per le indagini preliminari** (già, del resto, coinvolto nella preliminare verifica di eseguibilità dell'ordine) che è ipotizzabile unicamente a seguito della comunicazione prevista dall'art. 4. A detta comunicazione, difatti, l'art. 13, comma 1 riconnette la decorrenza del termine di 5 giorni previsto per la proposizione dell'impugnazione.

²⁷ Nello stesso *considerando 30* si opera una mediazione tra le diverse tradizioni giuridiche, ammettendo che in taluni Stati membri anche l'acquisizione dei dati estrinseci del traffico telefonico o telematico possa essere considerato, in taluni Stati membri di esecuzione, "un atto coercitivo".

²⁸ Nessun rilievo potrà ovviamente assumere, ai fini in esame, l'avviso *postumo* di cui all'art. 268, comma 5, cod. proc. pen.

Alla consultazione tra autorità di esecuzione e autorità emittente il comma 4 dell'art. 23, conformemente all'art. 30 (6) della direttiva, rimette la scelta tra **due metodi alternativi di esecuzione dell'OEI**:

- il primo consiste nella **trasmissione immediata dei flussi comunicativi all'autorità di emissione** che, in tal modo, potrà curare l'esecuzione materiale delle operazioni;
- il secondo prevede che, invece, intercettazione e registrazione siano effettuate a cura delle autorità italiane che **trasmetteranno poi all'autorità emittente i risultati delle operazioni**²⁹.

In tale ultima ipotesi, quando nel contesto dell'esecuzione dell'OEI, siano acquisite **comunicazioni di servizio di appartenenti al Dipartimento delle informazioni per la sicurezza o ai servizi di informazione per la sicurezza**, il pubblico ministero dovrà in ogni caso curare gli adempimenti previsti dall'art. 270-bis cod. proc. pen., prima di provvedere alla trasmissione dei risultati delle intercettazioni all'autorità emittente.

Il rinvio a detta disposizione implica che la trasmissione dei risultati delle intercettazioni dovrà essere rifiutata quando la Presidenza del Consiglio dei Ministri abbia opposto il segreto di Stato (art. 270-bis, comma 5, cod. proc. pen.). Di tale rifiuto dovrà darsi, come di consueto, tempestiva e motivata comunicazione all'autorità emittente.

In attuazione dell'art. 30 (7) della direttiva, la norma interna consente che, al momento della richiesta o anche successivamente nel corso delle operazioni, l'autorità emittente possa chiedere e ottenere la **trascrizione, la decodificazione o la decrittazione delle registrazioni**. Le spese connesse a queste prestazioni aggiuntive sono sopportate dallo Stato di emissione, in deroga alla regola generale dell'art. 15 del decreto.

17.2.1 La verifica delle condizioni di praticabilità dell'intercettazione nel caso interno analogo

Il richiamo delle *condizioni di ammissibilità previste dall'ordinamento interno* concreta nella norma di attuazione la facoltà, riconosciuta agli Stati membri dall'art. 30 (5) della direttiva, di prevedere motivi specifici di rifiuto, ulteriori rispetto a quelli di portata generale elencati nell'articolo 11 della direttiva e nell'articolo 10 del decreto.

Il pubblico ministero prima (in sede di riconoscimento dell'ordine), il giudice poi (in sede di controllo autorizzativo) sono chiamati a verificare anzitutto che il reato per il quale procede l'autorità di emissione sia compreso nella lista di quelli che consentono, alla stregua dell'art. 266 cod. proc. pen., il ricorso all'intercettazione.

Quanto alle ulteriori verifiche imposte dalla normativa interna, relative alla sussistenza di *gravi indizi di reato* e della *indispensabilità del ricorso all'intercettazione per la prosecuzione delle indagini*³⁰, similmente a ciò che si è già notato a proposito dell'acquisizione di informazioni in tempo reale presso banche ed istituti finanziari (art. 20), esse andranno limitate alla constatazione dell'avvenuta rappresentazione - nel modulo (sezioni G e H, punto 1), ovvero nel corredo informativo integrato su sollecitazione dell'autorità di esecuzione - di elementi evocativi di detti presupposti³¹.

²⁹ La sezione H7 n. 3) del modulo consente all'autorità emittente di indicare una preferenza tra i due metodi già al momento dell'emissione dell'ordine.

³⁰ Ovvero, per i delitti di criminalità organizzata e terrorismo, dei *sufficienti* indizi di reato e della *necessità* per le indagini (art. 13 del d.l. 13 maggio 1991, n. 152).

³¹ Al riguardo, nella *Relazione illustrativa* (pag. 15 s.) si osserva infatti che "sarebbe impensabile imporre alle autorità straniere di avventurarsi in valutazioni calibrate sulle forme tipiche del sistema italiano e verosimilmente estranee alle abitudini e alla cultura dello Stato richiedente" e che "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", trattandosi "pur sempre di dare esecuzione ad un provvedimento già emesso dalla competente autorità

17.3 Notifica all'autorità giudiziaria italiana nel caso di persona soggetta a intercettazione nel territorio dello Stato.

La previsione dell'articolo 24 del decreto costituisce, soprattutto per le autorità italiane, uno dei più significativi profili di novità del nuovo strumento di assistenza.

Il fenomeno è quello dell'intercettazione di utenze transitoriamente o stabilmente ubicate in territorio estero che non necessiti dell'assistenza tecnica delle autorità di quello Stato, in quanto effettuabile con la tecnica del cd. *istradamento*, e cioè mediante la canalizzazione dei flussi comunicativi su impianti e ripetitori ubicati nel territorio dello Stato che procede all'indagine.

Un consolidato insegnamento della Corte di cassazione esclude in tali casi la necessità del percorso rogatorio (così come di qualsiasi forma di comunicazione allo Stato ove sono ubicati l'utenza o l'indirizzo IP del soggetto intercettato), in quanto l'utilizzo della tecnica in questione fa sì che nessuna attività di captazione, ricezione o registrazione debba svolgersi in territorio estero.

Il granitico quadro giurisprudenziale interno deve ora fare i conti, almeno nel perimetro operativo della direttiva 2014/41/UE (v. *supra*), con l'espressa previsione dell'art. 31 che conferisce rilievo - anziché al luogo di esecuzione delle operazioni - al territorio nel quale è utilizzato l'indirizzo di comunicazione della persona soggetta a intercettazione, per imporre allo Stato di intercettazione l'effettuazione di una notifica allo Stato membro "nel quale si trova la persona soggetta a intercettazione", affinché quest'ultimo possa determinarsi in ordine all'ammissibilità o meno dell'avvio (o della prosecuzione) delle attività captative sul proprio territorio.

La valutazione, da espletarsi e comunicarsi allo Stato richiedente **entro il termine di 96 ore**, assume a parametro (unicamente) la conformità di dette attività "in un caso interno analogo".

La notifica dovrà essere redatta su un **modulo standardizzato** (allegato C) e quindi trasmessa, in base all'art. 31 (1), secondo una tempistica differenziata in ragione del momento in cui si è avuta contezza della presenza (o dello spostamento) della cd. utenza bersaglio sull'utenza dell'altro Stato Membro, ovvero:

- a) prima dell'intercettazione, qualora... *sappia, al momento di ordinare l'intercettazione, che la persona soggetta a intercettazione si trova o si troverà sul territorio dello Stato membro notificato;*
- b) durante l'intercettazione o ad intercettazione effettuata, non appena venga a conoscenza del fatto che la persona soggetta a intercettazione si trova o si trovava durante l'intercettazione, sul territorio dello Stato membro notificato.

L'art. 24 del decreto interno disciplina i risvolti interni conseguenti all'adempimento del suddetto obbligo di notifica da parte degli altri Stati membri, prevedendo che il procuratore della Repubblica del tribunale capoluogo di distretto competente per territorio trasmetta *immediatamente* al giudice per le indagini preliminari il modulo in questione.

La **competenza territoriale** sarà determinata sulla base del luogo in cui lo Stato di intercettazione prospetta di aver rilevato la presenza del dispositivo o del sistema di comunicazione da controllare. Se necessario, potranno essere richieste dall'autorità ricevente italiana informazioni integrative rispetto a quelle riportate nella sezione del modulo dedicata all'identificazione delle persone interessate dall'attività intercettiva (sezione B punto IV)³².

giudiziaria dello Stato richiedente", in un sistema fondato "su un atto di reciproca fiducia (...) che consente al giudice italiano di fondare il proprio giudizio su un quadro attestato dall'autorità richiedente".

³² Un principio di *perpetuatio competentiae* dovrebbe regolare il caso nel quale, trattandosi di dispositivo mobile, il bersaglio si sposti in uno o più distretti diversi da quello nel quale l'autorità dello Stato di intercettazione ha

Non è richiesto, in questo caso e diversamente da quello dell'intercettazione con assistenza tecnica delle autorità italiane, un previo scrutinio di ammissibilità del procuratore distrettuale. Questi fungerà da mero organo di trasmissione interna (*Relazione illustrativa*, pag. 16).

Il giudice dovrà verificare "se le intercettazioni sono state disposte in riferimento a un reato per il quale, secondo l'ordinamento interno, le intercettazioni non sono consentite", dando immediata comunicazione degli esiti di detta verifica al procuratore.

Nel caso in cui lo scrutinio abbia esito negativo, il procuratore comunicherà, senza ritardo e comunque entro 96 ore dalla ricezione della notifica all'autorità giudiziaria dello Stato di intercettazione un provvedimento motivato di cessazione delle operazioni e della non utilizzabilità a fini di prova dei risultati delle investigazioni eseguite.

Il legislatore interno ha dunque declinato in termini univoci e cogenti la previsione dell'art. 31 (3 lett. b) della direttiva che, nel caso di notifica di un intercettazione già iniziata e non conforme alle condizioni del caso interno analogo, consentirebbe un'alternativa tra l'inibizione assoluta dell'utilizzazione dei suoi risultati e la possibilità di dettare specifiche condizioni per la sua utilizzazione³³.

Va da sé che laddove la notifica sia stata trasmessa prima dell'inizio delle operazioni, il riscontro negativo delle autorità del territorio di ubicazione del bersaglio comporterà l'inibizione delle operazioni [art. 31 (3) lett. a) della direttiva].

Una sfumatura del linguaggio segnala la minore pregnanza dello scrutinio che il legislatore interno ha inteso rimettere al giudice nell'*ipotesi leggera* di cui all'art. 24 del decreto. Anziché la valutazione di tutte le condizioni di ammissibilità previste dall'ordinamento interno, è qui richiesta la sola verifica della corrispondenza del titolo di reato ipotizzato dalle autorità dello Stato di intercettazione a uno di quelli previsti dall'art. 266 cod. proc. pen.

"Un simile limite di utilizzazione – dice la Relazione illustrativa (pag. 17) – è destinato a operare quando l'intercettazione sia stata disposta per reati per i quali l'ordinamento interno non lo prevede (...) ai fini della cooperazione non si richiede il rispetto delle ulteriori condizioni legittimanti l'ascolto (gravità indiziaria, indispensabilità dello strumento invasivo ecc.)".

17.4. Notifiche di intercettazione nella Convenzione di Bruxelles sulla mutua assistenza tra gli Stati membri dell'Unione europea (MAP 2000)

La novità della previsione recata nell'articolo 24 del decreto di attuazione della direttiva OEI è tale soltanto per le autorità italiane e per quelle dei pochi Paesi dell'Unione che non avevano ancora proceduto, alla data di scadenza della direttiva, all'implementazione della Convenzione di Bruxelles del 2000.

La Convenzione, che costituisce il primo atto multilaterale che disciplina specificamente le intercettazioni quali oggetto di *mutual legal assistance*³⁴, dedica a questa materia l'intero Titolo III (artt. 17-22), includendovi una previsione specifica per "l'intercettazione di persone nel territorio di un altro Stato membro senza l'assistenza tecnica di quest'ultimo".

La norma di attuazione dedicata al versante passivo (art. 21 del d. lgs. 5 aprile 2017, n. 52) reca una disciplina che ricalca quella dell'art. 24 del decreto attuativo dell'OEI:

inizialmente rilevato la sua presenza. Laddove poi, nel corso di un medesimo procedimento o di procedimenti collegati, l'autorità estera si trovasse nella necessità di trasmettere più notifiche in relazione allo stesso o a diversi bersagli, soccorrerà la regola che radica la competenza in capo al procuratore che ha provveduto sulla prima notifica (art. 4, comma 7).

³³ E' significativa dell'importanza assegnata all'adempimento la circostanza che la previsione dell'art. 31 (3) della direttiva costituisce l'unica ipotesi nella quale il sindacato delle autorità dello Stato ricevente vincola integralmente l'utilizzabilità dell'atto nel procedimento in corso nello Stato emittente.

³⁴ Prima della MAP, la copertura dell'assistenza giudiziaria in materia di intercettazioni era garantita dalla previsione generica dell'art. 3 della Convenzione di Strasburgo in tema di *atti istruttori*.

1. *Quando l'autorità competente dello Stato Parte ha disposto, senza richiesta di assistenza tecnica, l'intercettazione di un dispositivo in uso a persona che si trova nel territorio dello Stato, il procuratore della Repubblica, ricevuta notificazione dell'avvio delle operazioni, la trasmette al giudice per le indagini preliminari.*

2. *Il giudice per le indagini preliminari ordina, con decreto, l'esecuzione o la prosecuzione delle operazioni, ovvero, fermo quanto previsto dall'articolo 20, paragrafo 4, della convenzione, l'immediata cessazione, se le intercettazioni sono state disposte in riferimento a un reato per il quale, secondo l'ordinamento interno, esse non sono consentite.*

3. *Il procuratore della Repubblica senza ritardo dà comunicazione all'autorità competente dello Stato Parte dei provvedimenti adottati dal giudice per le indagini preliminari.*

18. Provvedimenti di sequestro probatorio.

L'articolo 26 del decreto traspone l'art. 32 della direttiva che, sotto la più generica rubrica *Provvedimenti provvisori*, contempla la possibilità che un OEI venga emesso "per adottare provvedimenti intesi a impedire provvisoriamente la distruzione, la trasformazione, la rimozione, il trasferimento o l'alienazione di elementi che possono essere usati come prove".

Conformandosi alla previsione dell'art. 32 (2) della direttiva, la norma interna stabilisce che il riconoscimento e l'esecuzione di siffatto OEI e la relativa comunicazione intervengano "entro ventiquattro ore dalla ricezione e comunque senza ritardo".

All'autorità emittente è affidata la scelta tra due alternative per quanto concerne gli sviluppi dell'apprensione, scelta che dovrà risultare dalla sezione H3 del modulo.

Essa potrà optare per il trasferimento immediato delle cose sequestrate che avrà luogo secondo le disposizioni generali del già esaminato art. 12 del decreto, ivi comprese quelle che contemplano, nell'ipotesi di concomitanti necessità della *giustizia interna*, la temporaneità del trasferimento e la necessaria autorizzazione del giudice, nel caso in cui nel procedimento interno sia stata già esercitata l'azione penale.

Oppure potrà optare per il mantenimento delle cose presso l'autorità italiana di esecuzione. In tal caso l'art. 26, comma 3 del decreto [conformandosi all'art. 32 (4) della direttiva] prescrive che sia indicato, nell'apposito riquadro della sezione H3, un termine entro il quale il provvedimento potrà essere revocato ovvero una data entro la quale il bene appreso dovrà essere trasferito.

E' prevista dalla norma interna la possibilità che il procuratore della Repubblica ritenga di dover revocare il provvedimento di sequestro disposto in esecuzione dell'OEI. In tal caso, l'art. 26, comma 4 del decreto prescrive la previa consultazione dell'autorità di emissione ("*ne informa l'autorità di emissione che può formulare osservazioni*").

In effetti l'art. 32 (5) della direttiva assicura all'autorità di esecuzione una funzione di controllo sulla durata del vincolo, consentendole di stabilire sin dal momento dell'esecuzione, previa consultazione dell'autorità di emissione, "condizioni adeguate alle circostanze del caso, al fine di limitare la durata di validità del provvedimento provvisorio"; e quindi di procedere, conformemente a dette condizioni, alla revoca del provvedimento provvisorio previa informativa e acquisizione delle eventuali osservazioni dell'autorità di emissione alla quale dovrà essere immediatamente notificato il provvedimento di revoca.

Poiché il sistema italiano non prevede l'indicazione di un termine di durata quale condizione originaria di validità del sequestro probatorio, la norma di attuazione concentra la funzione di controllo sulla fase successiva all'esecuzione dell'OEI nella quale l'autorità giudiziaria italiana è ordinariamente tenuta a verificare, ai sensi dell'art. 262, comma 1 cod. proc. pen., se il mantenimento del vincolo nel tempo si atteggi come eccessivo e ingiustificato rispetto alla finalità dell'accertamento (C. II, n. 5650/14).

Naturalmente detta verifica dovrà misurarsi con la circostanza che l'autorità di esecuzione non dispone (e non è tenuta a disporre) del *dossier* relativo al procedimento in corso presso l'autorità di emissione e che un più penetrante sindacato è rimesso alle competenti autorità dello Stato di emissione.

La base cognitiva alla quale dovrà attenersi l'autorità di esecuzione è dunque delimitata dalle informazioni riportate nel modulo standardizzato e dalle altre acquisibili attraverso la prescritta consultazione dell'autorità emittente.

PARTE IV - PROCEDURA ATTIVA

19. Autorità competenti per l'emissione dell'OEI e procedimenti nel cui ambito l'OEI può essere emesso

L'art. 27 del decreto attribuisce al pubblico ministero e al giudice che procede, "nell'ambito delle rispettive attribuzioni", la competenza a emettere l'OEI e a trasmetterlo direttamente all'autorità di esecuzione, "nell'ambito di un procedimento penale o di un procedimento per l'applicazione di una misura di prevenzione patrimoniale".

La concentrazione della competenza presso gli uffici dei capoluoghi di distretto, prevista per la trattazione *in passivo*, non ha evidentemente ragion d'essere per quanto attiene al versante attivo della procedura.

La previsione della *trasmissione diretta* significa l'abolizione, nell'ambito di operatività dell'OEI, del filtro ministeriale (art. 727 cod. proc. pen.).

Il riferimento alle "rispettive attribuzioni" di pubblico ministero e al giudice che procede va letto in relazione alle **fasi del procedimento interno** nel cui ambito emerge la necessità dell'assistenza giudiziaria di altro Stato membro.

Competeranno **al pubblico ministero gli ordini emessi nel corso delle indagini preliminari**, anche quando abbiano per oggetto attività postulanti il previo controllo autorizzativo del giudice (per esempio, intercettazioni), posto che la competenza incidentale del giudice per le indagini non immuta il dominio della fase (v. art. 43 del decreto).

Sarà invece **il giudice a emettere gli ordini di prova nelle fasi *stricto sensu* processuali** delle quali è *dominus*: l'udienza preliminare (per esempio, per lo svolgimento di attività di integrazione probatoria ex art. 422 cod. proc. pen.); i riti speciali che prevedono attività di integrazione istruttoria (per esempio, il giudizio abbreviato, nei casi di cui all'art. 441, comma 5, cod. proc. pen.); il giudizio dibattimentale ordinario.

Poiché nel contesto *stricto sensu* processuale è per definizione già instaurato il contraddittorio di tutte le parti, non pone particolari problemi la previsione (art. 27, comma 1, ult. periodo) che obbliga il giudice alla loro previa consultazione.

In relazione all'ambito oggettivo, il riferimento al *procedimento penale* senza ulteriori connotazioni (non si dice *procedimento di cognizione*) è tale da includere tra i legittimati all'emissione: **il giudice penale dell'esecuzione** che debba acquisire documenti o informazioni ai sensi degli artt. 666, comma 5 o 667, comma 1 c.p.p.; la **magistratura di sorveglianza**, per quanto attiene all'acquisizione dei documenti necessari per un'attenta valutazione della situazione globale del detenuto, in vista per esempio della concessione di benefici o misure alternative.

E' significativa l'**espressa inclusione del procedimento di prevenzione patrimoniale** tra quelli nel cui ambito può essere emesso un ordine di indagine dalle autorità giudiziarie italiane.

Dovrà trattarsi, anche in questo ambito, di un ordine inteso alla ricerca, all'acquisizione e/o all'assicurazione di elementi conoscitivi e non, per esempio, all'esecuzione della confisca di prevenzione o al sequestro inteso ad assicurarne gli effetti, per i quali continueranno a operare altri strumenti di cooperazione internazionale.

Con l'OEI potranno essere veicolate, per esempio, le richieste di assistenza finalizzate all'assunzione di interrogatori o informazioni testimoniali, alle acquisizioni di documenti funzionali all'accertamento incidentale della pericolosità del proposto; le indagini patrimoniali previste dall'art. 19 del d. lgs. n. 159 del 2011, quando attivate dall'autorità giudiziaria.

Come sopra accennato, la legge interna non contempla il caso dell'OEI emesso da un'autorità amministrativa italiana per l'accertamento di violazioni che implicano l'irrogazione di sanzioni di sua competenza.

20. Previsioni normative e raccomandazioni operative per la compilazione, la traduzione e la trasmissione dell'OEI

L'art. 30 del decreto definisce sinteticamente **il contenuto obbligatorio dell'OEI** emesso dalle autorità interne.

Sono incluse nell'elencazione le informazioni salienti prescritte dalla direttiva e riflesse nelle sezioni di carattere generale del modello standardizzato. Ai campi previsti dal modulo dovranno prestare attenzione le autorità italiane emittenti per confezionare un mandato il più possibile immune, almeno sul piano formale, dal rischio di rifiuto o di ritardo delle decisioni di riconoscimento ed esecuzione dell'autorità destinataria.

I dati relativi all'autorità di emissione (sezione K) dovranno comprendere, oltre alla denominazione dell'ufficio emittente, ai suoi recapiti (indirizzo fisico, recapito telefonico, indirizzo di posta elettronica), il nome del magistrato procedente o del punto di contatto designato per le comunicazioni, la lingua di comunicazione, il numero di fascicolo.

La descrizione dell'oggetto dell'OEI (art. 30, comma 1 lett. b) e *la sintetica descrizione dell'atto di indagine o di prova richiesti* (lett. e) rimandano alla sezione C del modulo che impone tra l'altro di specificare, attraverso la spunta delle apposite voci, determinate categorie di atti che si caratterizzano o per il fatto di essere sottratti al regime generale dei motivi di rifiuto o per il fatto di poter essere assoggettati a condizioni specifiche e ulteriori di riconoscimento o esecuzione.

Le ragioni sulle quali l'OEI si fonda (art. 30, comma 1 lett. c) e *la descrizione sommaria del fatto per cui si procede con l'indicazione delle norme di legge violate* (lett. d) corrispondono alle informazioni richieste nella sezione G del modello che, nel punto 3, consente anche di porre in immediata evidenza la circostanza che la fattispecie di reato iscritta nel procedimento interno è compresa in una delle categorie *esentate* dalla verifica di doppia incriminabilità ai sensi dell'art. 11 della direttiva.

I dati utili all'identificazione della persona o delle persone interessate dal compimento dell'atto richiesto andranno riportati nella sezione E che richiede: la compiuta identificazione non soltanto della persona fisica ma anche della persona giuridica interessata all'atto; la specificazione della qualità assunta nel procedimento (imputato o persona sottoposta alle indagini; vittima, testimone, perito, terzo o altro); l'identificazione del luogo ove deve essere compiuto l'atto di indagine, se diverso dall'indirizzo di residenza o dimora indicato nei campi precedenti³⁵.

³⁵ Le indicazioni rispondono, evidentemente, all'esigenza di porre lo Stato di esecuzione in condizione di individuare l'autorità territorialmente competente e di procedere con la massima tempestività alla materiale esecuzione dell'atto richiesto.