



Ministero della Giustizia

DIPARTIMENTO PER GLI AFFARI DI GIUSTIZIA
DIREZIONE GENERALE DELLA GIUSTIZIA PENALE

IL CAPO DEL DIPARTIMENTO
IL DIRETTORE GENERALE DELLA GIUSTIZIA PENALE

Roma, 26 ottobre 2017

- Al Primo Presidente della Corte di cassazione
- Al Procuratore generale presso la Corte di cassazione
- Al Procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo
- Ai Presidenti delle Corti d'appello
- Ai Procuratori generali presso le Corti d'appello

LORO SEDI

Ai Presidenti dei Tribunali

- ANCONA
- BARI
- BOLOGNA
- BRESCIA
- CAGLIARI
- CALTANISSETTA
- CAMPOBASSO
- CATANIA
- CATANZARO
- FIRENZE
- GENOVA
- L'AQUILA
- LECCE
- MESSINA
- MILANO
- NAPOLI
- PALERMO
- PERUGIA
- POTENZA
- REGGIO CALABRIA
- ROMA
- SALERNO

*P. 27 - N. 12671.E
del 31-10-17
Resid - VFF. PERS.*

TORINO
TRENTO
TRIESTE
VENEZIA

Ai Procuratori della Repubblica presso i predetti Tribunali
Al Membro Nazionale di Eurojust
Al Magistrato italiano di collegamento con la Repubblica di Francia

e p.c.
al Capo di Gabinetto
al Capo dell'Ufficio Legislativo
al Direttore dell'Ufficio di coordinamento
delle attività internazionali
al Capo del Dipartimento dell'organizzazione
giudiziaria, del personale e dei servizi
al Direttore generale dei servizi informativi e
automatizzati

Ai Magistrati di collegamento in Italia della
Repubblica di Francia, del Regno dei Paesi Bassi, del Regno
di Spagna, del Regno Unito

SEDE

Al Magistrato italiano di collegamento con la
Repubblica di Albania

Circolare in tema di attuazione della direttiva 2014/41/UE relativa all'ordine europeo di indagine penale – Manuale operativo

Sommario

PARTE I – GENERALITÀ	5
1. L'ENTRATA IN VIGORE DELL'ORDINE EUROPEO DI INDAGINE PENALE E LA (QUASI COEVA) ATTUAZIONE DELLA CONVENZIONE DI BRUXELLES 2000.....	5
2. LA SOSTITUZIONE DELLE PREVIGENTI DISCIPLINE SOVRANAZIONALI DELL'ASSISTENZA GIUDIZIARIA IN AMBITO UE	6
2.1 LA LISTA DEI PAESI CHE HANNO DATO ATTUAZIONE ALLA DIRETTIVA OEI E LA DECORRENZA DELL'EFFETTO SOSTITUTIVO DELLA DIRETTIVA OEI RISPETTO AGLI STRUMENTI PREESISTENTI.....	8
2.2 L'AMBITO OGGETTIVO DI APPLICAZIONE DELL'OEI: LE ATTIVITÀ ESCLUSE	9
2.3 GLI ACCORDI E LE INTESA BILATERALI <i>ULTERIORMENTE SEMPLIFICATRICI</i>	11
2.4. IN SINTESI: I PERIMETRI DELL'OEI	11
2.5. RICHIESTE DI ASSISTENZA NON CONFORMI ALLA BASE GIURIDICA APPLICABILE	12

PARTE II - PROCEDURA PASSIVA.....	13
3. AUTORITÀ COMPETENTI PER IL RICONOSCIMENTO E L'ESECUZIONE DELL'OEI	13
4. IL PROCEDIMENTO: TERMINI E COMUNICAZIONI DOVUTE ALL'AUTORITÀ DI EMISSIONE E AD AUTORITÀ INTERNE.....	15
4.1 AVVISI AL DIFENSORE	16
5. LA FUNZIONE DI CONTROLLO DELL'AUTORITÀ GIUDIZIARIA DI ESECUZIONE	16
5.1. PRESUPPOSTI E REQUISITI FORMALI.....	17
5.1.1. LEGITTIMAZIONE DELL'AUTORITÀ EMITTENTE	17
5.1.2. REGIME LINGUISTICO	18
5.2 CONTROLLO SUL CONTENUTO DELL'OEI, CONDIZIONI SOSTANZIALI DI COMPATIBILITÀ E MOTIVI GENERALI DI NON RICONOSCIMENTO O DI NON ESECUZIONE	18
5.2.1. INCOMPLETEZZA, MANIFESTA ERRONEITÀ, INCOERENZA E INCONGRUITÀ DELLE INFORMAZIONI CONTENUTE DELL'OEI (ART. 10 COMMA 1, LETT. A).....	18
5.2.2. IMMUNITÀ RICONOSCIUTE DALLO STATO ITALIANO CHE LIMITANO O IMPEDISCONO L'ESERCIZIO O IL PROSEGUIMENTO DELL'AZIONE PENALE NEI CONFRONTI DELLA PERSONA PER CUI SI PROCEDE (ART. 10, COMMA 1, LETT. B)	19
5.2.3. PREGIUDIZIO PER LA SICUREZZA NAZIONALE (ART. 10, COMMA 1, LETT. C).....	19
5.2.4. NE BIS IN IDEM (ART. 10 LETT. D)	19
5.2.5. INCOMPATIBILITÀ DELL'ATTO RICHIESTO CON I PRINCIPI E DIRITTI FONDAMENTALI (ART. 10 LETT. E).....	21
5.2.6. DOPPIA INCRIMINAZIONE SALVO ECCEZIONI (ART. 10, COMMA 1 LETT. F E COMMA 2)	21
5.3 MOTIVI GENERALI DI NON RICONOSCIMENTO O DI NON ESECUZIONE PREVISTI DALLA DIRETTIVA E NON ESPRESSAMENTE TRASPOSTI DALLA NORMA DI ATTUAZIONE	23
5.3. REQUISITI SPECIFICI DI DETERMINATI ATTI DI INDAGINE E CORRELATI MOTIVI DI RIFIUTO	24
6. PRINCIPIO DI PROPORZIONE.	25
6.1. SIGNIFICATO E CONTENUTO DELLA VERIFICA DI PROPORZIONALITÀ.....	25
6.2. DINAMICA APPLICATIVA.....	26
7. ALTRE DECISIONI RIMESSE ALL'AUTORITÀ GIUDIZIARIA DI ESECUZIONE.....	26
7.1 PARTECIPAZIONE ALL'ESECUZIONE DELL'AUTORITÀ DI EMISSIONE.....	26
7.2 RINVIO DEL RICONOSCIMENTO O DELL'ESECUZIONE	27
8. IL TRASFERIMENTO DELLE PROVE ACQUISITE.	28
9. IMPUGNAZIONI.	28
9.1 LA PRECLUSIONE DEL SINDACATO SULLE RAGIONI DI MERITO DI EMISSIONE DELL'OEI	30
10. SPESE	30
PARTE III - DISPOSIZIONI SPECIFICHE PER IL RICONOSCIMENTO E L'ESECUZIONE DI DETERMINATI ATTI DI INDAGINE	30
11. TRASFERIMENTO TEMPORANEO NELLO STATO DI EMISSIONE DI PERSONE DETENUTE IN ITALIA	30
12. TRASFERIMENTO TEMPORANEO IN ITALIA DI PERSONE DETENUTE NELLO STATO DI EMISSIONE.....	31
13. VIDEOCONFERENZA.....	32
14. AUDIZIONE MEDIANTE TELECONFERENZA.....	32
15. INFORMAZIONI E DOCUMENTI PRESSO BANCHE E ISTITUTI FINANZIARI.	33
16. OPERAZIONI SOTTO COPERTURA E RITARDO O OMISSIONE DEGLI ATTI DI ARRESTO O DI SEQUESTRO.....	34
17. INTERCETTAZIONE DI TELECOMUNICAZIONI	36
17.1 ACQUISIZIONE DI TABULATI E DATI ESTRINSECI	36
17.2 INTERCETTAZIONE DI TELECOMUNICAZIONI CON L'ASSISTENZA TECNICA DELL'AUTORITÀ ITALIANA	37
17.2.1 LA VERIFICA DELLE CONDIZIONI DI PRATICABILITÀ DELL'INTERCETTAZIONE NEL CASO INTERNO ANALOGO.....	38
17.3 NOTIFICA ALL'AUTORITÀ GIUDIZIARIA ITALIANA NEL CASO DI PERSONA SOGGETTA A INTERCETTAZIONE NEL TERRITORIO DELLO STATO.	39

17.4. NOTIFICHE DI INTERCETTAZIONE NELLA CONVENZIONE DI BRUXELLES SULLA MUTUA ASSISTENZA TRA GLI STATI MEMBRI DELL'UNIONE EUROPEA (MAP 2000).....	40
18. PROVVEDIMENTI DI SEQUESTRO PROBATORIO.	41
PARTE IV - PROCEDURA ATTIVA	42
19. AUTORITÀ COMPETENTI PER L'EMISSIONE DELL'OEI E PROCEDIMENTI NEL CUI AMBITO L'OEI PUÒ ESSERE EMESSE.	42
20. PREVISIONI NORMATIVE E RACCOMANDAZIONI OPERATIVE PER LA COMPILAZIONE, LA TRADUZIONE E LA TRASMISSIONE DELL'OEI.....	43
20.1 REGIME LINGUISTICO E CANALI DI TRASMISSIONE.....	44
21. COMUNICAZIONI INTERNE RELATIVE ALL'EMISSIONE DELL'OEI.....	46
22. L'EMISSIONE DELL'OEI E I DIRITTI DELLA DIFESA.....	47
23. DISPOSIZIONI SULLA UTILIZZABILITÀ DEGLI ATTI COMPIUTI E DELLE PROVE ASSUNTE ALL'ESTERO.....	48
PARTE V - DISPOSIZIONI SPECIFICHE PER L'EMISSIONE DI UN OEI	49
RELATIVO A DETERMINATI ATTI DI INDAGINE	49
24. TRASFERIMENTI TEMPORANEI DI PERSONE DETENUTE.....	49
25. RICHIESTA DI AUDIZIONE MEDIANTE VIDEOCONFERENZA O ALTRA TRASMISSIONE AUDIOVISIVA	50
26. INFORMAZIONI RELATIVE A CONTI E OPERAZIONI BANCARIE E FINANZIARIE.	51
27. OPERAZIONI SOTTO COPERTURA E RITARDO O OMISSIONE DEGLI ATTI DI ARRESTO O DI SEQUESTRO.....	52
28. INTERCETTAZIONE DI TELECOMUNICAZIONI.	52
28.1 RICHIESTA DI INTERCETTAZIONE CON ASSISTENZA TECNICA DI ALTRO STATO MEMBRO	52
28.2 OBBLIGHI DI INFORMAZIONE IN FAVORE DELL'AUTORITÀ GIUDIZIARIA DI UNO STATO MEMBRO	53
29. PROSPETTIVE.....	54

Allegati

PARTE I – GENERALITÀ

1. L'entrata in vigore dell'Ordine europeo di indagine penale e la (quasi coeva) attuazione della Convenzione di Bruxelles 2000

Il 28 luglio 2017 è entrato in vigore il decreto legislativo 21 giugno 2017, n. 108, che introduce in Italia l'ordine europeo di indagine penale, in attuazione della Direttiva 2014/41/EU del Parlamento Europeo e del Consiglio del 3 aprile 2014, pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea 1.5.2014, serie L 130/1 (di seguito indicata come direttiva), recante norme funzionali a regolare la cooperazione in materia di assistenza giudiziaria penale tra i Paesi membri della UE a fini di acquisizione all'estero di una prova nel corso di un'indagine o di un processo penale.

Il decreto segue di pochi mesi la pubblicazione del decreto legislativo 5 aprile 2017, n. 52 con il quale si è data attuazione alla Convenzione di mutua assistenza tra gli Stati membri dell'Unione europea, firmata a Bruxelles il 29 maggio 2000 (di seguito indicata come MAP).

La MAP e la direttiva 2014/41/UE costituiscono tappe progressive di un percorso di semplificazione e di incremento dell'efficacia delle relazioni di assistenza giudiziaria tra i Paesi membri dell'Unione europea.

La MAP, che entrerà in vigore nel nostro Paese quando si sarà perfezionata la procedura di notifica prevista dall'art. 27¹, persegue l'obiettivo dell'ammodernamento della Convenzione europea di mutua assistenza del Consiglio d'Europa fatta a Strasburgo il 20 aprile 1959 (CEAG), in primo luogo attraverso la previsione di una disciplina specifica per l'esecuzione di alcune attività corrispondenti alle nuove (almeno all'epoca di approvazione) necessità della lotta al crimine: la restituzione all'avente diritto dei beni provenienti da reato; il trasferimento temporaneo di persone detenute al fine di raccogliere le dichiarazioni probatorie o di garantirne la presenza nel processo; la costituzione di squadre investigative comuni; l'audizione mediante videoconferenza e teleconferenza; le consegne controllate e le operazioni sotto copertura.

A quest'ultimo ambito di intervento si associano previsioni dirette a incidere, in via generale, su alcune criticità di funzionamento della cooperazione giudiziaria, facendo affidamento sul livello di reciproca fiducia che deve caratterizzare le relazioni tra i Paesi appartenenti al comune spazio giuridico europeo. Vengono toccati i temi dell'utilizzabilità nel Paese richiedente della prova raccolta secondo la legge nazionale (*lex fori*) del Paese richiesto; della semplificazione dei meccanismi di trasmissione delle richieste di assistenza e delle notifiche all'estero; dello scambio spontaneo di informazioni tra organi investigativi.

Il d. lgs. n. 52 del 2017 attua queste ultime istanze con disposizioni dedicate:

- a) alla possibilità per l'A.G. italiana competente di dare esecuzione alla richiesta di assistenza secondo le forme indicate dall'autorità richiedente, sempre che non siano contrarie ai principi dell'ordinamento giuridico dello Stato" (art. 8, comma 4);
- b) alla previsione quale regola generale della trasmissione diretta tra autorità giudiziarie delle richieste di assistenza, fatto salvo il caso delle richieste indirizzate al Regno Unito e all'Irlanda (art. 7);
- c) all'esecuzione a mezzo del servizio postale o dei servizi di posta certificata delle richieste di assistenza aventi per oggetto notifiche (art. 5);

¹ Per esigenze di certezza giuridica, l'art. 26 del d.lgs. n. 52 del 2017 prevede che dell'entrata in vigore sarà dato avviso in *Gazzetta Ufficiale*.

d) allo scambio spontaneo delle informazioni tra autorità giudiziarie (art. 9).

Rispetto alla MAP l'ordine europeo di indagine penale (di seguito OEI) segna un ulteriore progresso che, in prima approssimazione, può ricondursi al fatto di avere costruito un modello standardizzato di provvedimento investigativo/probatorio da trattare secondo le regole tipiche del *mutuo riconoscimento* (rapporti diretti tra Autorità giudiziarie e disintermediazione politica; ruolo dell'Autorità centrale circoscritto a funzioni di mera assistenza amministrativa; motivi tipizzati di rifiuto del riconoscimento o esecuzione dell'ordine emesso dall'Autorità estera; previsione di termini stringenti).

L'OEI corrisponde, nel settore della cooperazione investigativa e probatoria, a ciò che il mandato di arresto europeo (MAE) ha rappresentato nel settore delle consegne dei soggetti condannati o ricercati per l'esecuzione di misure cautelari personali. Esso segna il superamento del sistema rogatorio, così come il MAE segnò, nello spazio comune europeo, il superamento delle procedure estradizionali.

Non sono in realtà mancate, nel passato recente, alcune esplicitazioni del principio del mutuo riconoscimento nel settore dell'assistenza giudiziaria.

Si è trattato però di strumenti parziali sia perché dedicati esclusivamente ad alcune tipologie di atti (sequestro probatorio e acquisizione di prove precostituite), sia perché inidonei a coprire l'intero ciclo dell'assistenza, che consta dell'acquisizione della prova *cross-border* ma anche della sua trasmissione al Paese che deve utilizzarla nel procedimento.

La Direttiva 2014/41/UE costruisce allora **uno strumento tendenzialmente *omnicomprensivo*** con riferimento all'ambito delle attività investigative e probatorie che possono esservi ricomprese; alle fasi del procedimento penale che possono giovare (seguendo la distinzione italiana, lo strumento investe sia i mezzi di indagine e di ricerca e assicurazione della prova propri della fase delle indagini, che le prove in senso stretto raccolte nel giudizio); alle fasi delle procedure di assistenza trattabili secondo il nuovo modulo operativo (non soltanto l'esecuzione dell'atto investigativo o probatorio ma anche il trasferimento del suo risultato).

2. La sostituzione delle previgenti discipline sovranazionali dell'assistenza giudiziaria in ambito UE

L'intento della Direttiva 2014/41/UE di **ricomporre un quadro giuridico frammentario** si riflette nella previsione dell'art. 34, secondo la quale la nuova fonte è destinata a soppiantare "le corrispondenti previsioni" dei seguenti strumenti:

- a) **la Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale adottata dal Consiglio d'Europa il 20 aprile 1959**, con i relativi protocolli addizionali e con gli accordi bilaterali stipulati a norma dell'articolo 26 della Convenzione²;
- b) **la Convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen**, ratificata dall'Italia con legge 30 settembre 1993, n. 388;

² Il primo protocollo addizionale della CEAG, fatto a Strasburgo il 17 marzo 1978 (ETS No.099), è stato ratificato dall'Italia con legge in vigore dal 24 febbraio 1962. Per il secondo protocollo addizionale, fatto a Strasburgo l'8 novembre 2001 e firmato dall'Italia in data 23 gennaio 2013, si attende il perfezionamento della procedura di ratifica.

- c) **la Convenzione di Bruxelles del 29 maggio 2000 sull'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea (M.A.P.)**, recentemente attuata con il D. lgs. 5 aprile 2017, n. 52, che entrerà in vigore quando saranno decorsi novanta giorni dalla notifica al Segretariato generale del Consiglio dell'Unione europea³;
- d) **la Decisione quadro 2003/577/GAI relativa all'esecuzione dei provvedimenti di blocco dei beni o di sequestro probatorio**, attuata nel nostro ordinamento con d. lgs. 15 febbraio 2016, n. 35, entrato in vigore il 26 marzo 2016⁴;
- e) **la Decisione quadro 2008/978/GAI in tema di mandato europeo di ricerca delle prove (M.E.R.)**, mai trasposta nel nostro ordinamento⁵ e comunque abrogata, prima della scadenza del termine di trasposizione della Direttiva OEI, dal Regolamento 95/2016 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 gennaio 2016.

Lo sforzo di semplificazione intende ovviare ai deficit di efficienza che caratterizzano sia il sistema rogatorio [cui sono improntate le Convenzioni sub a), b) e c)], sia le due decisioni quadro del 2003 e del 2008.

La decisione quadro 2003/577/GAI istituisce l'immediato e reciproco riconoscimento dei provvedimenti di blocco dei beni o di sequestro probatorio "*al fine di impedire atti di distruzione, trasformazione, spostamento, trasferimento o alienazione delle prove*"; ma non disciplina la fase della consegna allo Stato richiedente della preservata fonte di prova, obbligando quest'ultimo a intraprendere, dopo aver ottenuto rapidamente il provvedimento di blocco, il laborioso percorso della rogatoria tradizionale.

Tanto la decisione sul sequestro probatorio, quanto quella (ora abrogata) che istituisce il *mandato europeo di ricerca delle prove* riguardano soltanto le prove precostituite ("*oggetti, documenti e dati*"). La decisione quadro 2008/978/GAI poteva estendersi, al più, agli oggetti, ai documenti e ai dati scoperti durante l'esecuzione del mandato, ovvero alle dichiarazioni delle persone presenti alla perquisizione/sequestro, purché direttamente collegate all'oggetto del mandato (art. 4.5 e 6).

Resta esclusa dalle due decisioni quadro una serie di mezzi di indagine e di prova che, invece, sono pacificamente ricompresi nella portata applicativa dell'OEI: gli interrogatori; l'assunzione di dichiarazioni da soggetti indiziati, testimoni o periti; le ispezioni personali; i prelievi di materiali biologici o di dati biometrici direttamente dal corpo di una persona (DNA, impronte digitali); le acquisizioni di elementi informativi in tempo reale (movimenti bancari, sorveglianza dell'indiziato, intercettazione di comunicazioni); i tabulati telefonici e telematici; le operazioni sotto copertura.

Per le ragioni indicate può dirsi che la Direttiva 2014/41/UE offre un quadro generale di riferimento per tutti gli Stati membri dell'Unione Europea e realizza un "sistema globale di acquisizione delle prove nelle fattispecie aventi dimensione transfrontaliera", tale da sostituire "tutti gli strumenti esistenti nel settore" e da potersi utilizzare per "tutti i tipi di prove", delineando altresì precise e rapide modalità di esecuzione e circoscritti motivi di rifiuto (vedasi il *considerando n. 6* della Direttiva).

³ La Convenzione del 29 maggio 2000 è stata implementata da tutti i Paesi dell'Unione Europea, eccettuate la Croazia, la Grecia e l'Irlanda.

⁴ La Decisione quadro 2003/577/GAI è stata implementata da tutti gli Stati membri dell'Unione, eccettuate la Grecia e il Lussemburgo.

⁵ La Decisione quadro 2008/978/GAI era stata implementata, prima della sua abrogazione, soltanto dalla Croazia, dalla Finlandia, dai Paesi Bassi, dalla Slovenia e dalla Spagna.

2.1 La lista dei Paesi che hanno dato attuazione alla direttiva OEI e la decorrenza dell'effetto sostitutivo della direttiva OEI rispetto agli strumenti preesistenti

Alla data odierna l'OEI è stato implementato da poco più della metà dei Paesi aderenti, con atti normativi entrati in vigore nelle date di seguito specificate:

Belgio	22 maggio 2017
Croazia	26 ottobre 2017
Estonia	6 luglio 2017
Finlandia	3 luglio 2017
Francia	22 maggio 2017
Germania	22 maggio 2017
Grecia	21 settembre 2017
Italia	28 luglio 2017
Lettonia	20 maggio 2017
Lituania	15 giugno 2017
Paesi Bassi	17 giugno 2017
Portogallo	22 agosto 2017
Regno Unito	31 luglio 2017 ⁶
Slovacchia	15 ottobre 2017
Ungheria	23 maggio 2017

L'art. 34, §§ 1 e 2 della Direttiva individua la data del 22 maggio 2017 (la stessa indicata dall'art. 36 come termine di recepimento) come il momento a partire dal quale il nuovo strumento dispiega *effetto sostitutivo* ("replaces") delle corrispondenti disposizioni contenute nelle fonti sopra elencate.

La scelta del verbo *replaces* (sostituisce), in luogo del verbo *abolishes* o *abrogates*, indica che **il nuovo strumento normativo non travolgerà la previgente regolazione dei rapporti di assistenza prima che gli Stati membri interessati abbiano trasposto nei rispettivi ordinamenti le nuove disposizioni.**

Le convenzioni multilaterali e la decisione quadro in tema di sequestro probatorio continueranno dunque a trovare applicazione nei rapporti tra l'Italia e i numerosi Paesi dell'Unione che, pur avendo aderito alla direttiva sull'ordine europeo di indagine penale, non l'hanno ancora recepita nell'ordinamento interno.

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*⁷.

⁶ Altri Paesi sono ormai prossimi alla trasposizione interna della Direttiva. Per un aggiornamento tempestivo si raccomanda la consultazione del sito della Rete Giudiziaria Europea (www.ejn-crimjust.europa.eu), ove è stata inserita in evidenza un'apposita sezione intitolata all'EIO, all'interno della quale sono rinvenibili - tra l'altro - anche notizie ulteriori rispetto allo stato di implementazione della direttiva da parte degli stati Membri. Con riferimento al Regno Unito, è importante segnalare che la vigenza dello strumento è espressamente estesa al territorio di Gibilterra, per il quale anzi l'entrata in vigore è anticipata alla data del 22 maggio 2017. **Fino alla definizione di diversi accordi nel quadro della cd. *Brexit*, il Regno Unito deve ritenersi pienamente incluso nel perimetro operativo dell'OEI.**

⁷ V. EUROJUST-EJN, *Note on the meaning of "corresponding provisions" and the applicable legal regime in case of delayed transposition of the EIO Directive – 2.5.2017*. 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 (tanto da essere etichettata come *teleological interpretation*), l'interpretazione indicata corrisponde a quella accolta dalla Corte di giustizia dell'Unione in relazione all'analoga previsione dell'art. 31 § 1 della decisione quadro istitutiva del *mandato di arresto europeo*⁸.

Analogamente si è espressa la Commissione Europea in un *report* dedicato all'implementazione della Decisione quadro 2008/909/GAI in tema di trasferimento delle persone condannate⁹. Veniva in gioco in quel caso l'art. 26 §1 che regola l'effetto sostitutivo della Decisione rispetto ad altri strumenti previgenti con formula del tutto analoga a quella dell'art. 34 della Direttiva 2014/41/UE¹⁰.

2.2 L'ambito oggettivo di applicazione dell'OEI: le attività escluse

Un altro aspetto della formula impiegata dall'art. 34 § 1 forma oggetto di dibattito tra gli Stati UE aderenti alla direttiva.

Ci si domanda quale significato debba attribuirsi all'espressione "*corresponding provisions*", quali siano cioè le attività rispetto alle quali la cooperazione tra gli Stati membri aderenti non sarà più regolata dalle fonti elencate nel paragrafo 2 della presente circolare ma dalle disposizioni della direttiva; quale sia in ultima analisi l'ambito oggettivo di applicazione dell'OEI (il suo *scope*) e quale sia, per converso, l'ambito delle attività che restano regolate da strumenti previgenti.

In un documento *Eurojust*¹¹, si dà conto del consenso maggioritario raggiunto dagli esperti dei diversi Stati membri intorno al seguente elenco di attività escluse:

a) **la notifica degli atti del procedimento penale:** detta attività è disciplinata dall'art. 5 della Convenzione MAP del 2000. Per le Autorità italiane, in attesa dell'entrata in vigore del decreto legislativo n. 52/2017, continuerà a trovare applicazione l'art. 52 dell'Accordo di Schengen (cfr. sul punto la circolare 10 agosto 2015 del Ministero della Giustizia prot. DAG 10/8/2015 00115769.U). Diversamente, l'OEI potrà essere utilizzato per le notifiche attinenti all'atto di indagine da compiere all'estero e funzionali alla sua esecuzione.

b) **lo scambio spontaneo di informazioni,** che resta disciplinato dall'art. 7 della Convenzione M.A.P. del 2000;

c) **i sequestri esclusivamente finalizzati alla confisca e i provvedimenti di confisca,** rispetto alle quali continuano a trovare applicazione i decreti legislativi 15

⁸ Nella decisione C-296/08 PPU, *Goicoechea*, § 58 si legge che "*the replacement under article 31(1) of the Framework Decision of the conventions mentioned in that provision does not entail the abolition of those conventions, which retain their relevance in cases covered by a statement made by a Member State pursuant to Article 32 of the Framework Decision, and also in other situations in which the European arrest warrant system is not applicable*".

⁹ COM (2014) 57 final.

¹⁰ Considerando gli effetti negativi della mancata trasposizione della Decisione quadro nelle relazioni con altri Stati membri, la Commissione osservava che "*when cooperating with a Member State who did not implement in time, even those Member States who did so will have to continue to apply the corresponding conventions of the Council of Europe when transferring EU prisoners or sentences to other Member States*".

¹¹ *Note on the meaning of "corresponding provisions" and the applicable legal regime in case of delayed transposition of the EIO Directive* – 2 maggio 2017

febbraio 2016, n. 35 e 7 agosto 2015 n. 137, che attuano, rispettivamente, la Decisione quadro 2003/577/GAI, relativa all'esecuzione nell'Unione europea dei provvedimenti giudiziari di blocco e sequestro dei beni, e la Decisione quadro 2006/783/GAI, relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni di confisca.

A sostegno di queste esclusioni si richiama il *considerando n. 34* della Direttiva 2014/41/UE per il quale "in virtù del suo ambito di applicazione, la presente direttiva contempla unicamente i provvedimenti provvisori al fine di raccogliere prove". Il concetto trova un riflesso operativo nella sezione C) del modulo OEI allegato alla Direttiva che, in tema di sequestro, annovera soltanto il "provvedimento provvisorio inteso a impedire atti di distruzione, trasformazione, spostamento, trasferimento o alienazione di elementi che possono essere usati come prove (sequestro probatorio)".

Laddove il provvedimento di sequestro interno sia disposto con la duplice finalità, di assicurare la futura confisca e nel contempo l'elemento di prova, l'OEI potrà essere emesso e riconosciuto/eseguito dalle Autorità giudiziarie italiane limitatamente a quest'ultimo profilo;

d) le restituzioni di beni alle parti offese del reato e i sequestri disposti con tale finalità, che restano regolate dall'art. 8 della Convenzione M.A.P. e dall'art. 12 del Secondo Protocollo Addizionale della Convenzione del Consiglio d'Europa sull'assistenza giudiziaria;

e) le denunce funzionali al trasferimento dei procedimenti penali, di cui all'art. 21 della Convenzione di assistenza giudiziaria in materia penale del Consiglio d'Europa e alla Convenzione del 1972 in tema di trasferimento di procedimenti (quest'ultima non ratificata dall'Italia)¹²;

f) lo scambio di informazioni estratte dal casellario giudiziale, rispetto al quale continuano a trovare applicazione i decreti legislativi 12 maggio 2016 n. 74 e n. 75, attuativi delle Decisioni quadro in tema di *casellario giudiziario europeo*;

g) l'istituzione delle squadre investigative comuni e l'acquisizione di prove nell'ambito di tali squadre che trovano regolamentazione specifica nel decreto legislativo 15 febbraio 2016, n. 34 che dà attuazione alla Decisione quadro 2002/465/GAI ma è integralmente richiamato anche dal d. lgs. 5 aprile 2017, n. 52 (art. 18), recante norme di attuazione della Convenzione MAP 2000.

L'esclusione corrisponde alla previsione espressa dell'art. 3 della Direttiva, che però fa salva l'applicazione dell'OEI per **l'assistenza che la squadra investigativa abbia necessità di richiedere a uno Stato membro che non ha partecipato alla costituzione della squadra** (ipotesi prevista dall'art. 13 § 8 della Convenzione M.A.P. 2000 e dall'art. 1 § 8 della Decisione quadro 2002/465/GAI). Per quanto non esplicitamente ribadita dalla norma interna di attuazione, detta salvezza deve intendersi valida, in omaggio al canone di *interpretazione conforme*, anche per le Autorità giudiziarie italiane.

h) le osservazioni transfrontaliere previste dagli articoli 40 e 41 della Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen. L'esclusione corrisponde al *considerando 9* della Direttiva¹³.

¹² Per queste ultime l'art. 6 (1), 2° periodo della Convenzione MAP prevede la possibilità di trasmissione diretta tra le autorità giudiziarie competenti.

Ovviamente, sono altresì esclusi dall'applicazione dell'OEI i trasferimenti di persone condannate per l'esecuzione di una pena detentiva o di una misura di sicurezza, che - non rispondendo a finalità investigative o probatorie - restano regolati dalla Decisione quadro 909/2008/GAI (attuata con d. lgs. 7 settembre 2010, n. 161), nei rapporti con gli Stati membri che l'hanno implementata, e dalla Convenzione del Consiglio d'Europa fatta a Strasburgo il 21 marzo 1983 per gli altri.

2.3 Gli accordi e le intese bilaterali *ulteriormente semplificatrici*

Un'area di *ultrattività selettiva delle fonti previgenti* si ricava dalle previsioni dell'articolo 34 §§ 3 e 4 che fanno salva l'applicazione, dopo la data di entrata in vigore dell'OEI, di accordi e intese multilaterali o bilaterali con altri Stati membri (nuovi o preesistenti), "laddove i medesimi consentano di rafforzare ulteriormente gli obiettivi della presente direttiva e contribuiscano a semplificare o agevolare ulteriormente le procedure di acquisizione delle prove e a condizione che sia rispettato il livello delle salvaguardie di cui alla presente direttiva".

E' richiesta a tal fine una notifica *ad hoc* da parte degli Stati membri, che debbono specificare gli accordi e le intese "che desiderano continuare ad applicare".

Si segnala a tale proposito che, con dichiarazione notificata alla Commissione UE insieme al decreto di recepimento, l'Italia ha comunicato l'intenzione di continuare ad applicare, nelle parti funzionali alla migliore fluidificazione delle procedure, gli Accordi aggiuntivi alla Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale del 20 aprile 1959 stipulati con l'Austria (Vienna, 20.2.1973) e la Germania (Roma, 24.10.1979).

Alla luce di detta dichiarazione (speculare a quella formulata dal Governo tedesco¹⁴) può prevedersi, per esempio, che risulterà prevalente, in quanto più fluido, il regime linguistico dettato dall'art. 10 dell'Accordo aggiuntivo del 1979 che consente l'inoltro di richieste redatte nella lingua del Paese richiedente, laddove, come vedremo, le normative nazionali italiana e tedesca di attuazione dell'OEI impongono la traduzione nella lingua del Paese di esecuzione.

Saranno poi la prassi e il metodo della reciproca consultazione a individuare i casi concreti nei quali l'applicazione delle regole contenute nei due Accordi bilaterali aggiuntivi potrà risultare più vantaggiosa rispetto alle norme di attuazione della direttiva OEI.

La previsione dell'art. 34, commi 3 e 4 guarda anche al futuro consentendo, anche dopo l'entrata in vigore delle norme di attuazione dell'OEI, la stipula di intese e accordi bilaterali con Stati UE aderenti alla direttiva ulteriormente rafforzative degli obiettivi di quest'ultima. Dette intese, una volta notificate alla Commissione, prevarranno sulle norme di attuazione dell'OEI.

2.4. In sintesi: i perimetri dell'OEI

Tirando le somme, può definirsi **un perimetro esterno** di applicazione dell'OEI affermando che la Convenzione CoE del 1959 (CEAG) dovranno essere applicate:

- 1) nei rapporti con gli Stati parte del Consiglio d'Europa estranei però al contesto UE (tra i quali vanno considerati anche Islanda e Norvegia, che non sono parte dell'Unione Europea pure essendo parte dell'*acquis* di Schengen);

¹³ In relazione alle squadre investigative comuni, al sequestro di beni finalizzato alla confisca e alle osservazioni transfrontaliere le indicazioni qui riportate coincidono con quelle formulate dal Ministero della Giustizia francese nella Circolare CRIM/2017-15/H2 del 16 maggio 2017 (pag.8). La legislazione olandese ammette, invece, che attività di osservazione transfrontaliera siano veicolati tramite l'OEI (v. il documento *The European Investigation Order in the Netherlands*, predisposto dall'*Office of the liaison magistrate of the Netherlands in Italy*, 19 ottobre 2017).

¹⁴ L'Austria non ha ancora dato attuazione dalla direttiva OEI.

- 2) nei rapporti con gli Stati membri UE che non hanno aderito alla direttiva (**Danimarca e Irlanda**);
- 3) nei rapporti con gli Stati membri UE che, pur avendo aderito alla direttiva, non l'hanno implementata al momento della trasmissione della richiesta di assistenza.

Per gli Stati di cui ai punti 2) e 3) potranno applicarsi, non appena sarà entrato in vigore il D.lgs. n. 52 del 2017, anche le previsioni della Convenzione MAP 2000 che, com'è noto, assumono nel contesto UE valenza integrativa della Convenzione di Strasburgo del 1959.

Ai sensi dell'art. 35 della Direttiva, gli strumenti previgenti continueranno poi a trovare applicazione rispetto alle richieste di assistenza giudiziaria pervenute prima del 22 maggio 2017 e, secondo l'interpretazione sopra indicata, alle richieste pervenute prima del 28 luglio 2017, data di effettiva entrata in vigore dell'OEI nel sistema italiano.

Guardando al **perimetro interno**, alla selezione cioè delle attività non coperte dalla direttiva 2014/41/UE, l'OEI non dovrà trovare applicazione per le misure elencate nel paragrafo precedente che - per il fatto di non corrispondere a finalità di indagine o probatorie e/o per il fatto di trovare compiuta disciplina in altre fonti dell'Unione - continueranno a essere regolate dagli strumenti precedenti.

2.5. Richieste di assistenza non conformi alla base giuridica applicabile

Sulla base delle segnalazioni pervenute dagli uffici nei primi mesi di applicazione del nuovo strumento, sono stati individuate due ipotesi di difformità della richiesta di assistenza formulata dallo Stato estero rispetto alla base giuridica applicabile secondo i perimetri sopra definiti:

- i. OIE trasmesso dalle Autorità di uno Stato che non abbia implementato la Direttiva 41/2014/UE;
- ii. Rogatoria inviata sul fondamento delle basi previgenti, dalle Autorità di un Paese UE che abbia invece, al momento della richiesta, già implementato la Direttiva.

La legge nazionale francese è intervenuta in questa materia per sancire un (discusso) principio di estensione delle regole procedurali attuative dell'OEI ai rapporti con gli Stati membri inadempienti¹⁵.

La nostra legge di implementazione, così come quelle della maggior parte degli altri Paesi che hanno finora attuato la direttiva, non contiene specifiche disposizioni in materia¹⁶.

¹⁵ L'articolo 5 dell'*Ordonnance n° 2016-1636* del 1° dicembre 2016 prevede, in particolare, che a partire dalla data del 22 maggio 2017 le autorità giudiziarie francesi redigano le loro richieste di assistenza secondo le forme della *décision d'enquête européenne en matière pénale* (DEE) anche quando queste siano indirizzate agli Stati membri che non hanno a tale data trasposto la direttiva; e che, sul versante passivo, le competenti autorità francesi di esecuzione trattino le richieste ricevute dagli Stati inadempienti sulla base delle disposizioni della direttiva e delle norme interne che vi danno attuazione.

¹⁶ Nella parte dedicata alle procedure in attivo (OEI emessi dalle autorità francesi) la normativa francese è fortemente contestata. E' in effetti opinabile che la legislazione nazionale di uno Stato membro possa validamente disciplinare le forme che la richiesta di assistenza deve assumere per essere utilmente trattata da un altro Stato membro che non ha ancora recepito la direttiva, posto che detta tipologia di fonte (diversamente dal *Regolamento*) non può di norma spiegare i suoi effetti precettivi prima dell'avvenuta trasposizione nell'ordinamento interno dello Stato di esecuzione.

La soluzione di dette ipotesi spetta pertanto all'Autorità giudiziaria ricevente, di fronte alla quale si porrà l'alternativa di restituire la richiesta o l'OEI, segnalando la diversa disciplina applicabile, oppure dare corso all'esecuzione laddove la violazione assuma rilievo puramente formale e si ravvisino nella domanda di assistenza tutti i requisiti di sostanza necessari alla sua trattazione.

Si osserva che tale ultima soluzione, laddove praticabile, si conforma a un canone di conservazione degli atti giuridici (*utile per inutile non vitiatur*) che corrisponde anche alle istanze di massima collaborazione cui devono uniformarsi le relazioni di assistenza giudiziaria, soprattutto nello spazio giuridico comune dei Paesi UE.

Affinché tali istanze possano avere compiuta esplicazione, occorre però tener conto della possibilità che la violazione, seppur formale secondo i canoni interni, possa avere ricadute sull'utilizzabilità degli atti compiuti secondo l'ordinamento dello Stato emittente (*lex fori*).

Si raccomanda allora, laddove si opti per la trattazione della richiesta o dell'OEI *critico*, di comunicare all'Autorità dello Stato richiedente la difformità rilevata e il regime giuridico secondo il quale essa sarebbe trattata dalle autorità italiane. Detta comunicazione consentirà alle autorità del Paese richiedente di valutare le iniziative eventualmente opportune.

Detta modalità si conforma al *metodo di consultazione* che ispira la Direttiva OEI (v. l'art. 6 del d. lgs. n. 108 del 2017), gli altri strumenti di mutuo riconoscimento e, più in generale, le prassi raccomandate nei *fora* internazionali in materia di *mutual legal assistance*.

Nella comparazione rimessa alle autorità italiane dei costi/benefici dell'opzione della restituzione della richiesta impropriamente presentata ovvero della sua trattazione possono pesare considerazioni legate alla diverse autorità giudiziarie interne competenti per il riconoscimento/esecuzione (Procure generali e Corti d'appello per le rogatorie; procuratori e gip distrettuali per l'OEI) e al diverso modulo procedurale (udienza di *exequatur* nel modello rogatorio; concentrazione in capo ai procuratori e ai gip distrettuali di riconoscimento ed esecuzione, nell'OEI).

E' allora il caso di anticipare quanto si avrà modo di precisare in seguito, e cioè che con la prossima entrata in vigore del D. lgs. 3 ottobre 2017, n. 149, recante *Disposizioni di modifica del Libro XI del codice di procedura penale*, si realizzerà l'omogeneizzazione di detti profili.

Si sarà grati alle autorità in indirizzo della comunicazione delle linee interpretative e delle prassi che andranno a consolidarsi nei rispettivi uffici sulle questioni qui affrontate.

PARTE II - PROCEDURA PASSIVA

3. Autorità competenti per il riconoscimento e l'esecuzione dell'OEI

Il d. lgs. n. 108 del 2017 apporta significative innovazioni, rispetto al sistema rogatorio, per quanto attiene alla competenza e alla procedura di riconoscimento ed esecuzione dell'OEI emesso da un'autorità di altro Stato membro dell'Unione.

Si eclissa la Corte d'appello quale organo interno deputato alla verifica di ammissibilità e all'esecuzione delle rogatorie dall'estero, che è sostituita dal procuratore della Repubblica presso il tribunale del capoluogo del distretto nel quale devono essere compiuti gli atti richiesti (art. 4).

La scelta legislativa coincide con quella compiuta nella disciplina di attuazione della MAP (art. 8 del d.lgs. n. 52 del 2017).

Essa risponde alla finalità di velocizzare lo svolgimento delle procedure, investendone con immediatezza i soggetti ordinariamente dediti ad attività di indagine, anche sul presupposto che questi meglio possono rilevare connessioni tra le indagini in corso presso le Autorità estere di emissione e quelle in corso (o eventualmente da intraprendere) all'interno. Costoro potranno meglio sfruttare le occasioni di scambio informativo disciplinate dall'art. 9 del d. lgs. n. 52 del 2017 e cogliere l'opportunità di promuovere, traendo spunto dall'OEI ricevuto, la costituzione di squadre investigative comuni (secondo l'espressa previsione dell'art. 8, comma 2 del d. lgs. n. 108 del 2017).

Quando l'autorità di emissione ha richiesto che l'atto sia compiuto dal giudice o quando ciò è imposto dalla legge italiana in ragione della natura dell'atto medesimo (per esempio, intercettazione telefonica o telematica), il procuratore distrettuale competente investirà il giudice per le indagini preliminari che, ricevuta la richiesta, autorizzerà l'esecuzione previo accertamento delle condizioni per il riconoscimento dell'ordine di indagine, con le forme previste per il procedimento in camera di consiglio (art. 5 del d. lgs. cit.).

Anche detta previsione riflette, *mutatis mutandis*, quella contenuta nella norma interna di attuazione della MAP (art. 8, comma 2 del d. lgs. n. 52 del 2017).

Intervenendo su un altro fattore di ritardo delle procedure tradizionali, le norme attuative dell'OEI e della MAP disciplinano **il caso delle richieste di assistenza che devono trovare esecuzione in diversi distretti**, abolendo il ruolo (finora) assegnato alla Corte di cassazione dall'art. 724, comma 1-*bis* cod., proc. pen. e predeterminando, per quanto possibile, i criteri di individuazione del giudice competente.

E' riconosciuta vis acontractiva all'Ufficio del procuratore distrettuale competente per il maggior numero di atti da eseguire ovvero, in caso di egual numero, a quello nel cui distretto devono compiersi gli atti di maggiore importanza investigativa.

Al fine di assicurare continuità e concentrazione delle attività di assistenza attinenti a una medesima indagine o a indagini collegate, è pure previsto che in tale caso (che l'autorità di emissione dovrà segnalare compilando la sezione D del modulo standardizzato) la competenza resti radicata presso il procuratore della Repubblica che ha provveduto per l'OEI precedente (art. 4, commi 5 e 7 del d. lgs. n. 108 del 2017).

Analogamente dispone l'art. 8, comma 3 del d. lgs. n. 52 del 2017, attuativo della MAP, con riferimento alle richieste di assistenza collegate.

Tanto la norma di attuazione dell'OEI (art. 4, comma 6) quanto quella relativa alla MAP (art. 8, comma 3 penultimo periodo) assegnano al procuratore della Repubblica che riceve l'OEI o la richiesta di assistenza il compito di trasmettere direttamente l'OEI o la richiesta ricevuti dall'Autorità estera all'ufficio ritenuto competente, demandando la soluzione degli eventuali contrasti alla disciplina degli artt. 54, 54-*bis* e 54-*ter* cod. proc. pen.

A partire dal 31 ottobre 2017, la concentrazione in capo ai procuratori della Repubblica presso i tribunali del capoluogo di distretto delle competenze inerenti l'esecuzione dell'assistenza giudiziaria connoterà anche il sistema rogatorio, in base al Decreto legislativo 3 ottobre 2017, n. 149 recante *Disposizioni di modifica del Libro XI del codice di procedura penale*, pubblicato in GU n. 242 del 16 ottobre 2017.

Il Decreto modifica, infatti, l'art. 724 prevedendo che le richieste di assistenza giudiziaria per le attività di acquisizione probatoria (ma anche quelle orientate al sequestro di beni a fini di confisca) siano trasmesse e trattate dal procuratore che, laddove si tratti di atti necessitanti dell'intervento del giudice ("acquisizioni probatorie da compiersi davanti al giudice") o della sua autorizzazione, dovrà presentare senza ritardo le proprie richieste al giudice per le indagini preliminari distrettuale.

Agli stessi soggetti competerà la decisione di sospendere l'esecuzione della richiesta "quando da essa può derivare pregiudizio alle indagini o a procedimenti penali in corso" (art. 724, comma 8), così come l'autorizzazione della presenza all'esecuzione dell'atto di rappresentanti o incaricati dello Stato richiedente (art. 725, comma 3).

Anche in tema di determinazione della competenza a trattare domande di assistenza aventi per oggetto atti da eseguirsi in più distretti, il novellato art. 724, commi 4, 5 e 6 c.p.p. completa il percorso inaugurato dai decreti attuativi della MAP e dell'OEI.

E' infatti abolito il ruolo *preventivo* finora assegnato alla Corte di cassazione, con la predeterminazione di criteri legali di concentrazione della competenza in capo "al procuratore distrettuale del luogo nel quale deve compiersi il maggior numero di atti, ovvero, se di eguale numero, a quello nel cui distretto deve compiersi l'atto di maggiore importanza investigativa" e con l'assegnazione allo stesso procuratore del compito di trasmettere immediatamente la richiesta all'ufficio ritenuto competente.

Anche in questo contesto, la soluzione dell'eventuale contrasto tra procuratori distrettuali è demandata ai meccanismi di cui agli articoli 54, 54-bis e 54-ter c.p.p.

Quando il contrasto insorge tra diversi giudici per le indagini preliminari, la soluzione è demandata alla Corte di cassazione che decide secondo le forme previste dagli articoli 32, comma 1 e 127 c.p.p., in quanto compatibili.

4. Il procedimento: termini e comunicazioni dovute all'autorità di emissione e ad autorità interne

Ricevuto l'OEI, il procuratore distrettuale dovrà anzitutto comunicare all'Autorità di emissione, entro sette giorni, l'avvenuta ricezione utilizzando il modulo di cui all'allegato B) del decreto. In detta comunicazione l'Autorità di esecuzione dovrà aver cura di indicare le modalità di esecuzione dell'atto quando da queste derivi l'impossibilità di garantire la riservatezza sul contenuto e sui fatti posti a fondamento dell'ordine di indagine (art. 6, comma 1).

Ai sensi dell'art. 4, comma 1 il procuratore della Repubblica competente dovrà trasmettere al Ministero della Giustizia copia di ogni ordine di indagine ricevuto, provvedendo altresì ad informare il Procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo, ai fini del coordinamento investigativo, quando si tratta di indagini relative ai delitti di cui all'art. 51, commi 3-bis e 3-quater c.p.p.

Assolti gli obblighi comunicativi e informativi di cui sopra, il procuratore della Repubblica dovrà provvedere a emettere, salvi i casi di rifiuto o restituzione di seguito specificati, **un decreto motivato di riconoscimento**, entro il termine (ordinatorio) di 30 giorni o entro il più breve termine eventualmente indicato dall'autorità di emissione, quando sussistono ragioni di urgenza o di necessità (ragioni che l'autorità di emissione dovrà evidenziare nella sezione B del modulo OEI).

Laddove si profili la sussistenza di **condizioni formali e sostanziali che potrebbero condurre al rifiuto del riconoscimento**, prima di emettere un provvedimento di tenore negativo, l'autorità giudiziaria interna è tenuta a dare **tempestiva comunicazione del rilievo all'autorità di emissione, "al fine di rimuovere, ove possibile, il motivo di rifiuto"** (art. 6, comma 2).

Solo qualora il motivo di rifiuto non risulti rimosso all'esito di detta interlocuzione, l'autorità di esecuzione potrà emettere una decisione motivata di rifiuto da comunicare immediatamente all'autorità di emissione.

Quest'ultima dovrà essere altresì tempestivamente informata dell'eventuale impugnazione del decreto di riconoscimento (art. 13) e del suo eventuale annullamento.

Nel termine di 90 giorni successivi al decreto di riconoscimento, deve aver luogo **l'esecuzione dell'atto**, cui si procederà secondo le forme espressamente richieste dall'autorità di emissione se queste non contrastano con i principi dell'ordinamento giuridico dello Stato (sezione I del modulo).

Dovranno, invece, essere in ogni caso eseguite secondo le modalità dettate dalla legge nazionale le decisioni aventi ad oggetto le *operazioni sotto copertura* (art. 21 del decreto) e *i ritardi od omissioni di atti di arresto o di sequestro* (art. 22).

Del termine indicato dall'autorità emittente dovrà tener conto il giudice per le indagini preliminari nei casi in cui, ai sensi dell'art. 5 del decreto, sia stato investito della decisione che autorizza l'esecuzione.

4.1 Avvisi al difensore

Nel caso di avvenuto riconoscimento e di messa in esecuzione dell'OEI, l'art. 4, commi 4 e 8 disciplina **le comunicazioni dovute dalla segreteria del pubblico ministero al difensore della persona sottoposta alle indagini**, secondo una regola di assimilazione all'atto interno analogo.

Rileverà la distinzione tra *atti garantiti in senso forte* (per es. interrogatorio, ispezione, individuazione di persona, confronto) per i quali il decreto di riconoscimento dovrà essere comunicato al difensore, prima dell'esecuzione dell'atto, nei medesimi termini stabiliti dalla legge interna (artt. 364, 375 c.p.p.); e atti ai quali il difensore ha diritto di assistere senza previo avviso (perquisizioni e sequestri, ex art. 365 c.p.p.), il cui decreto di riconoscimento dovrà essere comunicato *al momento in cui l'atto è compiuto o immediatamente dopo*.

Il **deposito nella segreteria del pubblico ministero dei verbali degli atti ai quali il difensore ha diritto di assistere** è regolato dall'art. 4, comma 8 del decreto mediante rinvio all'art. 366, comma 1 c.p.p.

Nessuna comunicazione è dovuta a seguito del riconoscimento dell'OEI relativo a un atto per il quale la legge interna non preveda il diritto del difensore ad assistervi (per es. intercettazione).

5. La funzione di controllo dell'autorità giudiziaria di esecuzione

L'eliminazione di un incidente procedurale diretto all'*exequatur* non significa l'abolizione della verifica di una serie di requisiti formali e sostanziali la cui insussistenza, come detto, dovrà dar luogo in prima battuta a interlocuzioni intese all'emenda o all'integrazione dell'OEI da parte dell'Autorità emittente; e in caso di mancata integrazione/rettifica, al rifiuto del riconoscimento e dell'esecuzione ai sensi dell'art. 10 del d. lg. n. 108 del 2017.

La coppia concettuale riconoscimento/esecuzione segnala, nella norma interna di attuazione, la persistenza della funzione di controllo della compatibilità giuridica dell'atto richiesto/ordinato dall'Autorità estera.

Il modulo standardizzato, se scrupolosamente compilato, semplifica la funzione di controllo consentendo l'immediato rintraccio dei requisiti rilevanti.

Una prima indicazione generale sugli obiettivi della funzione di controllo si ricava dalla disposizione di principio contenuta nell'art. 1 del d. lgs. n. 108 del 2017 che evoca il "rispetto dei principi dell'ordinamento costituzionale e della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea in tema di diritti fondamentali, nonché in tema di diritti di libertà e di giusto processo".

Il catalogo dei motivi tipizzati di *rifiuto e restituzione* (art. 10 della norma interna), che declina in termini di obbligatorietà tutti i *motivi di non riconoscimento o di non esecuzione* previsti dall'art. 11 della Direttiva, isola i nuclei intorno ai quali dovrà esercitarsi la verifica.

Ulteriori indicazioni sono desumibili dalle disposizioni dedicate alla verifica della legittimazione dell'autorità emittente (art. 10, comma 3 del d. lgs. n. 108/2017) e al principio di proporzione (art. 7 del d. lgs. cit.).

5.1. Presupposti e requisiti formali

5.1.1. Legittimazione dell'Autorità emittente

La norma interna di attuazione ammette, già nelle disposizioni definitorie dell'art. 2, comma 1 lett. a) il riconoscimento e l'esecuzione di un OEI emesso da un'Autorità giudiziaria o anche da un'Autorità amministrativa, a condizione che esso sia stato convalidato dalla prima.

L'OEI è infatti definito come “*il provvedimento emesso dall'autorità giudiziaria o dall'autorità amministrativa e convalidato dall'autorità giudiziaria di uno Stato membro dell'Unione europea*” (lett. a); mentre l'Autorità di emissione è indicata come “*l'autorità competente di uno Stato membro dell'Unione, che emette l'ordine di indagine ... o convalida una richiesta di acquisizione probatoria proveniente da un'autorità amministrativa*”.

Le disposizioni interne corrispondono alla definizione di *Autorità di emissione* recata dall'art. 2 lett. c) della Direttiva che, oltre alle autorità giudiziarie (“un giudice, un organo giurisdizionale, una magistrato inquirente o un pubblico ministero competente nel caso interessato”), include “qualsiasi autorità competente definita dallo Stato di emissione che, nel caso di specie agisca in qualità di autorità inquirente nel procedimento penale e sia competente a disporre l'acquisizione di prove in conformità del diritto nazionale”, prevedendo in tal caso che l'OEI, prima di essere trasmesso all'autorità di esecuzione, sia “convalidato, previo esame della sua conformità alle condizioni di emissione di un OEI ai sensi della presente direttiva ... da un giudice, un organo giurisdizionale, un magistrato inquirente o un pubblico ministero nello Stato di emissione”.

L'ampiezza della previsione sovranazionale corrisponde alle necessità di alcuni Stati membri (tra questi, il Belgio, la Germania, l'Ungheria)¹⁷ che conoscono procedimenti sanzionatori gestiti dall'Autorità amministrativa (per lo più nell'ambito fiscale, doganale e delle infrazioni del codice della strada) e che hanno individuato, nelle rispettive leggi nazionali, le autorità giudiziarie competenti per la convalida (il giudice istruttore per il Belgio, il Public Prosecutor presso il *Landgericht* per la Germania, il Procuratore Generale per l'Ungheria): queste ultime si reporteranno alle autorità di esecuzione italiane come autorità di emissione.

Per la verifica di tale presupposto, le Autorità di esecuzione italiane dovranno:

- **esaminare le Sezioni F, K ed L del modulo standardizzato dedicate, rispettivamente, alle informazioni inerenti il tipo di procedimento per il quale l'OEI è emesso, i dati dell'autorità che ha emesso l'OEI, quelli dell'autorità giudiziaria che ha convalidato l'OEI;**
- **confrontare dette informazioni con le dichiarazioni che gli Stati membri devono notificare ai sensi dell'art. 33 (1) lett. a) della direttiva.**

L'insussistenza della legittimazione è indicata dall'art. 10, comma 3 del d. lgs. n. 108 del 2017 come motivo di restituzione dell'OEI.

L'Italia (come la Francia, l'Estonia, la Lituania, i Paesi Bassi) non ha inteso estendere la portata dello strumento agli accertamenti facenti capo alle proprie Autorità amministrative. Non v'è pertanto menzione di dette Autorità nelle disposizioni del Titolo III dedicate alla *procedura attiva*.

¹⁷ Una prima ricognizione al riguardo è contenuta nel documento EJN, *Competent authorities and languages accepted for the European Investigation Order in criminal matters as notified by the Member States which have transposed the Directive 2014/41/EU*, aggiornato al 16 ottobre 2017 e reperibile sul sito della Rete Giudiziaria Europea (<https://www.ejforum.eu/cp/registry-files/3339/Competent-authorities-and-languages-accepted-EIO-16-october2017.pdf>).

5.1.2. Regime linguistico

L'incoraggiamento degli Stati membri ad ammettere il riconoscimento e l'esecuzione di un OEI compilato in "almeno una lingua comunemente utilizzata nell'Unione diversa dalla loro lingua o lingue ufficiali" (*considerando 14*) non è stato, al momento, recepito dal nostro Paese che, così come la Francia e la Germania¹⁸, ha notificato ai sensi dell'art. 33 § 1 una dichiarazione che ammette esclusivamente l'uso della propria lingua nazionale.

La dichiarazione corrisponde alla necessità (coincidente con quella manifestata dai Governi tedesco e francese) di garantire il rispetto dei termini assegnati per i provvedimenti di competenza dell'Autorità di esecuzione e ridurre i costi di gestione di queste procedure che, ai sensi dell'art. 15 del d. lgs. n. 108 del 2017, ricadono sullo Stato di esecuzione.

Il requisito connesso al regime linguistico ammesso, non corrispondendo a un tipizzato motivo di rifiuto, va interpretato con flessibilità.

L'autorità giudiziaria italiana ricevente potrà tanto richiedere all'Autorità emittente di conformare l'atto al regime linguistico accettato dallo Stato, quanto disporre la traduzione laddove l'attività richiesta risulti urgente e/o la traduzione non risulti particolarmente complessa e dispendiosa.

5.2 Controllo sul contenuto dell'OEI, condizioni sostanziali di compatibilità e motivi generali di non riconoscimento o di non esecuzione

L'art. 10 del d. lgs. n. 108 del 2017 elenca una serie di motivi di rifiuto obbligatorio validi per tutti gli ordini europei di indagine pervenuti alle autorità giudiziarie italiane, qualunque sia l'atto richiesto.

5.2.1. Incompletezza, manifesta erroneità, incoerenza e incongruità delle informazioni contenute dell'OEI (art. 10 comma 1, lett. a)

Il motivo non trova esatta corrispondenza nella direttiva ed è tuttavia comprensibile alla luce della necessità di assicurare una risposta rapida e nel contempo informata ai canoni di garanzia.

A ben vedere, la previsione interna valorizza la funzione centrale assegnata dalla Direttiva al modulo standardizzato.

Occorre però interpretare questo motivo di rifiuto in termini conformi al canone di *primauté communautaire* e allo spirito della direttiva, limitando la decisione restitutoria ai casi nei quali l'incompletezza o l'inesattezza risultino essenziali e non abbiano avuto successo le interlocuzioni (prescritte in via generale dall'art. 6, comma 2 del decreto) intese all'integrazione, al chiarimento o alla rettifica dell'OEI.

La *Relazione illustrativa* dello schema del decreto di attuazione riferisce del resto il rifiuto al caso dell'*incompletezza non emendata dell'OEI*, richiamando l'art. 16 (2) lett. a della direttiva che impone all'autorità di esecuzione di informare immediatamente e con qualsiasi mezzo disponibile l'autorità di emissione del caso in cui "è impossibile (...) adottare una decisione sul

¹⁸ Per quanto riguarda i rapporti con le autorità tedesche, bisognerà tener conto della previsione dell'art. 10 dell'Accordo aggiuntivo alla CEAG 1959 stipulato il 24.10.1979 che consente l'inoltro di richieste redatte nella lingua del Paese richiedente. Poiché sia l'Italia che la Germania hanno notificato alla Commissione UE l'intento di salvaguardare detto Accordo, nelle parti che "consentono di rafforzare ulteriormente gli obiettivi" della direttiva OEI, deve ritenersi che detta previsione imponga alle autorità tedesche di accettare OEI trasmessi dalle Autorità emittenti italiane nella lingua nazionale, e viceversa.

riconoscimento o sull'esecuzione a motivo del fatto che il modulo previsto nell'allegato A è incompleto o manifestamente inesatto”.

5.2.2. Immunità riconosciute dallo Stato italiano che limitano o impediscono l'esercizio o il proseguimento dell'azione penale nei confronti della persona per cui si procede (art. 10, comma 1, lett. b)

Il rifiuto deve intendersi circoscritto al caso dell'immunità non rimossa, a quella non rimovibile in assoluto (per esempio, l'insindacabilità delle opinioni espresse o dei voti dati dal parlamentare ai sensi dell'art. 68, comma 1 Cost.) o a quella la cui rimozione non compete alle autorità dello Stato di esecuzione.

Laddove si tratti di ostacolo procedurale la cui rimozione dipenda dalle autorità italiane (per esempio, per i reati previsti dall'art. 313 cod. pen.), l'art. 9, comma 4 assegna al procuratore della Repubblica distrettuale il compito di richiedere l'autorizzazione a procedere (ai sensi degli artt. 343 e 344 cod. proc. pen., 111 att. cod. proc. pen.) all'autorità competente e il rifiuto potrà essere opposto soltanto a seguito della decisione negativa di quest'ultima.

La previsione ricomprende anche le ipotesi di inviolabilità del parlamentare, rimovibili con le autorizzazioni *ad acta* previste dalla legge 20 giugno 2003, n. 140¹⁹.

5.2.3. Pregiudizio per la sicurezza nazionale (art. 10, comma 1, lett. c)

Anche la verifica di questo aspetto, affidata nel sistema rogatorio tradizionale al vaglio del Ministro della giustizia (art. 723 cod. proc. pen.), è tendenzialmente demandata dalla norma interna di attuazione dell'OEI all'Autorità giudiziaria competente per l'esecuzione²⁰.

Il riferimento della norma interna al pericolo di *pregiudizio per la sicurezza nazionale* racchiude, nelle intenzioni del legislatore (*Relazione illustrativa*, pag. 6), la più articolata definizione contenuta nell'art. 11 (1) lett. b della Direttiva che contempla il “caso specifico” nel quale l'esecuzione dell'OEI “leda interessi essenziali di sicurezza nazionale, metta in pericolo la fonte delle informazioni o comporti l'uso di informazioni classificate riguardanti attività di intelligence specifiche”.

Come si vedrà nel par. 17.2 della presente circolare, le valutazioni della competente autorità politica recuperano un ruolo quando, nel contesto dell'esecuzione di un OEI emesso per l'intercettazione di telecomunicazioni, siano acquisite comunicazioni di servizio di appartenenti al Dipartimento delle informazioni per la sicurezza.

5.2.4. Ne bis in idem (art. 10 lett. d)

¹⁹ La *Circulaire* del Ministero francese, fornisce analogia interpretazione delle previsioni della legge interna di attuazione (art. 694-31 del codice di procedura): “La DEE doit être refusée si un privilège ou une immunité fait obstacle à son exécution. Lorsque ce privilège ou cette immunité est susceptible d'être levée par une autorité française (comme par exemple l'immunité d'un en député ou d'un sénateur pouvant être levée par le bureau de l'Assemblée nationale ou du Senat), la décision d'enquête n'est refusée qu'après que le magistrat français saisi a adressé sans délai à l'autorité française compétente une demande de levée de ce privilège ou de cette immunité, qui a été refusée ».

²⁰ E' diversa l'opzione praticata dal legislatore francese che riserva la valutazione di detto profilo e di quello attinente alla violazione degli interessi essenziali della Nazione al Ministro della giustizia e costruisce un percorso di trasmissione dell'OEI dall'Autorità giudiziaria di esecuzione (*procureur de la République* o *juge d'instruction*) al Procuratore generale e da questi al Ministro che, previa consultazione dell'Autorità di emissione e richiesta delle informazioni complementari ritenute necessarie, potrà decidere di rifiutare l'esecuzione o di restituire l'OEI all'Autorità giudiziaria interna per l'ulteriore corso (*Circulaire*, p. 27 s.).

La locuzione utilizzata nel decreto di attuazione dell'OEI ("dalle informazioni trasmesse risulta la violazione del divieto di sottoporre una persona, già definitivamente giudicata, a un nuovo processo per i medesimi fatti") corrisponde a quella contenuta nell'art. 13, comma 1 lett. c) del d. lgs. 15 febbraio 2016, n. 36 relativa all'attuazione della decisione quadro 2009/829/GAI sul mutuo riconoscimento delle decisioni applicative di misure alternative alla detenzione cautelare.

La condizione va verificata alla stregua dell'art. 649 cod. proc. pen. ma anche del cd. *ne bis in idem europeo* sancito dall'art. 50 della Carta di Nizza, che si configura quale garanzia generale da invocare nello spazio giuridico europeo, ogni qual volta si sia formato in qualsiasi Stato dell'Unione un giudicato penale su un medesimo fatto nei confronti della medesima persona, a prescindere dalla sua cittadinanza europea.

Non rileveranno soltanto le decisioni definitive assunte dalle autorità giudiziarie interne ma anche quelle assunte in altri Stati dell'Unione, anche diversi da quello di emissione, con l'unica limitazione, prevista dall'art. 51 della stessa Carta di Nizza, che il giudicato attenga a materie che rientrano negli ambiti di competenza della stessa Unione europea. Condizione, quest'ultima, che la Commissione europea e la stessa Corte di giustizia tendono ormai a interpretare in maniera estensiva, reputando sufficiente che la situazione esaminata "presenti un elemento di collegamento con il diritto dell'Unione" (Comunicazione del 19 ottobre 2010) ovvero che si tratti di norme incriminatrici nazionali "atte a entrare nel campo di applicazione del diritto dell'Unione", non necessariamente perché scaturenti dalla trasposizione di fonti UE ma anche nel caso in cui adottino misure in deroga a tali obblighi (CGUE, 29.5.1997, Kremzov; 22/11/2005, Mangold; 19.1.2010, Kucukdeveci; 26.2.2013, Akerberg).

Verranno in gioco i reati riconducibili alla protezione degli interessi finanziari dell'Unione (Convenzione del 26 luglio 1995), i reati di corruzione, ma anche quelli attinenti al traffico di stupefacenti e alle altre materie contemplate dall'art. 83 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE)²¹.

Dovrà trattarsi naturalmente di **decisioni definitive di merito**, come ha più volte chiarito la Corte di cassazione e come è stato di recente ribadito da CGUE, Grande sezione, 29.6.2016, Kossowski²².

Al fine di orientare le decisioni di riconoscimento in termini che non diano luogo alla sostanziale elusione degli impegni internazionali, è opportuno richiamare anche l'insegnamento giurisprudenziale che, in tema di art. 18 lett. m) della legge n. 69 del 2005, raccomanda di "avere riguardo al **criterio dell'identità sostanziale dei fatti oggetto dei relativi procedimenti**, indipendentemente dall'eventuale diversa qualificazione giuridica attribuita all'episodio dalle autorità dello Stato richiedente e di quello richiesto", procedendo ove necessario ad accertamenti ulteriori rispetto al mero raffronto delle imputazioni, a partire dall'approfondita analisi delle motivazioni dei provvedimenti (C., VI, n. 5092/14).

Come raccomandato dal *Considerando 17* della direttiva, occorre avere riguardo alla "**natura preliminare**" dei procedimenti alla base di un OEI, dalla quale discende che "la sua esecuzione non dovrebbe essere rifiutata se è intesa a stabilire la sussistenza di un eventuale conflitto con il principio del *ne bis in idem* o se l'autorità di emissione ha garantito che le prove trasferite a seguito dell'esecuzione dell'OEI non saranno usate per perseguire penalmente o sanzionare una persona il cui processo si è definitivamente concluso in un altro Stato membro sulla base degli stessi fatti".

²¹ Per una puntuale ricostruzione del principio del *ne bis in idem europeo*, compiuta nel contesto di una procedura estradizionale regolata dalla Convenzione europea di estradizione, si rimanda a C., VI n. 54467/16.

²² La sentenza ha escluso l'applicazione del principio in una procedura estradizionale nella quale veniva in gioco il provvedimento di un pubblico ministero polacco, che aveva dismesso l'esercizio dell'azione penale con una decisione non fondata sull'*esame condotto nel merito della causa*.