

RIFORMA DELL'ASSISTENZA GIUDIZIARIA PENALE E TUTELA DEI DIRITTI FONDAMENTALI NELL'ORDINAMENTO ITALIANO. DALLA LEGGE N. 149 DEL 2016 AL RECEPIMENTO DELLA DIRETTIVA 2014/41/UE

di Christian Ponti

(Ricercatore di Diritto internazionale, Università degli studi di Milano)

Sommario: 1. Piano della ricerca. - 2. La legge n. 149 del 2016. Iter legislativo e obiettivi. Il contenuto della delega al Governo ad attuare nell'ordinamento italiano la Convenzione di Bruxelles. - 2.1. Gli obiettivi della legge n. 149 del 2016: in particolare la delega al Governo per la riforma della disciplina processuale sulle rogatorie passive nel Libro XI del codice di procedura penale. - 3. Rapporti tra Direttiva 2014/41/UE e la Convenzione di Bruxelles nella prospettiva dell'ordinamento italiano. - 4. Gli aspetti della riforma non interessati dall'OEI: le richieste di assistenza delle autorità amministrative, le notificazioni all'estero e lo scambio spontaneo delle informazioni. 5. Trasmissione, (riconoscimento) e autorità preposte all'emissione ed esecuzione di una richiesta di assistenza e di un OEI. - 6. Esecuzione e motivi di rifiuto di una richiesta di assistenza e di un OEI. - 7. Il trasferimento temporaneo di persone detenute per la formazione di prove dichiarative. - 8. L'acquisizione di prove dichiarative a distanza tramite videoconferenza o altra trasmissione audiovisiva e conferenza telefonica. - 9. Le intercettazioni delle telecomunicazioni. - 10. Le squadre investigative comuni. - 11. Conclusioni.

1. Questo studio affronta l'esame della disciplina giuridica relativa all'assistenza giudiziaria internazionale in materia penale¹ (assistenza giudiziaria) nell'ordinamento italiano². Sebbene nel corso dell'analisi saranno presi in considerazione alcuni profili di tipo processuale-penale³, la prospettiva generale d'indagine è quella del diritto

¹ L'espressione "assistenza giudiziaria internazionale" deriva dalla locuzione *internationale Rechtshilfe* (letteralmente "assistenza giuridica internazionale"), coniata da alcuni giuristi tedeschi e resa nel francese diplomatico con *assistance* o *entraide*, assistenza in italiano. Sul punto cfr. P. Laszloczky, *La cooperazione internazionale negli atti d'istruzione penale*, Padova 1980, 25-26. L'aggettivo "internazionale" è inteso a distinguerla dall'assistenza prestata fra giudici appartenenti allo stesso ordinamento processuale.

² L'assistenza giudiziaria è disciplinata perlopiù nel Libro XI Cpp, intitolato "rapporti giurisdizionali con autorità straniera". Il Titolo III "rogatorie internazionali", stabilisce la disciplina delle richieste di assistenza giudiziaria dall'estero alle autorità italiane (cfr. capo I "Rogatorie dall'estero", artt. 723-726 *ter* Cpp) e quella relativa alle richieste di assistenza delle autorità italiane alle autorità straniere (capo II "Rogatorie all'estero", artt. 727-729 Cpp).

³ La disciplina giuridica dell'assistenza giudiziaria rimanda a più fonti normative interne. Trattandosi di un procedimento che coinvolge due Stati (lo Stato in cui si svolge il processo e lo Stato nel cui territorio si trova localizzata la fonte o il mezzo di prova) nessuno dei due Stati può pretendere di regolare interamente la procedura di assistenza, essendo ciò incompatibile con il rispetto della sovranità territoriale dell'altro Stato (si veda nel testo del paragrafo). Dunque, l'assistenza giudiziaria mette in azione due gruppi di norme interne, di tipo processuale-penale, appartenenti a ordinamenti diversi. In proposito, in dottrina è stato rimarcato che le diversità tuttora esistenti negli ordinamenti processuali penali interni non consentono di ritenere realizzabile, neppure tra gli Stati che appartengono ad aree giuridiche che presentano un certo grado di affinità, la possibilità che l'intera procedura di assistenza giudiziaria venga disciplinata unilateralmente dallo Stato del processo, con il

internazionale. Pertanto, le questioni giuridiche saranno inquadrare essenzialmente nell'ottica dei rapporti fra Stati. Al riguardo, viene in rilievo innanzi tutto la questione del rispetto del principio della sovranità territoriale. Per il diritto internazionale il problema giuridico fondamentale dell'assistenza giudiziaria riguarda il fatto che essa trova il suo fondamento (e al contempo limite) nella necessità dello Stato che richiede l'assistenza (Stato del processo) di ottenere la collaborazione di un altro Stato (Stato territoriale), al fine di raccogliere delle fonti di prova (e dunque poter svolgere la propria attività giurisdizionale), senza per ciò stesso compiere una violazione della sovranità nazionale dello Stato in cui è localizzata la prova, e di cui è richiesta l'assistenza⁴. Dunque, poiché l'attività d'indagine e l'assunzione di prove all'estero costituiscono, in linea di principio, esercizio di potere di governo in territorio straniero, la loro liceità sul piano internazionale postula sempre il consenso preventivo dello Stato territoriale⁵. Tale consenso peraltro, trova perlopiù espressione nell'adesione degli Stati alle norme internazionali, in prevalenza di origine convenzionale, che pongono obblighi in materia di assistenza giudiziaria; e nella scelta di dare attuazione, quale conseguenza giuridica derivante dalla ratifica dei trattati istitutivi, agli atti vincolanti dell'Unione europea in materia penale. L'esame della disciplina giuridica dell'assistenza giudiziaria nel nostro ordinamento, a partire dalle fonti internazionali e sovranazionali, può quindi consentire di valutare se in questo ambito della materia penale, sono in atto delle dinamiche evolutive, nella direzione di una crescente rinuncia e cessione da parte del legislatore di quote della sovranità nazionale⁶, in particolare al fine di migliorare le procedure di assistenza giudiziaria e realizzare una più efficace repressione del crimine. Nel compiere questa ricognizione saranno utilizzati quali sfondi teorici il modello di assistenza giudiziaria tradizionale (le classiche rogatorie) che si basa sul principio della mutua assistenza⁷ e tutela pienamente la sovranità nazionale, il quale, come si vedrà in seguito, ha per lungo tempo permeato la legislazione nazionale; e un paradigma nuovo elaborato in ambito europeo, basato sul principio di riconoscimento reciproco delle sentenze e delle

consenso dello Stato territoriale. D'altro canto, se ciò avvenisse senza il consenso dello Stato territoriale, attraverso misure extra-territoriali, vi sarebbe una violazione del diritto internazionale cfr. A. Ciampi, *L'assunzione di prove all'estero in materia penale*, Padova 2003, 20-21.

⁴ In argomento P. Laszloczky, *op. cit.*, 5; R. Quadri, *Diritto penale internazionale*, in *Trattato di diritto internazionale*, a cura di P. Fedozzi - S. Romano, XI, Padova 1944, 1. Sul punto si veda anche F. Pocar, *L'esercizio non autorizzato del potere statale in territorio altrui*, Padova 1974, in particolare 150-154.

⁵ Non esistono infatti obblighi generali di cooperazione in materia penale (estradizione, assistenza giudiziaria, ecc.) secondo il diritto internazionale consuetudinario; per tutti A. Ciampi, *op. cit.*, 24.

⁶ Su questo punto M. D'Amico, *Il principio di legalità in materia penale fra Corte Costituzionale e Corti europee*, in *Le Corti dell'integrazione europea e la Corte Costituzionale italiana*, a cura di N. Zanon, Napoli 2006, 156, osserva come il diritto penale "lega la sua ragion d'essere al rapporto con la sovranità statale e con la Costituzione, che ne contiene i principi irrinunciabili".

⁷ Il principio della mutua assistenza presuppone un basso livello di integrazione tra i sistemi processuali coinvolti e il massimo rispetto delle regole probatorie dello Stato in cui si trova la prova. In forza di questo principio la raccolta delle prove avviene tramite la cooperazione intergovernativa fra gli Stati interessati, e non tramite rapporti diretti tra le singole autorità giudiziarie; cfr. M. Daniele, *Ricerca e formazione della prova*, in *Manuale di procedura penale europea*³, a cura di R. E. Kostoris, Milano 2017, 408 ss.

decisioni giudiziarie⁸, che si fonda sulla fiducia reciproca e tende ad una forte compressione e in ultima analisi (se pienamente realizzato), ad un superamento della sovranità statale classicamente intesa nella materia dell'assistenza giudiziaria.

Ci si propone dunque di illustrare la disciplina relativa all'assistenza giudiziaria nell'ordinamento italiano secondo la prospettiva del suo adattamento alle più recenti fonti giuridiche internazionali e sovranazionali in materia che vincolano l'Italia. Sotto il profilo metodologico, tale indagine appare di grande interesse anzitutto in virtù del fatto che il nostro ordinamento, anche Costituzionale⁹, attribuisce, in linea di principio, un carattere di "prevalenza" alle norme del diritto internazionale generale e alle disposizioni contenute nelle convenzioni internazionali sulla cooperazione giudiziaria penale¹⁰ (e alle norme di adattamento ad esse)¹¹, nonché agli atti dell'UE in materia penale (e alle norme di recepimento degli stessi)¹² rispetto alle disposizioni contenute nel c.p.p. che, pertanto, in questa materia svolgono una funzione di tipo residuale¹³. In proposito, si sottolinea che nell'Unione europea, a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona nel 2009 (con la conseguente "comunitarizzazione" dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia) il settore della cooperazione giudiziaria

⁸ Il principio di reciproco riconoscimento nella ricerca e raccolta transnazionale delle prove si basa sulla fiducia che ciascuno Stato dovrebbe avere nei confronti della validità delle regole probatorie previste dagli altri Stati, tale da consentire la libera circolazione dei provvedimenti istruttori; cfr. M. Daniele, *op. cit.*, 409.

⁹ Si rinvia all'art. 117 co. 1 Cost., in base al quale gli accordi internazionali e i vincoli derivanti dal diritto comunitario prevalgono sulle leggi dello Stato, le quali non possono essere con essi contrastanti. Ne risulta l'illegittimità costituzionale, per violazione indiretta della Costituzione (e il conseguente possibile annullamento da parte della Corte costituzionale), di una legge ordinaria interna contrastante con la norma di un trattato vincolante per l'Italia. In argomento cfr. C. cost., 24.10.2007 nn. 348 e 349, in www.cortecostituzionale.it.

¹⁰ Le convenzioni internazionali (e gli atti dell'Unione europea in materia penale) che disciplinano l'assistenza giudiziaria rappresentano la soluzione più appropriata ai problemi di coordinamento che emergono dall'esistenza delle norme processuali penali interne di cui si è data menzione (cfr. *supra* nota n. 3) e che ciascuno Stato, in linea di principio, stabilisce autonomamente. Gli strumenti internazionali e sovranazionali sull'assistenza giudiziaria generalmente risolvono questi problemi di coordinamento attraverso due diverse vie: limitandosi ad indicare la legge interna applicabile, oppure prevedendo direttamente a livello internazionale delle regole comuni per la disciplina, perlomeno di alcuni aspetti, relativa ad alcune forme di assistenza giudiziaria.

¹¹ L'unica disposizione generale contenuta nel Titolo I del Libro XI (art. 696 Cpp) sancisce, per le rogatorie, così come per gli altri istituti in cui si realizza la cooperazione internazionale in materia penale (estradizione, effetti delle sentenze penali straniere, esecuzione all'estero delle sentenze penali italiane) la prevalenza della disciplina pattizia derivante dai trattati in vigore per lo Stato e delle regole ricavabili dal diritto internazionale generale. Le norme del codice, in quanto norme puramente interne, hanno, dunque, nell'ordinamento italiano, un carattere suppletivo; esse si applicano soltanto qualora la normativa internazionale, sia essa pattizia o generale, manchi o in caso di uniformità dei rispettivi regimi.

¹² Il primato dell'ordinamento dell'Unione europea sull'ordinamento interno (affermando da una consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia dell'UE a partire dai casi C.G.UE 15.7.1964, *Costa c. Enel*, 6/64, e 9.3.1978, *Simmenthal*, 106/77) è stato, infine, riconosciuto anche dalla giurisprudenza della nostra Corte Costituzionale; in argomento si rinvia a L. Daniele, *Diritto dell'Unione europea*⁵, Milano 2014, 303 ss.

¹³ In argomento si rinvia a A. Ciampi, *op. cit.*, 441 ss.

penale ha ricevuto un grande impulso normativo. Sulla base del principio di riconoscimento reciproco¹⁴ sono stati infatti adottati numerosi strumenti giuridici volti a migliorare l'assistenza giudiziaria, il più importante dei quali è senza dubbio la Direttiva 2014/41/UE del 3.4.2014 relativa all'ordine europeo di indagine penale (Direttiva OEI)¹⁵. Tali sviluppi sono il risultato della ormai radicata convinzione tra gli Stati dell'Unione europea, e più in generale della comunità internazionale¹⁶, che la cooperazione giudiziaria penale (nelle sue varie forme), costituisce oggi uno strumento imprescindibile per combattere efficacemente la moderna criminalità organizzata, sempre più connotata per il suo carattere transnazionale e globale. Nella situazione italiana questa considerazione è avvalorata dai dati forniti dal Ministero della Giustizia, i quali indicano con evidenza che l'assistenza giudiziaria nei rapporti con gli altri Stati membri dell'Unione registra un'apprezzabile espansione¹⁷. Questo studio prende spunto dall'approvazione di alcuni importanti atti normativi di adattamento alle fonti summenzionate, che hanno ampiamente riformato nel nostro ordinamento la disciplina *de quo*. Si fa riferimento alla l. 21.7.2016 n. 149¹⁸ che ha segnato l'avvio del processo di riforma; al d.lgs. 15.2.2016 n. 34¹⁹, contenente le norme di attuazione della decisione quadro 2002/465/GAI, relativa alle squadre investigative comuni; al d.lgs. 5.4.2017 n. 52²⁰ riguardante le norme di attuazione della Convenzione relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea del

¹⁴ Il principio di riconoscimento reciproco costituisce la "pietra angolare" della cooperazione giudiziaria in materia penale nell'Unione (cfr. art. 82 § 1 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE)).

¹⁵ In *GUUE* L 130/1, 1.5.2014. Si segnalano inoltre: Decisione quadro 2003/577/GAI del 22.7.2003 relativa all'esecuzione nell'UE dei provvedimenti di blocco dei beni o di sequestro probatorio; Decisione quadro 2005/212/GAI del 24.2.2005 relativa alla confisca di beni, strumenti e proventi di reato; Decisione quadro 2006/783/GAI del 6.10.2006 sul reciproco riconoscimento delle decisioni di confisca; Decisione quadro 2008/978/GAI del 18.12.2008 sul mandato europeo di ricerca delle prove; Decisione quadro 2009/315/GAI del 26.2.2009 relativa all'organizzazione e al contenuto degli scambi fra gli Stati membri di informazioni estratte dal casellario giudiziario; Direttiva 2014/41/UE del 3.4.2014 relativa all'ordine europeo di indagine penale.

¹⁶ Il più importante strumento pattizio multilaterale di portata globale in vigore sul piano internazionale che disciplina, fra l'altro, l'assistenza giudiziaria ed altre forme di cooperazione giudiziaria penale, è la Convenzione delle Nazioni contro il crimine organizzato transnazionale del 2000, adottata con Risoluzione 55/25 del 15.11.2000 dell'Assemblea Generale e ratificata dall'Italia con la l. 16.3.2006 n. 146, in *GU* n. 85, suppl. ord. n. 91, 11.4.2006.

¹⁷ Si veda la relazione dell'ufficio legislativo del Ministero della Giustizia allo Schema di decreto legislativo di attuazione della Direttiva 2014/41/UE, in www.governo.it, 2-3.

¹⁸ "Ratifica ed esecuzione della Convenzione relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea, fatta a Bruxelles il 29 maggio 2000, e delega al Governo per la sua attuazione. Delega al Governo per la riforma del libro XI del codice di procedura penale. Modifiche alle disposizioni in materia di estradizione per l'estero: termine per la consegna e durata massima delle misure coercitive"; in *GU* n. 181, del 4.8.2016.

¹⁹ In *GU* n. 58, del 10.3.2016.

²⁰ In *GU* n. 97, del 27.4.2017.

29.5.2000 (Convenzione di Bruxelles)²¹; e al d.lgs. 21.6.2017 n. 108, recante le norme di attuazione della Direttiva OEI²². Le pagine che seguono hanno una duplice finalità. In primo luogo, verificare se e in quale misura il legislatore ha provveduto ad allineare la nostra legislazione agli standard giuridici europei sull'assistenza giudiziaria. In questa materia l'Italia ha accumulato per molti anni incomprensibili e ingiustificabili ritardi. Tale azione legislativa, del resto, è indispensabile per consentire ai nostri operatori giudiziari (giudici e magistrati del pubblico ministero) di migliorare, sul piano pratico e operativo, l'assistenza giudiziaria con le autorità giudiziarie straniere, e dunque dispiegare una più efficace azione di contrasto repressivo alla criminalità contemporanea²³. Questa analisi dovrebbe consentire, più in generale, di illustrare come è declinato il principio della sovranità statale nel modello di assistenza giudiziaria che si è venuto a delineare per mezzo della riforma e, in ultima analisi, a seguito dell'introduzione nel nostro ordinamento dell'ordine europeo d'indagine penale (OEI).

Un altro profilo interessante sul piano del diritto internazionale che sarà tenuto in considerazione concerne il grado di conformità della disciplina giuridica sull'assistenza giudiziaria nella nostra legislazione rispetto alle norme a tutela dei diritti umani. Si tratta di un tema molto delicato²⁴, in quanto il difficile bilanciamento tra le esigenze repressive e la tutela delle garanzie individuali rappresenta uno dei problemi fondamentali della cooperazione internazionale in materia penale²⁵. In proposito, appare particolarmente interessante e foriero di sviluppi il fatto che la legge delega 149/2016 sancisce testualmente che nei rapporti con gli altri Stati parti della Convenzione di Bruxelles l'assistenza giudiziaria sia attuata nel rispetto dei diritti individuali e dei principi stabiliti nella Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 1950 (Cedu)²⁶. Parimenti, il d.lgs. 108/2017

²¹ In *GUCE* C 197, del 12.7.2000, 1 ss.; riprodotta in M. Pisani - F. Mosconi - D. Vigoni (a cura di) *Codice delle convenzioni di estradizione e di assistenza giudiziaria in materia penale*⁴, Milano 2004, 1032 ss.

²² In *GU* n. 162 del 13.7.2017. La delega al Governo ad adottare la normativa di trasposizione della Direttiva 2014/41/UE è contenuta nella l. 9.7.2015 n. 114 intitolata: "Delega al Governo per il recepimento delle direttive europee e l'attuazione di altri atti dell'Unione europea - Legge di delegazione europea 2014" in [GU, Serie Generale n. 176 del 31.7.2015](#).

²³ La volontà di migliorare l'assistenza giudiziaria si traduce negli strumenti giuridici nella previsione di soluzioni normative che sotto il profilo processuale garantiscano maggiore semplificazione e snellimento delle procedure, al fine di facilitare le indagini o la raccolta transnazionale delle prove.

²⁴ In argomento si rinvia a C. Zanghi - L. Panella (a cura di), *Cooperazione giudiziaria in materia penale e diritti dell'uomo*, Messina-Torino 2004; A. Ciampi, *op. cit.*, 92 ss.; M. Pisani, *Cooperazione giudiziaria in materia penale e diritti dell'uomo*, in *RIDPP* 2002, n. 3, 1124 ss.; N. Boister, *Human Rights Protections in the Suppression Conventions*, in *HRLRev* 2002, n. 2, 199 ss.; N. Galantini, *La regionalizzazione del diritto penale internazionale e la protezione dei diritti umani nella cooperazione internazionale in materia penale*, in *CP* 1994, 1685 ss.

²⁵ A. Ciampi, *op. cit.*, 93 osserva che anche nella tradizionale prassi giudiziaria di molti paesi, compreso l'Italia, cooperazione internazionale e tutela dei diritti individuali ricadrebbero in due sfere completamente distinte. Le convenzioni internazionali sull'assistenza giudiziaria generalmente non contengono espressioni di rifiuto a prestare l'assistenza con riferimento ai diritti umani. Un richiamo, seppure non vincolante, della necessità di rispettare i diritti umani nell'ambito dell'assistenza giudiziaria si trova nel Preambolo (par. 3) della Convenzione di Bruxelles.

²⁶ Cfr. art. 3 lett. b l. 149/2016.

stabilisce che l'attuazione dell'OEI nella nostra legislazione si basa sul pieno rispetto dell'ordinamento costituzionale e della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE) in materia di diritti fondamentali, nonché in tema di diritti di libertà e di giusto processo²⁷. Pertanto, nel quadro della collaborazione con gli altri Stati membri dell'Unione²⁸ le norme sui diritti fondamentali (in questo ambito rilevano, in particolare, i principi del giusto processo)²⁹ operano come un limite, e in caso di contrasto prevalgono (in quanto norme di carattere speciale)³⁰ rispetto agli obblighi relativi all'assistenza giudiziaria. Si aggiunga che il diritto alla difesa e i principi del giusto processo sono sanciti dalla nostra Costituzione³¹ e dunque assumono rilevanza, quali parametri di legittimità costituzionale, per valutare il rispetto dei diritti fondamentali nell'ambito dell'assistenza giudiziaria.

2. La legge 149/2016³² muove dalla premessa dell'inadeguatezza del sistema normativo italiano, e persegue il fine di semplificare (per effetto di procedure più snelle) e rafforzare (grazie alla predisposizione di strumenti nuovi e più efficaci) la cooperazione giudiziaria in materia penale tra l'Italia e gli altri Stati. A tale proposito (nei sette articoli che compongono la legge) sono individuati diversi piani di intervento normativo. Il primo riguarda l'autorizzazione alla ratifica, l'ordine di esecuzione e la

²⁷ Art. 1 d.lgs. 108/2017.

²⁸ Il rispetto dei diritti fondamentali costituisce uno dei principi su cui si fonda l'Unione europea (art. 6 TUE). Il limite relativo all'applicazione dei diritti umani opera quindi anche in relazione agli atti dell'Unione relativi alla cooperazione giudiziaria.

²⁹ Cfr. art. 6 Cedu; le garanzie del giusto processo sono espressamente sancite anche nella Carta dei diritti fondamentali dell'UE (artt. 47-50), che ha lo stesso valore giuridico dei Trattati (cfr. art. 6 § 1 TUE). Riguardo ai rapporti con gli altri Stati membri dell'Unione si segnala inoltre che il paragrafo n. 12 del Preambolo della Direttiva OEI afferma che l'emissione di un ordine europeo d'indagine (OEI) dovrebbe prestare particolare attenzione al pieno rispetto dei diritti stabiliti dall'art. 48 (presunzione di innocenza e diritti della difesa nei procedimenti penali) della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, salvo le limitazioni previste dall'art. 52 della medesima Carta. Anche l'art. 1 § 4 della Direttiva OEI richiama le autorità giudiziarie all'obbligo di rispettare i diritti fondamentali e i principi giuridici sanciti dall'art. 6 TUE.

³⁰ Sul carattere speciale, sotto vari profili, e sulla funzione di limite delle norme sui diritti umani rispetto all'applicazione delle norme sull'assistenza giudiziaria (nel caso in cui l'esecuzione di una richiesta possa "contribuire" allo svolgimento, nello Stato richiedente, di un processo non equo), si rinvia a A. Ciampi, *op. cit.*, 105 ss. (spec. 112 ss.).

³¹ Artt. 24 e 111 Cost.

³² La l. 149/2016 è il risultato finale di un iter parlamentare che ha visto la fusione tra alcune proposte di legge presentate alla Camera dei deputati con l'obiettivo di ratificare la Convenzione di Bruxelles (in argomento N. Triggiani, *In divenire la disciplina dei rapporti giurisdizionali con autorità straniere: appunti sulla L. 21 luglio 2016, n. 149*, in www.penalecontemporaneo.it, 5.10.2016 e un disegno di legge governativo volto a modificare il libro XI del Cpp; si veda Atti parlamentari, Camera dei Deputati, XVII Legislatura, d.d.l. 2813 «Delega al Governo per la riforma del libro XI del codice di procedura penale. Modifiche alle disposizioni in materia di estradizione per l'estero: temine per la consegna e durata massima delle misure coercitive», presentato dal Ministro della Giustizia Orlando di concerto con il Ministro dell'Economia e delle Finanze Padoan il 13.1.2015).

delega al Governo per l'attuazione della Convenzione di Bruxelles³³. La l. 149 stabilisce che i decreti legislativi dovranno innanzitutto prevedere norme volte a migliorare la cooperazione giudiziaria in materia penale e le modifiche legislative necessarie a garantire una rapida ed efficace attuazione dell'assistenza giudiziaria prestata dall'Italia agli altri Stati parti della Convenzione, nel rispetto dei principi e dei criteri direttivi delineati dalla medesima legge per la riforma del Libro XI del Cpp³⁴ e, come già ricordato, dei diritti individuali previsti dalla Cedu³⁵. Più in dettaglio, la l. 149 delega il Governo ad intervenire per garantire, conformemente a quanto stabilito nella Convenzione, l'assistenza giudiziaria nei procedimenti³⁶ per l'applicazione di sanzioni amministrative, con riferimento alle richieste di assistenza giudiziaria ad altri Stati membri dell'Unione europea³⁷. Sono inoltre previsti interventi legislativi del Governo per prevedere alcune forme specifiche di assistenza giudiziaria disciplinate dalla Convenzione di Bruxelles, quali: i) la disciplina delle condizioni per la restituzione di cose pertinenti al reato³⁸; ii) le procedure e l'autorità competente per il trasferimento di persone detenute a fini investigativi³⁹; iii) la previsione della disciplina dell'efficacia processuale delle audizioni compiute tramite videoconferenza⁴⁰; iv) la previsione della possibilità per il Pubblico Ministero e la polizia giudiziaria di ritardare od omettere provvedimenti di competenza, in casi di indagini relative a delitti per i quali è consentita l'extradizione, al fine di poter procedere alla cattura dei responsabili⁴¹; v) la disciplina delle richieste, delle informazioni e delle operazioni di intercettazione delle telecomunicazioni all'estero⁴². I decreti legislativi dovranno infine prevedere: vi) l'applicazione, in taluni casi, del principio di reciprocità⁴³; vii) e la responsabilità civile

³³ Cfr. artt. 1, 2 e 3 l. 149/2016. Sul piano procedurale l'art. 3 co. 1 della l. 149 conferisce al Governo la delega ad adottare - entro 6 mesi dalla data di entrata in vigore della l. 149 - i decreti legislativi necessari a rendere pienamente operativa la Convenzione di Bruxelles e a introdurre le modifiche necessarie nell'ordinamento interno, individuando alcuni principi e criteri direttivi. L'art. 3 § 2 stabilisce che i predetti decreti legislativi sono adottati su iniziativa dei Ministri della giustizia, degli affari esteri e per gli affari europei, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze. Il Governo, come già ricordato, in esecuzione della delega contenuta nella Legge 149/2016, ha emanato il d. lgs. 52/2017 (si veda la nota n. 20, *supra*), contenente le norme di attuazione della Convenzione di Bruxelles.

³⁴ Cfr. art. 3 co. 1 lett. a e b l. 149/2016.

³⁵ Si veda la nota n. 29, *supra*.

³⁶ L'espressione generica "*proceedings*", "*procédures*", ripresa dalle versioni in inglese e in francese della Convenzione di Bruxelles, è molto ampia, e nel suo ambito comprende il procedimento penale in tutte le fasi in cui esso si articola; con riferimento alla procedura penale italiana ad esempio, comprende oltre alla fase processuale vera e propria (dibattimento), che si apre a seguito della richiesta di rinvio a giudizio, anche quella meramente di procedimento, che comprende le indagini preliminari e si instaura con l'iscrizione della notizia di reato; in argomento si rinvia a P. Tonini, *Manuale di procedura penale*¹⁸, Milano 2017, 33 ss.

³⁷ Cfr. art. 3 co. 1 lett. c l. 149/2016.

³⁸ Cfr. art. 3 co. 1 lett. d l. 149/2016.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² Cfr. art. art. 3 co. 1 lett. f l. 149/2016.

⁴³ Cfr. art. 3 co. 1 lett. e l. 149/2016. Il riferimento è a Regno Unito e Irlanda ai quali, in base all'art. 6 della Convenzione di Bruxelles, è consentito di far transitare le richieste di assistenza

e penale a carico dei funzionari stranieri che, nell'ambito delle consegne sorvegliate sul nostro territorio, causino nell'adempimento della missione dei danni⁴⁴.

2.1. La Legge n. 149/2016 stabilisce due ulteriori finalità, introdotte nel passaggio del testo al Senato. La prima concerne la delega al Governo ad adottare uno o più decreti legislativi per la riforma del Libro XI del Cpp in materia di rapporti giurisdizionali con le autorità straniere⁴⁵. Il Governo dovrà adottare tali decreti su proposta del Ministro della giustizia entro il termine di un anno dall'entrata in vigore della Legge n. 149⁴⁶. Al riguardo, la legge reca una serie di principi e criteri di delega per la riforma della disciplina sull'assistenza giudiziaria e di altre forme di cooperazione giudiziaria penale disciplinate nel Libro XI del Cpp (estradizione, riconoscimento di sentenze penali di altri Stati ed esecuzione di sentenze penali italiane all'estero)⁴⁷ nonché per dare concreta attuazione al principio di mutuo riconoscimento delle sentenze ed altre decisioni giudiziarie nei rapporti con altri Stati membri dell'Unione europea⁴⁸. La seconda, di immediata applicazione, riguarda la

giudiziaria per le autorità centrali evitando lo scambio diretto tra autorità giudiziarie. Se tali Paesi dovessero avvalersi di questa possibilità, anche le autorità italiane dovrebbero fare altrettanto, in base appunto al principio di reciprocità.

⁴⁴ Cfr. art. 3 co. 1 lett. g l. 149/2016.

⁴⁵ Art. 4 l. 149/2016.

⁴⁶ Art. 4 co. 2 l. 149/2016.

⁴⁷ I criteri e i principi direttivi che ispirano la Legge di riforma in materia di estradizione (art. 4, par. 1, lett. d, disciplinata nel Titolo II del Libro XI del Cpp (artt. 697-722) sono finalizzati a "differenziare le aree di esercizio delle concorrenti potestà dell'autorità politica e dell'autorità giudiziaria, in modo da evitare la sovrapposizione di valutazioni riferite ai medesimi parametri"; cfr. d.d.l. 2813, cit., 3; anche in relazione al riconoscimento di sentenze penali di altri Stati non appartenenti all'Unione europea e all'esecuzione di sentenze penali italiane all'estero (materie regolate nel Titolo IV del Libro XI Cpp, artt. 730-746), la l. 149/2016 (art. 4 co. 1, lett. e) si richiama al principio della semplificazione, ma contiene criteri di delega molto generici, privi di indicazioni precise sul piano dei contenuti; per un approfondimento in merito a questi profili della l. 149/2016 si rinvia a N. Triggiani, *op. cit.*, 10-11.

⁴⁸ Cfr. art. 4 co. 1, lett. f, l. 149/2016. Innanzi tutto, la legge prevede che le decisioni adottate dalle autorità giudiziarie degli altri Stati membri dell'Unione europea possano essere eseguite nel territorio dello Stato. Inoltre, l'autorità giudiziaria italiana può essere destinataria delle decisioni giudiziarie che devono essere eseguite nel territorio dello Stato e può richiedere l'esecuzione di proprie decisioni alle autorità di altri Stati membri dell'UE; in conformità al principio del mutuo riconoscimento che, secondo la legge, trova applicazione anche nel caso di pronunce emesse nei confronti di persone giuridiche. La decisione sul riconoscimento va adottata con la massima urgenza, in modo da consentire tempestività ed efficacia, con la previsione di regole speciali nel caso in cui l'interessato abbia presto il consenso all'esecuzione. Il ministro mantiene il potere di garantire nei casi e nei modi previsti dalla legge, l'osservanza della condizioni eventualmente richieste, in casi particolari, per l'esecuzione all'estero o nel territorio dello Stato della pronuncia della quale è stato chiesto il riconoscimento, fermo restando il venir meno del potere di preventiva valutazione ministeriale. L'autorità giudiziaria, nei casi previsti dalla legge, dà esecuzione alle decisioni giudiziarie degli altri Stati membri dell'UE anche nel caso in cui il fatto sia previsto come reato dalla legge nazionale e non possa essere sindacato il merito della decisione giudiziaria salvo il rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento giuridico. La legge inoltre prevede che debba essere stabilita l'impugnabilità - in

modifica di alcune norme del Cpp in tema di estradizione per l'estero, a tutela di diritti fondamentali della persona⁴⁹. La scelta di non limitare il contenuto della l. 149 alla ratifica e all'adattamento alla Convenzione di Bruxelles è riconducibile all'esigenza rilevata dal legislatore di aggiornare nel Cpp la disciplina sulla cooperazione giudiziaria penale nelle sue varie forme.

Sul piano generale la l. 149/2016 conferma il principio di prevalenza delle fonti internazionali e sovranazionali rispetto alle disposizioni del Libro XI del Cpp in merito alle diverse forme della cooperazione giudiziaria⁵⁰. La l. 149 stabilisce tra i criteri direttivi una netta linea di demarcazione tra i rapporti con le autorità di Stati membri dell'Unione europea, da quelli con le autorità di Stati terzi. Ai primi si applicano il Trattato sull'Unione europea (TUE), il Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) e gli atti dell'Unione in materia penale, e soltanto se tali norme mancano o non dispongono diversamente, le norme contenute nei trattati internazionali in vigore per lo Stato e quelle del diritto internazionale generale⁵¹; queste ultime rappresentano invece le sole fonti applicabili ai rapporti con le autorità di Stati terzi⁵². In entrambi i casi è ribadito il carattere residuale delle norme contenute nel Libro XI del Cpp⁵³. È inoltre stabilito il potere del Ministro della giustizia di rifiutare la cooperazione nel caso lo Stato richiedente l'assistenza o altre forme di cooperazione (sia esso un membro dell'Unione o uno Stato terzo)⁵⁴ non fornisca idonee garanzie di

genere senza effetto sospensivo – del provvedimento che disponga l'esecuzione della pronuncia in cui sia stato richiesto il riconoscimento da parte dell'autorità giudiziaria di un altro paese membro dell'UE. Infine, è prevista l'introduzione di rimedi a tutela dei terzi in buona fede, i quali siano stati eventualmente pregiudicati dall'esecuzione della sentenza.

⁴⁹ Art. 5 l. 149/2016 intitolato "termine per la consegna e durata massima delle misure coercitive". La prima modifica concerne l'art. 698 Cpp, con la previsione di un'ulteriore limitazione all'ipotesi di concessione dell'extradizione verso uno Stato che potrebbe applicare la pena di morte. In particolare, è previsto che l'extradizione possa essere concessa a condizione che l'autorità giudiziaria estera (non si limiti a fornire assicurazioni come prevedeva la normativa previgente), ma emetta una decisione irrevocabile circa l'applicazione di una pena diversa dalla pena di morte o che commuti la pena di morte in un'altra pena. La verifica al riguardo spetta all'autorità giudiziaria italiana. La legge introduce poi una modifica al termine per la consegna della persona della quale sia stata chiesta l'extradizione, già disciplinata dall'art. 708 co. 5 Cpp. È introdotta un'ipotesi di sospensione del termine per la consegna dell'extradizione, nell'eventualità che il giudice amministrativo abbia sospeso l'efficacia della decisione del Ministro della giustizia sull'extradizione, individuando al contempo il momento a partire dal quale il termine deve riprendere a decorrere. La terza modifica interviene infine sull'art. 714 Cpp in tema di misure coercitive e sequestro, con l'inserimento di un nuovo paragrafo che stabilisce il termine massimo di durata (tre mesi) delle misure coercitive, per la fase successiva all'emissione del decreto ministeriale favorevole all'extradizione; per approfondimenti si rinvia a N. Triggiani, *op. cit.*, 13 ss.

⁵⁰ Art. 4 co. 1 lett. a l. 149/2016.

⁵¹ Art. 4 co. 1 lett. a n. 1 l. 149/2016.

⁵² Art. 4 co. 1 lett. a n. 2 l. 149/2016.

⁵³ *Ibidem*.

⁵⁴ Un dubbio al riguardo è espresso da E. N. La Rocca, *La legge di ratifica ed esecuzione della Convenzione di assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri UE*, in *AP* 2016, n. 3, 1 ss. secondo la quale: «Non si comprende bene, dato l'inciso 'in ogni caso', se il filtro politico tornerà a dominare i rapporti tra Stati dell'Unione o se, invece, il riferimento è ai rapporti con Paesi terzi».

reciprocità⁵⁵. Per effetto dell'operare della regola di prevalenza delle norme internazionali e sovranazionali su quelle del codice⁵⁶, a fronte di una richiesta di cooperazione formulata sulla base di una convenzione internazionale o di un atto dell'Unione (allorquando, per quel tipo di richiesta, sussista l'obbligo di darvi esecuzione) il Ministro non dovrebbe procedere alla verifica della sussistenza di «idonee garanzie di reciprocità» da parte dello Stato richiedente. Pertanto, il principio di reciprocità delineato nella legge di riforma dovrebbe operare (principalmente, se non esclusivamente) nei casi di richieste avanzate al di fuori di uno specifico quadro di riferimento normativo sovranazionale o internazionale⁵⁷. La formulazione letterale della disposizione in esame non consente tuttavia di stabilire se la legge di riforma ponga un vero e proprio divieto (che obblighi sul piano interno il Ministro ad invocare l'assenza di reciprocità quale condizione per non concedere la cooperazione), ovvero una semplice facoltà di non dar corso alla richiesta in tali situazioni, come peraltro sembrerebbe logico in una legge che ha il fine di semplificare e agevolare la cooperazione giudiziaria, e come già prevede il nostro Cpp limitatamente alle richieste di rogatoria dall'estero⁵⁸.

La l. 149/2016 promuove, tramite alcuni principi e criteri direttivi di delega, una riforma della disciplina processuale dell'assistenza giudiziaria nel Cpp orientata ad una maggiore semplificazione e velocizzazione, nonché ad un ridimensionamento dei controlli governativi in relazione alle c.d. *rogatorie passive*, ossia le richieste di assistenza giudiziaria delle autorità straniere alle autorità italiane⁵⁹. Al riguardo, la legge riprende la distinzione tra Paesi richiedenti membri dell'Unione europea ovvero Stati terzi, delineando diversi (e in ogni caso più circoscritti) poteri di intervento del Ministro della giustizia. In particolare, il Ministro mantiene l'obbligo di effettuare la

⁵⁵ Art. 4 co. 1, lett. b l. 149/2016.

⁵⁶ Si veda la nota n. 11, *supra*.

⁵⁷ A questo proposito A. Ciampi, *op. cit.*, 37-38 (in relazione all'art. 723 co. 4 Cpp, che già prevede la facoltà del Ministro della giustizia di non dare corso alla rogatoria quando lo Stato richiedente non dia idonee garanzie di reciprocità) osserva (e la prassi lo confermerebbe) che in presenza di una convenzione internazionale, appare difficile che residui uno spazio di applicazione della condizione di assenza di reciprocità sulla base dell'art. 723 co. 4 Cpp.

⁵⁸ Art. 723 co. 4 Cpp. In quest'ultimo caso, poiché il diritto consuetudinario non prevede l'obbligo di fornire la cooperazione, la reciprocità rileverà, quale presupposto di una semplice concessione (ossia l'esecuzione di una richiesta di cooperazione giudiziaria che lo Stato non ha l'obbligo di eseguire) ovvero di un comportamento inamichevole nel caso di rifiuto a fornire la cooperazione richiesta. Nel caso la legge ponesse invece per il Ministro un obbligo a considerare l'assenza di reciprocità quale divieto di concedere la cooperazione richiesta, diverse sarebbero le conseguenze sul piano interno, seppure a livello del diritto internazionale non muterebbe la condizione soggettiva dello Stato (che può, ma non deve eseguire la richiesta) che pertanto non commetterebbe alcun illecito internazionale.

⁵⁹ Art. 4 co. 1 lett. c. Prima dell'adozione della l. 149/2016 nel nostro ordinamento l'assistenza giudiziaria con gli altri Stati era regolata dalle tradizionali rogatorie, secondo il modello della Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale del 1959 (Convenzione di Strasburgo), riprodotta in M. Pisani - F. Mosconi - D. Vigoni (a cura di), *op. cit.*, 570 ss. L'Italia ha ratificato la Convenzione di Strasburgo con l. 23.2.1961 n. 215, in *GU* n. 92, 13.4.1961.

valutazione preliminare⁶⁰ sul se dare corso oppure no ad una richiesta proveniente dalle autorità giudiziarie di Stati estranei all'Unione europea⁶¹. Tale dovere ora riguarda però "soltanto" la verifica che gli atti richiesti non compromettano la sovranità, la sicurezza o altri interessi essenziali dello Stato⁶². Per quanto concerne i rapporti con gli altri Stati membri dell'Unione europea la procedura di assistenza giudiziaria risulta invece fortemente de-politicizzata, in quanto in tali situazioni il potere di filtro politico del Ministro della giustizia potrà essere esercitato soltanto nei casi e nei limiti stabiliti dalle convenzioni in vigore tra gli Stati, ovvero dagli atti adottati dall'Unione⁶³.

A conclusione della fase preliminare, la l. 149/2016 prevede (nel caso il Ministro dia corso alla richiesta) una decisa semplificazione e velocizzazione della procedura per l'esecuzione della rogatoria. In particolare è previsto, per le attività di acquisizione probatoria e sequestro di beni a fini di confisca, il superamento del c.d. procedimento di *exequatur*. L'esecuzione non sarà più subordinata, come prevede l'attuale Cpp⁶⁴, ad un procedimento giurisdizionale e previa decisione favorevole della Corte d'Appello competente per il distretto in cui gli atti devono essere compiuti, ma ad una decisione del procuratore della Repubblica presso il tribunale del capoluogo del distretto nel quale si deve procedere⁶⁵. La l. 149 stabilisce che la Procura distrettuale potrà negare l'esecuzione della rogatoria ove sussistano alcuni *motivi di rifiuto*⁶⁶. Si tratta della compatibilità della richiesta con la legge o con i principi dell'ordinamento giuridico dello Stato⁶⁷, della rilevanza penale dei fatti oggetto del procedimento nel rispetto

⁶⁰ Sul carattere obbligatorio dei poteri del Ministro della giustizia indicati nell'art. 723 Cpp (ad eccezione della già discussa facoltà di accertare la condizione di reciprocità, cfr. G. Catelani, *I rapporti internazionali in materia penale*, Milano 1995, 309.

⁶¹ Art. 4 co. 1 lett. c n. 1 l. 149/2016.

⁶² Questi criteri sono già previsti nell'art. 723 co. 1 Cpp. La Legge di riforma sembra però escludere che nei futuri accertamenti preliminari del Ministro rientrino anche gli altri motivi stabiliti nell'art. 723 Cpp. Ad esempio, la verifica che gli atti richiesti non siano espressamente vietati dalla legge o contrari ai principi fondamentali dell'ordinamento giuridico italiano (Costituzione e norme internazionali sui diritti umani); né che la richiesta di rogatoria abbia fini persecutori per considerazioni legate alla razza, alla religione, al sesso, alla nazionalità, alla lingua, alle opinioni politiche, o alle condizioni personali e sociali dell'imputato, e non risulti che l'imputato abbia liberamente espresso il suo consenso alla rogatoria; sul versante attivo (rogatorie all'estero, cfr. art. 727 Cpp) Sul carattere discrezionale e politico degli accertamenti ministeriali si rinvia a D. Carcano, *Norme comuni e norme internazionali sull'assistenza giudiziaria*, in *DocG* 2000, col. 1061.

⁶³ Art. 4 co. 1 lett. c n. 1 l. 149/2016.

⁶⁴ Art. 724 co. 1 Cpp. Per dettagli e criticità in merito a questa procedura si rinvia a G. Catelani, *op. cit.*, 311.

⁶⁵ Art. 4 co. 1 lett. c n. 2 l. 149/2016. La prassi ha infatti evidenziato le difficoltà di un giudice come la Corte d'appello di governare materie ed esigenze investigative affidate ordinariamente alle competenze di organi diversi. La scelta di affidare l'esecuzione delle richieste al procuratore della Repubblica è coerente con la specificità delle sue funzioni requirenti e di indagine.

⁶⁶ Art. 4 co. 1 lett. c n. 5 l. 149/2016.

⁶⁷ In argomento si rinvia al par. 6., *infra*.

della regola della doppia incriminazione⁶⁸ (derogabile in caso di consenso dell'imputato alla domanda di assistenza), e dell'assenza di motivi di persecuzione nei confronti dell'imputato, nonché l'eventuale pregiudizio per indagini o procedimenti penali in corso nello Stato. In caso di verifica positiva, l'autorità giudiziaria darà, senza ritardo, esecuzione con decreto motivato alla richiesta di assistenza giudiziaria. Ove la richiesta abbia per oggetto acquisizioni probatorie da compiersi davanti al giudice ovvero attività che secondo la legge dello Stato non possono svolgersi senza l'autorizzazione del giudice, il P.M. dovrà presentare senza ritardo le proprie richieste al G.i.p. del tribunale del capoluogo del distretto⁶⁹. A fini di snellimento della procedura la l. 149 delega inoltre il Governo ad introdurre criteri prestabiliti per la determinazione della competenza in caso di pluralità di atti da svolgersi in distretti diversi e procedure semplificate per la risoluzione di eventuali contrasti e conflitti⁷⁰.

La l. 149 interviene anche per rafforzare la cooperazione tra ordinamenti diversi e per rendere più flessibile ed effettivo lo strumento dell'assistenza giudiziaria (massimizzandone la funzionalità). È previsto che l'autorità giudiziaria potrà, con decreto motivato, autorizzare la presenza di rappresentanti ed esperti dell'autorità straniera richiedente alle attività da compiere. Nel caso lo Stato richiedente non fosse membro dell'Unione, deve esserne data comunicazione al Ministro della giustizia⁷¹. Anche nel caso in cui, durante l'esecuzione della richiesta emerga la possibilità o la necessità di compiere atti ulteriori non indicati nella richiesta originaria, la medesima autorità giudiziaria italiana dovrà informare quella straniera richiedente, affinché quest'ultima integri la richiesta in modo tempestivo; ciò al fine di evitare duplicazioni nei procedimenti burocratici o impedimenti formali che indeboliscano l'assistenza giudiziaria sul piano dell'effettività⁷².

3. La Convenzione di Bruxelles integra e completa (ma non sostituisce) il quadro giuridico costituito da alcuni strumenti di natura convenzionale conclusi nel quadro del Consiglio d'Europa e dell'Unione europea quali: la Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale del 1959 (Convenzione di Strasburgo) e relativo Protocollo addizionale del 1978⁷³; la Convenzione del 1990 di applicazione dell'Accordo

⁶⁸ In base a questa regola l'esecuzione della rogatoria può essere rifiutata se il procedimento non riguarda un fatto previsto dalla legge italiana come reato.

⁶⁹ Art. 4 co. 1 lett. c n. 3 l. 149/2016.

⁷⁰ Art. 4 co. 1 lett. c n. 4 l. 149/2016. Questo criterio ha il fine di superare l'attuale procedura articolata e defatigante per la determinazione della competenza in caso di pluralità di atti da svolgersi in distretti diversi. Tale procedura prevede la decisione della Corte di cassazione (già notoriamente gravata da numerose e impegnative incombenze) con sentenza in Camera di consiglio (art. 32 Cpp) secondo le forme previste dall'art. 127 Cpp.

⁷¹ Art. 4 co. 1 lett. c n. 6 l. 149/2016.

⁷² Art. 4 co. 1 lett. c n. 7 l. 149/2016.

⁷³ Riprodotti in M. Pisani-F. Mosconi-D. Vigoni (a cura di), *op. cit.*, rispettivamente 570 ss. e 660 ss. L'Italia ha ratificato la Convenzione di Strasburgo con l. 23.2.1961 n. 215, in *GU* n. 92, del 13.4.1961; e il Protocollo del 1978 con l. 24.7.1985 n. 436, in *suppl. ord. alla GU* 22.8.1985, n. 197.

di Schengen del 1985⁷⁴; e il Trattato Benelux di estradizione e di assistenza giudiziaria in materia penale del 1962⁷⁵. La Convenzione di Bruxelles fa salva l'applicazione delle disposizioni più favorevoli contenute in altri accordi bilaterali o multilaterali stipulati dagli Stati membri dell'Unione⁷⁶. Essa presenta aspetti di grande rilievo per la materia penale (per molto tempo tra i più avanzati) in quanto mira a modernizzare, a rendere più efficace e spedita la raccolta transazionale delle prove (qualunque tipo di prova, attraverso attività sia di ricerca sia di formazione), superando gli ostacoli e le lentezze delle tradizionali rogatorie, basate sul principio della mutua assistenza⁷⁷. La Convenzione di Bruxelles si pone come strumento di applicazione generale volto a semplificare e a snellire procedure e formalità inerenti le richieste di assistenza giudiziaria, ma al contempo disciplina nello specifico alcune forme di cooperazione particolarmente innovative⁷⁸. La l. 149/2016 è stata approvata con grave ritardo, a distanza di più di sedici anni dalla firma della Convenzione di Bruxelles. La mancata ratifica della Convenzione di Bruxelles da parte dell'Italia, peraltro, è stata denunciata in varie occasioni in passato, anche in sede di Parlamento europeo, a causa del freno che ha rappresentato per le attività cooperazione giudiziaria penale da parte di alcuni Stati europei in relazione alle richieste di rogatoria avanzate dalla magistratura italiana⁷⁹. D'altro canto, la ratifica e l'esecuzione della Convenzione di Bruxelles nell'ordinamento italiano hanno sollevato alcune problematiche determinate dall'evoluzione dell'ordinamento giuridico sovranazionale dell'Unione europea in materia penale, in particolare a seguito dell'adozione e dell'entrata in vigore il 22.5.2017 della Direttiva OEI del 2014⁸⁰. Essa, tramite un unico strumento, l'OEI⁸¹, mira ad

⁷⁴ Si veda in M. Pisani - F. Mosconi - D. Vigoni (a cura di), *op. cit.*, 943 ss. L'Italia ha ratificato la Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schenghen con l. 30.9.1993 n. 388, in suppl. ord. n. 93 alla GU 2.10.1993 n. 232.

⁷⁵ Art. 1 § 1 Conv. Bruxelles. Per un commento generale alla Convenzione di Bruxelles si veda Z. Secchi, *Le novità introdotte dalla Convenzione 29 maggio 2000 in tema di assistenza giudiziaria penale fra gli Stati membri dell'Unione europea*, in *DocG 2000*, col. 1107 ss.

⁷⁶ Art. 1 §. 2 Conv. Bruxelles.

⁷⁷ Si veda nella nota n. 7, *supra*.

⁷⁸ Si rinvia al par. 2., *supra*.

⁷⁹ Si veda nella Relazione illustrativa della Proposta di legge C. 1460/2013; in Atti Parlamentari, XVII Legislatura, Disegni di legge e relazioni, documenti, 2; ad esempio, a proposito della strage di Ustica e della mancata collaborazione con le autorità italiane da parte di alcuni Stati membri dell'Unione europea (e parti della Convenzione di Bruxelles) nella raccolta di documenti e informazioni relative all'abbattimento del DC9 Itavia.

⁸⁰ Cfr. la nota n. 15, *supra*. L'art. 34 § 3 della Direttiva OEI prevede un meccanismo rafforzativo, in base al quale gli Stati membri dell'Unione possono concludere o continuare ad applicare accordi o intese bilaterali o multilaterali con altri Stati membri laddove i medesimi consentano di rafforzare ulteriormente gli obiettivi della direttiva e contribuiscano a semplificare e agevolare ulteriormente le procedure di acquisizione delle prove, e a condizione che sia rispettato il livello delle salvaguardie previste dalla direttiva.

⁸¹ L'OEI consiste in una decisione giudiziaria emessa dalla competente autorità di uno Stato membro (giudice, pubblico ministero, ma anche funzionario di polizia (con la convalida di un organo giudiziario) affinché siano compiuti uno o più atti d'indagine specifici in un altro Stato membro, finalizzati all'acquisizione di prove; qualsiasi tipo di prova (anche se non ancora disponibile nello Stato di esecuzione), con l'esclusione delle attività istruttorie svolte dalle

istituire nell'Unione un sistema generale di ricerca e acquisizione delle prove nei procedimenti aventi dimensione transfrontaliera, sulla base del principio di riconoscimento reciproco. La Direttiva OEI, tuttavia, non realizza in modo integrale tale principio⁸², in quanto prevede alcuni limitati motivi di rifiuto alla esecuzione di un OEI⁸³. La Direttiva OEI stabilisce inoltre una disciplina *ad hoc* (più progredita rispetto alla Convenzione di Bruxelles) riguardo ad alcune specifiche tecniche di raccolta delle prove⁸⁴.

A fronte di questi sviluppi normativi dell'Unione sono state avanzate delle riserve sulla perdurante attualità della ratifica ed esecuzione della Convenzione di Bruxelles⁸⁵. In realtà, per quanto l'entrata in vigore della Direttiva OEI e la piena operatività dell'OEI nel nostro ordinamento abbiano molto limitato le potenzialità applicative della Convenzione di Bruxelles (la Direttiva OEI si sostituisce infatti ad altri strumenti di cooperazione, tra cui due precedenti decisioni quadro dell'Unione e la Convenzione di Bruxelles⁸⁶), essa continua e continuerà a produrre alcuni effetti giuridici. In proposito, occorre innanzi tutto evidenziare che sotto il profilo soggettivo, la Direttiva OEI non si applica nei rapporti con tutti gli altri Stati membri dell'Unione (fanno eccezione la Danimarca e l'Irlanda)⁸⁷. D'altro canto, la Convenzione di Bruxelles conserva un ambito di applicazione temporalmente e territorialmente circoscritto. In proposito, la Direttiva OEI in relazione alla Convenzione di Bruxelles e ad altre fonti stabilisce un periodo transitorio: «le richieste di assistenza giudiziaria ricevute anteriormente al 22 maggio 2017 continuano ad essere disciplinate dagli strumenti in vigore relativi all'assistenza giudiziaria in materia penale»⁸⁸. La Convenzione di Bruxelles può dunque essere utilizzata quale base giuridica per tutte le richieste di assistenza giudiziaria provenienti da altri Stati membri dell'Unione prima di tale data;

squadre investigative comuni, le osservazioni transfrontaliere, l'individuazione di persone titolari di un abbonamento telefonico e le intercettazioni satellitari.

⁸² Si legge nel Considerando n. 6 che la Direttiva OEI, pur ispirandosi al principio del riconoscimento reciproco, tiene conto altresì della flessibilità del sistema tradizionale di assistenza giudiziaria.

⁸³ Si veda nel par. 6., *infra*.

⁸⁴ Cfr. Direttiva OEI, Capo IV (artt. 22-29) "Disposizioni specifiche per determinati atti di indagine", ossia: trasferimento temporaneo di persone detenute; audizioni mediante videoconferenza (o altra trasmissione audiovisiva), e mediante teleconferenza; informazioni relative a conti (e operazioni) bancarie e altri conti e operazioni finanziarie; operazioni di infiltrazione; e Capo V (artt. 30-31) "Intercettazione di telecomunicazioni".

⁸⁵ In proposito, si veda il Parere emesso il 20.1.2016 dal Consiglio superiore della Magistratura (www.csm.it), il quale auspicava, in un'ottica di "better regulation" (ossia al fine di favorire una tecnica legislativa che semplificasse la struttura dell'ordinamento giuridico e facilitasse la conoscenza e l'applicazione delle disposizioni normative) che si procedesse all'immediato recepimento della Direttiva OEI, soprassedendo al recepimento della Convenzione di Bruxelles.

⁸⁶ Cfr. art. 34 §§ 1 e 2 Direttiva OEI. Si tratta della decisione quadro 2008/978/GAI che ha istituito il mandato europeo di ricerca della prova e, con riferimento alle decisioni di sequestro probatorio, della decisione quadro 2003/577/GAI.

⁸⁷ Sull'argomento si rinvia a S. Montaldo, *La scadenza del termine di recepimento della direttiva 2014/41/UE sull'ordine europeo di indagine penale e la sostituzione delle "disposizioni corrispondenti" della convenzione di assistenza giudiziaria fra gli stati membri del 2000: spunti per la ricostruzione di un quadro normativo complesso*, in *dUE Osservatorio europeo*, 2017, n. 1, 6-9.

⁸⁸ Cfr. art. 35 Direttiva OEI.

ovvero nei rapporti con gli altri Stati membri finché essi non provvederanno a recepire la Direttiva OEI⁸⁹. Al riguardo, si segnala che il processo di attuazione della Direttiva OEI negli ordinamenti nazionali si è finora rivelato piuttosto lento; anche se tali difficoltà dovrebbero essere superate nel medio periodo, poiché nella maggior parte degli Stati membri dell'Unione è stata avviata la procedura necessaria al suo recepimento⁹⁰. La Convenzione di Bruxelles, peraltro, continuerà ad essere applicata parzialmente riguardo alla cooperazione con l'Islanda e la Norvegia, poiché tali Stati hanno deciso di vincolarsi all'applicazione di alcune sue disposizioni firmando un apposito accordo con l'UE⁹¹. Inoltre, si osserva che per quanto la Direttiva OEI abbia determinato un sostanziale superamento della maggior parte delle disposizioni della Convenzione di Bruxelles, sul piano materiale la disciplina giuridica dell'OEI non è del tutto assorbente rispetto alle disposizioni della Convenzione di Bruxelles la quale, pertanto, conserverà in taluni casi (seppure di secondaria importanza) intatti i suoi effetti giuridici nei confronti di tutti gli Stati membri dell'Unione⁹².

In considerazione di questi rilievi lo studio delle disposizioni di esecuzione della Convenzione di Bruxelles contenute nel d.lgs. 52/2017 (ma anche delle relative norme contenute nella l. delega 149/2016), ed il loro raffronto con la disciplina giuridica relativa all'OEI nel nostro ordinamento (per effetto del d.lgs. 108/2017), oggetto dei prossimi paragrafi, appare di particolare interesse; e dovrebbe consentire di verificare se nel nostro ordinamento la disciplina dell'OEI presenta un quadro unitario e coerente con quella sull'assistenza giudiziaria, talché entrambe risultino più rapide ed efficaci.

4. La prima novità introdotta con la riforma concerne l'ambito di applicazione delle richieste di assistenza giudiziaria nei rapporti con gli altri Stati, ossia la previsione che i procedimenti pendenti davanti ad *autorità amministrative* (dai quali possano originare controversie che danno luogo ad un procedimento davanti ad un organo

⁸⁹ Sulla possibilità, decorso infruttuosamente il termine previsto per l'attuazione della Direttiva OEI, di ricorrere allo strumento dell'interpretazione conforme o di esplorare la strada dell'interpretazione diretta cfr. S. Montaldo, *op. cit.*, 12.

⁹⁰ In base ai dati pubblicati dalla rete giudiziaria europea (www.ejn-crimjust.europa.eu) al 14 luglio 2017 l'iter di attuazione della Direttiva OEI risultava concluso da Francia, Germania, Belgio, Lettonia, Ungheria, Olanda, Lituania, Estonia, Finlandia e Italia e Gran Bretagna.

⁹¹ Cfr. Accordo tra l'Unione europea e la Repubblica d'Islanda e il Regno di Norvegia entrato in vigore il 1° gennaio 2013 sull'applicazione di talune disposizioni della Convenzione del 29.5.2000 relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale, tra gli Stati membri dell'Unione e del relativo protocollo del 2001 (decisione n. 2004/79/CE).

⁹² Sull'argomento si rinvia al par. 4., *infra*; S. Montaldo, *op. cit.*, 28 osserva correttamente che l'art. 34 della Direttiva OEI stabilisce che essa non sostituisce *in toto*, ma soltanto «le disposizioni corrispondenti» di altri strumenti giuridici precedenti (ivi inclusa la Convenzione di Bruxelles) e che l'identificazione delle disposizioni per le quali opera tale effetto di sostituzione è rimessa all'interprete, e che, alla luce dell'attuale assenza di chiarimenti da parte delle istituzioni europee tale rilevazione dovrebbe operare attraverso una lettura sostanziale (e non formalistica) e flessibile del requisito della corrispondenza.

giurisdizionale in materia penale) diano parimenti luogo all'assistenza⁹³. Il nostro Cpp nulla prevede riguardo alle richieste di assistenza delle autorità amministrative italiane contro le cui decisioni può essere proposto ricorso davanti ad un giudice penale⁹⁴. Il d.lgs. 52/2017 è intervenuto in questo ambito attribuendo un ruolo di filtro al Ministro della giustizia⁹⁵. È stabilito che gli organi addetti al controllo sull'osservanza delle disposizioni per la cui violazione è prevista una sanzione amministrativa possono chiedere, per il tramite del Ministro della giustizia, all'autorità competente di un altro Stato parte della Convenzione di Bruxelles, il compimento degli atti di accertamento previsti dall'art. 13 l. 24.11.1981 n. 689⁹⁶. Il Ministro della giustizia dà corso alla richiesta per il compimento degli atti di accertamento, qualora ritenga che tali atti non compromettano la sovranità, la sicurezza ed altri interessi essenziali dello Stato⁹⁷. Riguardo alla cooperazione nell'ambito di procedimenti per l'accertamento di illeciti amministrativi, il d.lgs. 52/2017 disciplina anche l'ipotesi di richieste provenienti da un altro Stato parte della Convenzione di Bruxelles⁹⁸. In tali situazioni è delineata una procedura più semplificata rispetto a quanto già previsto, sul piano generale, nel Cpp⁹⁹. Il d.lgs. 52/2017 stabilisce infatti che il Ministro della giustizia, ricevuta la richiesta dall'autorità competente di un altro Stato parte della Convenzione per il compimento di atti di accertamento nell'ambito di un procedimento amministrativo, (a condizione che l'esecuzione non comprometta la sovranità, la sicurezza o altri interessi essenziali dello Stato) ne disponga la trasmissione al prefetto del luogo nel quale devono essere compiuti gli atti richiesti¹⁰⁰. Il prefetto, nell'ambito delle proprie competenze, può

⁹³ Gli artt. 3 e 4 del d.lgs. 52/2017 ampliano notevolmente l'ambito dell'assistenza giudiziaria, essendo numerosi i punti di contatto fra la materia penale e quella amministrativa: si pensi agli accertamenti amministrativi il cui esito può risultare nell'apertura di un procedimento penale o viceversa; è il caso, ad esempio, degli accertamenti di tipo fiscale.

⁹⁴ A. Ciampi, *op. cit.*, 473 a proposito di questa disposizione nella Convenzione di Bruxelles osserva: «Non vi è dubbio che sul piano internazionale lo Stato italiano, quale parte richiedente, ha una facoltà di richiedere l'assistenza in relazione a tali procedimenti. Nessun problema pone, dunque l'assenza di una disciplina a questo proposito. Lo Stato è perfettamente libero di esercitare, così come di non esercitare, le facoltà conferite da una norma internazionale».

⁹⁵ Art. 3 co. 1 d.lgs. 52/2017.

⁹⁶ *Ibidem*

⁹⁷ Art. 3 co. 2 d.lgs. 52/2017.

⁹⁸ Art. 4 d.lgs. n. 52/2017.

⁹⁹ Ai sensi dell'art. 726-ter Cpp «Rogatoria proveniente da autorità amministrativa straniera» (introdotto dall'art. 11 l. 5.10.2001 n. 367): «Quando un accordo internazionale prevede che la richiesta di assistenza giudiziaria in un procedimento concernente un reato sia presentata anche da un'autorità amministrativa straniera, alla rogatoria provvede, su richiesta del procuratore della Repubblica, il giudice per le indagini preliminari del luogo in cui devono essere eseguiti gli atti richiesti». La l. 149/2016 (art. 4 co. 1 lett. c n. 8) delega il Governo ad estendere le regole processuali sull'esecuzione di domande di assistenza giudiziaria (par. 2.1, *supra*) alle richieste di assistenza relative ad un procedimento concernente un reato provenienti da autorità amministrative di altri Stati. In tali casi le richieste dovranno essere trasmesse per l'esecuzione al procuratore della Repubblica del luogo nel quale dovranno compiersi gli atti richiesti.

¹⁰⁰ Art. 4 d.lgs. 52/2017. Nel caso in cui tale luogo non sia individuabile, competente ad eseguire la rogatoria è il prefetto di Roma, a condizione che l'esecuzione degli atti richiesti non comprometta la sovranità, la sicurezza ed altri interessi essenziali dello Stato.

delegare gli accertamenti richiesti alle singole amministrazioni competenti per settore¹⁰¹. Tale procedura potrebbe trovare applicazione nella collaborazione tra l'Italia e gli altri Stati membri dell'Unione anche dopo l'introduzione dell'OEI nel nostro ordinamento, poiché il d.lgs. 108/2017 nulla stabilisce al riguardo. Questa soluzione peraltro è prospettata nella relazione illustrativa della Camera dei Deputati dello schema di decreto legislativo di attuazione della Direttiva OEI¹⁰².

Sul piano procedurale, il primo profilo d'intervento invocato dalla Convenzione di Bruxelles (ma assente nella Direttiva OEI) concerne gli atti prodromici rispetto al compimento di attività istruttoria, ossia la previsione del principio generale che consente allo Stato del processo di provvedere (direttamente e senza il bisogno di formulare una richiesta di assistenza giudiziaria) all'invio, alle persone che si trovano nel territorio di un altro Stato parte della Convenzione di Bruxelles, degli atti del procedimento ad esse destinati, tramite *notificazioni a mezzo servizio postale o, quando possibile, a mezzo della posta elettronica certificata*¹⁰³. La previsione di questa regola è importante sul piano dei diritti individuali. Ad esempio, l'avviso alla persona sottoposta a procedimento che si procede nei suoi confronti costituisce una garanzia minima, indispensabile per il rispetto del diritto di difesa, e quindi al giusto processo¹⁰⁴. D'altro canto, l'attività di notificazione costituisce esercizio di potere di governo, e dunque richiede il consenso dello Stato territoriale. Tuttavia, essa è considerata di minor impatto sulla sovranità dello Stato territoriale rispetto all'attività di acquisizione probatoria vera e propria; pertanto, le modalità per la sua esecuzione risultano semplificate, se confrontate con altre forme di collaborazione. In proposito, il d.lgs. 52/2017 si richiama ad alcune disposizioni già previste nel Cpp¹⁰⁵, e stabilisce che nei rapporti con gli altri Stati parti della Convenzione di Bruxelles la notificazione di atti all'estero (nell'ambito di procedimenti penali o amministrativi) spetta «direttamente» all'autorità giudiziaria, salvo alcune eccezioni¹⁰⁶; mentre, alla notifica degli atti provenienti dall'estero provvede il Procuratore della Repubblica del luogo in cui la stessa deve essere eseguita¹⁰⁷, con una chiara semplificazione rispetto al procedimento ordinario. Il d.lgs. 108/2017 non disciplina questo profilo, pertanto tale

¹⁰¹ Ibidem. In tali situazioni si applicano le disposizioni di cui alla l. 689/1981.

¹⁰² Si veda la *Relazione illustrativa dello schema di decreto legislativo recante norme di attuazione della Direttiva 2014/41/UE relativa all'ordine europeo di indagine penale* (www.governo.it), 2.

¹⁰³ Art. 5 Conv. Bruxelles. In base alla *Relazione esplicativa sulla Convenzione del 29 maggio 2000 relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea* (<http://eur-lex.europa.eu>), 11, l'espressione "atti del procedimento" va interpretata in maniera estensiva, per includere, ad esempio, le citazioni a comparire di periti e testimoni e le decisioni giudiziarie.

¹⁰⁴ Si veda A. Ciampi, *op. cit.*, 220.

¹⁰⁵ Cfr. artt. 726 e 726-bis Cpp.

¹⁰⁶ Cfr. art. 5 d.lgs. 52/2017. Le eccezioni riguardano i casi in cui l'indirizzo del destinatario non sia conosciuto o sia incerto, ovvero la notificazione a mezzo posta non sia idonea ad assicurare la prova della conoscenza dell'atto (co. 2). Se vi è motivo di ritenere che il destinatario non conosca la lingua italiana l'atto da notificare è tradotto nella lingua o in una lingua dello Stato parte, ovvero in una lingua conosciuta dal destinatario (co. 3-4). Le disposizioni in esame non indicano alcuna conseguenza circa la mancata osservanza dell'atto procedurale da parte del destinatario.

¹⁰⁷ Art. 6 d.lgs. 52/2017.

procedura dovrebbe trovare applicazione nei rapporti con gli altri Stati membri dell'Unione anche dopo l'introduzione dell'OEI nel nostro ordinamento¹⁰⁸.

In relazione agli aspetti formali un'altra novità introdotta nella nostra legislazione con il d.lgs. 52/2017 concerne infine la previsione di una disciplina *ad hoc* sullo *scambio spontaneo di informazioni* con le autorità competenti di un altro Stato parte della Convenzione di Bruxelles, nell'ambito di un procedimento penale o amministrativo¹⁰⁹. Questo istituto (assente nella Direttiva OEI e nel corrispondente d.lgs. 108/2017) si configura nella Convenzione di Bruxelles come una facoltà e consente una collaborazione rapida e diretta tra autorità giudiziarie, e permette all'autorità giudiziaria dello Stato in possesso dell'informazione di condividerne (nei limiti previsti dal diritto interno) la conoscenza con autorità giudiziarie di altri Stati che siano interessate ad essa. La trasmissione spontanea di informazioni è considerata di grande importanza per il coordinamento nella fase pre-rogatoria, e si fonda sulla necessità di non condizionare l'aiuto fornito alle autorità giudiziarie straniere nella conduzione di procedimenti penali all'obbligo per le stesse di presentare una formale richiesta di assistenza giudiziaria¹¹⁰. Al riguardo, il d.lgs. 52/2017 stabilisce, a tutela della sovranità dello Stato trasmittente, che sia l'autorità competente di tale Stato a determinare le condizioni circa l'uso delle informazioni e degli atti trasmessi, e l'autorità giudiziaria destinataria delle informazioni ha l'obbligo di rispettare le condizioni imposte (principio di specialità)¹¹¹. Il d.lgs. 52/2017 segue fedelmente lo schema della Convenzione di Bruxelles, e non consente alcuna deroga al rispetto del principio di specialità nell'ambito dello scambio spontaneo delle informazioni¹¹². Peraltro, nel

¹⁰⁸ Cfr. *Relazione illustrativa dello schema di decreto legislativo recante norme di attuazione della Direttiva 2014/41/UE relativa all'ordine europeo di indagine penale*, cit., 2.

¹⁰⁹ Si veda l'Art. 9 d.lgs. 52/2017 (che si richiama all'art. 7 della Convenzione di Bruxelles). Per un approfondimento riguardo a questo istituto si rimanda a Z. Secchi, *Classificazione delle rogatorie e individuazione degli atti rogabili*, in *Rogatorie penali e cooperazione giudiziaria internazionale Rogatorie penali e cooperazione giudiziaria internazionale*, a cura di G. La Greca – M. R. Marchetti, Torino 2003, 184 ss. Sulla legittimità dell'utilizzazione, nella fase delle indagini preliminari, della documentazione acquisita al di fuori dei meccanismi rogatori era già intervenuta favorevolmente la giurisprudenza della nostra Corte di cassazione; in argomento si rinvia a G. De Amicis, *La cooperazione orizzontale*, in R. E. Kostoris (a cura di), *op. cit.*, 298.

¹¹⁰ Lo scambio spontaneo di informazioni contribuisce alla conclusione positiva di inchieste o procedimenti penali urgenti in corso nell'ordinamento interno dello Stato richiedente, grazie ad una procedura di cooperazione molto più spedita rispetto ad una formale procedura di assistenza giudiziaria; e consente alle autorità giudiziarie dello Stato del processo di inoltrare soltanto in una fase successiva all'ottenimento delle informazioni una formale richiesta di assistenza giudiziaria.

¹¹¹ Art. 9 co. 2 d.lgs. 52/2017. L'art. 9 co. 3 fa salve le disposizioni contenute nell'art. 78 delle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del Cpp, approvate con il d.lgs. 28.7.1989 n. 271. Tale articolo prevede, senza ricorrere allo strumento della rogatoria, la possibilità di un mero trasferimento delle prove formate autonomamente all'estero nell'ambito di un procedimento interno. Il requisito del rispetto delle condizioni di utilizzo delle informazioni poste dalle autorità trasmittenti peraltro è altresì richiamato nella delega al Governo per la riforma della disciplina processuale dell'assistenza giudiziaria nel Libro XI del Cpp, riguardo ai rapporti con Stati diversi da quelli membri dell'Unione europea; cfr. art. 4 co. 2 lett. c n. 13 l. 149/2016.

¹¹² L'istituto delle informazioni spontanee si caratterizza come forma di assistenza giudiziaria *sui generis*, del tutto eccezionale rispetto alle normali procedure di assistenza giudiziaria. Il legislatore ha

quadro dei rapporti tra autorità giudiziarie degli Stati parti della Convenzione di Bruxelles lo scambio spontaneo di informazioni pone anche un rischio di possibili lesioni del diritto alla *privacy* dell'individuo, in particolare per ciò che concerne la protezione dei dati di carattere personale¹¹³. La disciplina prevista nella Convenzione di Bruxelles non fornisce precise garanzie sotto questo profilo, neppure indirettamente. In ogni caso, come si è già avuto modo di evidenziare, le norme sui diritti umani presentano carattere speciale e (in caso di contrasto), prevalgono rispetto alle esigenze dell'assistenza giudiziaria¹¹⁴; e di ciò senz'altro debbono tenere conto le autorità giudiziarie degli Stati parti della Convenzione nell'ambito dello scambio spontaneo di informazioni. In proposito, merita sottolineare che il d.lgs. 52/2017 nelle sue disposizioni finali fa espressamente riferimento alla protezione dei dati personali, facendo rinvio a quanto stabilito nel d.lgs. 30.6.2003 n. 196 e successive modificazioni (il c.d. codice sulla *privacy*)¹¹⁵.

5. Nella prassi internazionale uno dei classici problemi procedurali di ostacolo alla speditezza delle rogatorie, indispensabile per garantire l'efficacia dell'assistenza giudiziaria ed al contempo il rispetto del principio della ragionevole durata del processo¹¹⁶, concerne il fatto che, come si è già avuto modo di ricordare, le richieste di assistenza giudiziaria basate sul principio della mutua assistenza sono sottoposte al vaglio di controlli governativi (in genere da parte dei ministeri della giustizia), finalizzati a garantire la tutela degli interessi nazionali degli Stati coinvolti¹¹⁷. In

dunque ritenuto necessario prevedere delle condizioni particolarmente restrittive circa il possibile utilizzo delle informazioni ottenute tramite scambio spontaneo di informazioni. Ci si chiede se le restrizioni imposte dallo Stato che decide di fornire le informazioni su base spontanea prevalgono anche su considerazioni relative al rispetto delle garanzie individuali nel processo (in considerazione del carattere speciale di tali norme, si veda la nota n. 30, *supra*). Ad esempio, la regola della specialità nell'ambito dello scambio spontaneo delle informazioni potrebbe essere derogata nel caso in cui la divulgazione delle informazioni di cui lo Stato fosse venuto in possesso abbiano valore probatorio e potrebbero essere utili a provare l'innocenza di una persona accusata.

¹¹³ La protezione dei dati personali è ricompresa negli strumenti di carattere generale sui diritti umani nell'ambito del diritto alla *privacy* (art. 8 Cedu), ma anche da alcuni strumenti *ad hoc* come la Convenzione sulla protezione delle persone rispetto al trattamento automatizzato di dati a carattere personale del 1981 (art. 1). Quest'ultima Convenzione, in particolare, ha per oggetto la protezione delle persone contro l'abuso del trattamento automatizzato delle informazioni di carattere personale, e regola i flussi transfrontalieri di informazioni; essa garantisce, fra l'altro, il diritto delle persone ad essere tutelate dallo scambio di informazioni transfrontaliere e il diritto individuale di conoscere le informazioni che riguardano i soggetti interessati.

¹¹⁴ Si veda nel par. 1, *supra*.

¹¹⁵ Cfr. art. 24 d.lgs. 52/2016.

¹¹⁶ Il principio della ragionevole durata del processo è una componente essenziale del diritto all'equo processo (cfr. art. 6 § 1 Cedu e art. 47 CDFUE); sulla giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani in materia di durata ragionevole del processo si rinvia a A. Balsamo, *Il contenuto dei diritti fondamentali*, in R. E. Kostoris (a cura di), *op. cit.*, 123-124.

¹¹⁷ Si veda nel par. 2.1, *supra*.

conformità agli strumenti europei¹¹⁸ nel nostro ordinamento è ora stabilita, quale regola generale, la *trasmissione diretta delle richieste di assistenza*¹¹⁹ e degli OEI dalle/alle autorità giudiziarie competenti degli altri Stati membri dell'Unione. L'autorità competente a ricevere, valutare ed eseguire un OEI (autorità di esecuzione) è il Procuratore della Repubblica presso il tribunale del capoluogo del distretto nel quale devono essere compiuti gli atti richiesti¹²⁰, il quale provvede a riconoscerlo con decreto motivato entro 30 giorni dalla sua ricezione o entro il diverso termine indicato dall'autorità di emissione, (e comunque non oltre sessanta giorni)¹²¹. Sono peraltro stabiliti alcuni principi al fine di prevenire eventuali contrasti di attribuzione tra uffici del pubblico ministero¹²². Soltanto in casi limitati è previsto l'intervento e il controllo del giudice (non formale, circa la sussistenza delle condizioni per il riconoscimento dell'OEI), con tutte le garanzie che ciò comporta per gli individui¹²³. In particolare, al fine di garantire una rapida ed efficace cooperazione con gli altri Stati membri dell'Unione quando l'attività da eseguire richiede l'autorizzazione del giudice o deve essere eseguita dal medesimo, è stabilito che il Procuratore distrettuale trasmetta per l'esecuzione, senza ritardo gli atti al giudice per le indagini preliminari presso il tribunale del capoluogo del distretto¹²⁴. Linearità e speditezza della procedura sono assicurate dal fatto che nella trasmissione e nella ricezione dell'OEI non è previsto alcun passaggio attraverso le autorità centrali. Soltanto nel caso in cui insorgano difficoltà relative alla comunicazione e alla trasmissione delle richieste all'autorità di esecuzione, l'autorità giudiziaria può avvalersi del supporto del Ministero della Giustizia¹²⁵. Per quanto concerne la procedura attiva il d.lgs. 108/2017 individua

¹¹⁸ Cfr. art. 6 Conv. Bruxelles e art. 7 Direttiva OEI.

¹¹⁹ Art. 7 co. 1 d.lgs. 52/2017.

¹²⁰ Il legislatore ha dunque scelto con coerenza un meccanismo di attribuzione delle competenze uguale a quello predisposto dal d.lgs. 52/2017 (art. 8 co. 1) in relazione alle richieste di assistenza provenienti da altri Stati parti della Convenzione di Bruxelles e dalla l. 149(2016 con riguardo alle rogatorie provenienti da Stati non membri dell'Unione.

¹²¹ Art. 4 co. 1 d.lgs. 108/2017; in base all'art. 8 co. 1-2 d.lgs. 52/2017, il Procuratore della Repubblica presso il tribunale del capoluogo del distretto nel quale devono essere compiuti gli atti richiesti provvede con decreto motivato e senza ritardo.

¹²² Art. 4 co. 5 Dlgs. 108/2017 e art. 8 co. 3 d.lgs. 52/2017.

¹²³ Art. 5 co. 1 d.lgs. 108/2017.

¹²⁴ Si legge nella *Relazione illustrativa dello schema di decreto legislativo recante norme di attuazione della Direttiva 2014/41/UE relativa all'ordine europeo di indagine penale*, cit., 3: "L'intervento del giudice in funzione di controllo è limitato agli atti che per la fase in cui perviene la richiesta impongono la sua deliberazione. La decisione del giudice è snellita nelle forme dal momento che questi procede in camera di consiglio ai sensi dell'art. 127 del c.p.p."

¹²⁵ Art. 32 co. 1 d.lgs. 108/2017. Diversamente, nel d.lgs. 52/2017 (art. 7 co. 1 e art. 8 co. 1) è mantenuto, come consente di fare la Convenzione di Bruxelles (art. 6 § 2), un ruolo dell'autorità centrale (il Ministro della giustizia), al quale deve essere trasmessa copia di ogni richiesta inviata (o ricevuta) direttamente alla (o dalla) autorità giudiziaria straniera. In tal modo, nell'ambito dell'operatività della Convenzione di Bruxelles appare preservata la facoltà del Ministro della giustizia di svolgere la valutazione preliminare (si veda nel par. 2.1., *supra*); in ogni caso, in presenza di richieste provenienti da o verso un'autorità straniera sulla base della Convenzione di Bruxelles il potere del Ministro di non dare corso all'assistenza potrà essere esercitato esclusivamente in presenza di un motivo di rifiuto previsto dalla medesima Convenzione.

nell'autorità procedente (pubblico ministero o giudice) l'autorità legittimata ad emettere un OEI, con un richiamo espresso anche alla materia delle misure di prevenzione patrimoniale¹²⁶. In relazione all'emissione di un OEI non è espressamente indicato l'obbligo dell'autorità giudiziaria di valutarne l'opportunità in base al principio di proporzionalità¹²⁷, poiché il nostro ordinamento disciplina atti d'indagine tipici, per i quali rispetto al singolo scopo investigativo la proporzionalità è presunta per legge¹²⁸. Per quanto attiene le condizioni per l'emissione di un OEI è previsto che esso non può essere emesso per atti che non potrebbero essere compiuti in un caso interno analogo¹²⁹; in tal modo è scongiurato il rischio che si vogliano aggirare tramite l'OEI limiti o vincoli posti dal diritto interno. È previsto un diritto delle parti e della difesa alla conoscibilità degli esiti dell'attività d'indagine svolta o d'acquisizione probatoria assunta nello Stato d'esecuzione¹³⁰.

In termini di speditezza, le innovazioni introdotte dalla nostra legislazione con riferimento agli aspetti formali e procedurali non riguardano soltanto i canali di comunicazione, ma investono anche la forma in cui deve essere presentata la richiesta di assistenza o emesso un OEI. In particolare, è fatto esplicito riferimento ad ogni mezzo idoneo a garantire l'autenticità della documentazione e della provenienza, rendendo ciò possibile la trasmissione (oltre che per iscritto) anche attraverso i più moderni mezzi elettronici di trasmissione delle informazioni (fax, e-mails, posta elettronica, ecc.)¹³¹.

Il d.lgs. 108/2017 dedica, entro i limiti stabiliti dalla Direttiva OEI e nel rispetto degli ordinamenti di altri Stati, ampio spazio ai diritti della difesa. A proposito della tutela dei soggetti coinvolti a vario titolo nel procedimento, all'indagato, imputato e al loro difensore è innanzitutto consentita l'impugnabilità dinanzi al giudice per le indagini preliminari della decisione dell'autorità giudiziaria riguardo al riconoscimento di un OEI¹³². Si tratta di una garanzia molto importante in quanto consente un minimo controllo di legittimità a fronte di un atto (l'OEI) il quale di regola (ad eccezione degli atti del giudice o che il giudice deve autorizzare) non prevede una verifica giurisdizionale circa i requisiti positivi o negativi (assenza dei motivi di rifiuto) per il suo riconoscimento e per la sua esecuzione¹³³. In relazione ai sequestri la facoltà di impugnazione per ciò che attiene i presupposti del riconoscimento è più ampia¹³⁴. Con riferimento ai diritti individuali è inoltre prevista (sul versante della procedura attiva) una disciplina *ad hoc* che consente al difensore (di indagati, imputati o persone

¹²⁶ Art. 27 co. 1 d.lgs. 108/2017; in merito alla Convenzione di Bruxelles cfr. art. 7 co. 1 d.lgs. 52/2017.

¹²⁷ Per quanto riguarda la procedura passiva (esecuzione di un OEI) si veda nel paragrafo successivo.

¹²⁸ Cfr. la *Relazione illustrativa dello schema di decreto legislativo recante norme di attuazione della Direttiva 2014/41/UE relativa all'ordine europeo di indagine penale*, cit., 18.

¹²⁹ *Ibidem*.

¹³⁰ Art. 35 d.lgs. 108/2017.

¹³¹ Art. 32 cp. 1 d.lgs. 108/2017; in merito alla Convenzione di Bruxelles cfr. art. 7 co. 2 d.lgs. 52/2017.

¹³² Art. 13 d.lgs. 108/2017.

¹³³ L'impugnazione non ha effetto sospensivo. Tuttavia, se è proposta prima del trasferimento dell'atto d'indagine o della prova, il trasferimento può essere sospeso nel caso in cui da esso possa originare un danno ai soggetti coinvolti dall'atto (art. 13 co. 4 d.lgs. 108/2017).

¹³⁴ Art. 13 co. 7 d.lgs. 108/2017.

per le quali è proposta l'applicazione di una misura di prevenzione) di proporre al pubblico ministero o al giudice procedente l'emissione di un OEI¹³⁵. Tale facoltà non è tuttavia estesa alla persona offesa e alle altre parti private (vittime)¹³⁶. In linea con le previsioni della Direttiva OEI non è però consentito alla difesa di richiedere direttamente all'autorità giudiziaria di un altro Stato membro l'esecuzione di un atto d'indagine; né sono regolamentate le investigazioni difensive (le quali esulano dal campo di applicazione della Direttiva OEI), avendo peraltro il legislatore ritenuto che nella nostra legislazione sono già presenti adeguate previsioni normative idonee a realizzare tale scopo¹³⁷.

6. Un altro profilo procedurale innovato dalla normativa europea concerne l'esecuzione delle richieste di assistenza per attività probatoria. Il modello tradizionale di esecuzione delle richieste di assistenza giudiziaria si fonda sulla regola dell'applicazione della *lex loci*, in base alla quale l'esecuzione delle richieste avviene secondo la legge dello Stato richiesto, nel massimo rispetto delle sue prerogative sovrane. Questa regola, tuttavia, pur essendo prevista in numerosi accordi internazionali sull'assistenza giudiziaria¹³⁸, non costituisce un obbligo imposto da una norma del diritto internazionale generale¹³⁹. A ciò si aggiunga che in ambito europeo il ricorso alla regola della *lex loci* nell'esecuzione delle richieste di assistenza giudiziaria costituisce ormai l'eccezione. La Convenzione di Bruxelles e la Direttiva OEI prevedono, quale regola generale di acquisizione probatoria da osservare, il principio della *lex fori*, ossia che lo Stato richiesto (l'autorità di esecuzione) deve attenersi alle formalità e alle procedure espressamente indicate dallo Stato richiedente (autorità di emissione), sempre che queste ultime non siano contrarie ai principi fondamentali dell'ordinamento dello Stato richiesto (Stato di esecuzione)¹⁴⁰.

L'applicazione del principio della *lex fori*, assunto dopo la riforma quale regola generale del nostro ordinamento per l'esecuzione delle richieste di assistenza giudiziaria e degli OEI nei rapporti di collaborazione con gli altri Stati membri

¹³⁵ Art. 31 d.lgs. 108/2017.

¹³⁶ In termini critici sulla limitata definizione (e non conformità rispetto al Diritto dell'Unione) del novero di soggetti qualificati quali difensori e sui circoscritti poteri accordati alla difesa nella Direttiva OEI (in particolare la mancata previsione del potere della difesa di svolgere indagini all'estero) cfr. F. M. Grifantini, *Ordine europeo di indagine penale e investigazioni difensive*, in *PPG*, 2016, n. 6, 1 ss.

¹³⁷ Si veda nella *Relazione illustrativa dello schema di decreto legislativo recante norme di attuazione della Direttiva 2014/41/UE relativa all'ordine europeo di indagine penale*, cit., 19 a proposito dei poteri previsti all'uopo per la difesa nel titolo VI bis del Libro V Cpp (in particolare agli artt. 391-bis e ter).

¹³⁸ Si vedano, ad esempio, l'art.3 § 1 della Convenzione di Strasburgo (cfr. la nota n. 73, *supra*); e l'art. 18 § 17 della Convenzione delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale (cfr. la nota n. 16, *supra*).

¹³⁹ In argomento si rinvia a A. Ciampi, *op. cit.*, 58 ss. e 400 ss.

¹⁴⁰ Cfr. art. 4 § 1 Conv. Bruxelles e art. 9 § 2 Direttiva OEI.

dell'Unione¹⁴¹, è da accogliere con favore. Questo principio conferisce maggiore efficacia all'assistenza giudiziaria rispetto alla regola della *lex loci*, dal momento che esso mira a soddisfare le esigenze processuali dello Stato richiedente circa l'utilizzabilità delle fonti di prova nel processo; e al contempo è il principio che meglio garantisce il rispetto delle norme internazionali sui diritti umani, in particolare per ciò che concerne la posizione processuale dell'imputato¹⁴². Tuttavia, la normativa italiana (uniformandosi alle previsioni della Convenzione di Bruxelles e della Direttiva OEI) non accoglie pienamente la regola della *lex fori*, poiché stabilisce che le forme espressamente indicate dall'autorità richiedente/di emissione vanno rispettate, sempre che non siano contrarie ai principi dell'ordinamento giuridico dello Stato, in ossequio al rispetto del principio della sovranità territoriale¹⁴³. Sul versante della procedura attiva è stabilito in via generale che le modalità di svolgimento dell'atto siano concordate con l'autorità di esecuzione e che siano espressamente indicati i diritti e le facoltà riconosciute alla difesa¹⁴⁴. A proposito della utilizzabilità degli atti assunti all'estero tramite OEI (la Direttiva OEI, a parte un'eccezione¹⁴⁵, non contiene un regime generale di utilizzabilità delle prove raccolte all'estero) il d.lgs 108/2017 equipara tali atti a quelli ottenuti tramite rogatoria e già regolamentati dal Cpp¹⁴⁶.

Ai fini dell'esecuzione di un OEI, per evitare una compressione dei diritti degli interessati e dell'indagato, è stabilito il principio di *proporzionalità*, il quale consente all'autorità giudiziaria italiana di valutare sia la funzionalità della richiesta dell'OEI, sia la sua eventuale sproporzione rispetto agli atti perseguiti¹⁴⁷. In questa prospettiva vengono in considerazione la gravità dei reati per cui si procede davanti all'autorità di emissione e la pena prevista, quali parametri di valutazione di congruità della richiesta in relazione al caso preso in esame. Viene dunque in rilievo la capacità del mezzo

¹⁴¹ Cfr. art. 8 co. 4 d.lgs. 52/2017; e art. 4 co. 2 d.lgs. 10/2017.

¹⁴² Si veda A. Ciampi, *op. cit.*, 263.

¹⁴³ Cfr. art. 8 co. 4 d.lgs. 52/2017 e art. 4 co. 2 d.lgs. 108/2017. Fanno eccezione alcuni atti investigativi particolarmente delicati (operazioni sotto copertura, ritardi o omissioni di atti di arresto o sequestro) i quali sono disciplinati dal diritto interno.

¹⁴⁴ Cfr. art. 33 co. 1 d.lgs. 108/2017. Questa disposizione mira ad assicurare la tutela dei diritti della difesa nelle ipotesi in cui sia necessario assumere, per esempio, dichiarazioni da persone residenti o dimoranti all'estero, ovvero altri mezzi di prova (art. 36 co. 1 lett. b); tale disposizione è coerente con le previsioni di cui all'art. 431 co. 1 lett. f Cpp, (si veda nella nota n. 146, *infra*).

¹⁴⁵ Cfr. art. 31 § 3 lett. b Direttiva OEI.

¹⁴⁶ In base all'art. 36 co. 1 lett. a d.lgs. 108/2017 gli atti garantiti e gli atti irripetibili raccolti tramite OEI contribuiscono quindi a formare il fascicolo per il dibattimento, non diversamente da quelli raccolti mediante il vecchio sistema delle rogatorie (di cui all'art. 431 co. 1 lett. d Cpp; secondo l'art. 36 co. 1 lett. b rientrano altresì nel fascicolo per il dibattimento i verbali degli atti (diversi da quelli acquisiti all'estero mediante rogatoria internazionale e i verbali degli atti non ripetibili assunti con le stesse modalità), assunti all'estero a seguito di rogatoria internazionale ai quali i difensori sono stati posti in grado di assistere e di esercitare le facoltà loro consentite dalla legge italiana (cfr. art. 431 co. 1 lett. f) Cpp; quanto alle prove dichiarative raccolte tramite OEI nella fase delle indagini, esse sono sottoposte allo stesso regime di lettura stabilito dall'art. 512-bis del Cpp «Lettura di dichiarazioni rese da persona residente all'estero», per le prove raccolte tramite rogatoria; per ulteriori approfondimenti su questo punto si veda nella *Relazione illustrativa dello schema di decreto legislativo recante norme di attuazione della Direttiva 2014/41/UE relativa all'ordine europeo di indagine penale*, cit., 20.

¹⁴⁷ Art. 7 d.lgs. 108/2017.

richiesto di raggiungere l'obiettivo prefissato, in base al criterio per cui, a parità di efficacia, è sempre preferibile il mezzo che abbia conseguenze meno gravose per l'individuo. La proporzionalità-adequatezza, si basa su un bilanciamento tra la restrizione imposta ai diritti del singolo da un lato e sul valore del fine perseguito dal pubblico potere nell'esercizio della sua funzione dall'altro. Ogni qualvolta l'atto appaia sproporzionato, ne è data comunicazione all'autorità di emissione affinché venga presa in considerazione la possibilità di insistere nella richiesta, ovvero di avanzarne una diversa sulla base dell'eventuale prospettazione fornita dall'autorità interna¹⁴⁸.

Anche in relazione alle clausole di rifiuto (sul punto il d.lgs. 108/2017 segue quasi alla lettera le previsioni della direttiva OEI)¹⁴⁹ trova spazio il rispetto dei diritti fondamentali della persona coinvolta dall'OEI. La disposizione in esame impone all'autorità giudiziaria di verificare che non sussistano fondate ragioni di ritenere che l'interessato possa essere sottoposto ad atti che configurano una grave violazione dei principi fondamentali dell'ordinamento giuridico dello Stato, dei diritti fondamentali della persona riconosciuti dall'art. 6 TUE o dei diritti, delle libertà e dei principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'UE¹⁵⁰.

7. Come si è già anticipato, la Convenzione di Bruxelles e la Direttiva OEI, accanto ad un regime generale di ricerca ed acquisizione delle fonti di prova, regolano alcune specifiche forme di assistenza giudiziaria, in relazione alle quali sono intervenuti, con la previsione di una disciplina *ad hoc*, i provvedimenti legislativi che hanno riformato l'assistenza giudiziaria nel nostro ordinamento; a partire da alcune modalità di acquisizione delle prove c.d. *dichiarative*¹⁵¹. Ad esempio, si può verificare la circostanza in cui, per l'acquisizione di dichiarazioni sia necessaria la testimonianza (o sia disposto un confronto) nello Stato richiedente di una persona che si trovi in Stato di detenzione o che stia scontando una condanna nello Stato richiesto. In tal caso, l'audizione può essere agevolata dal *trasferimento temporaneo della persona detenuta* nello Stato richiedente, nel cui territorio avviene l'assunzione della prova¹⁵². In relazione a questo istituto la legislazione italiana mostra un elevato grado di garantismo. La condizione

¹⁴⁸ Cfr. art. 9 d.lgs. 108/2017.

¹⁴⁹ Cfr. artt. 10-11 d.lgs. 108/2017.

¹⁵⁰ L'Art. 11 §. 1 lett. f della Direttiva OEI rinvia all'art. 6 TUE (cfr. nota n. 29, *supra*); si veda anche l'art. 1 § 4 della Direttiva OEI.

¹⁵¹ Nell'ordinamento italiano la formazione delle prove dichiarative avviene perlopiù in dibattimento (e non nella fase delle indagini) e si basa sul metodo dell'esame incrociato.

¹⁵² In proposito la Convenzione di Bruxelles prevede che vi sia un accordo tra i due Stati parti (art. 9 par. 1); la Direttiva OEI stabilisce invece che lo Stato di emissione può emettere un ordine per il trasferimento temporaneo della persona la cui presenza sia richiesta per raccogliere elementi di prova, a condizione che la persona sia ricondotta nello Stato di esecuzione entro il termine da quest'ultimo stabilito (artt. 22 e 23). Lo Stato di esecuzione ha in via generale l'obbligo di consentire al trasferimento, a meno che sussista uno dei motivi di non riconoscimento o di non esecuzione previsti dalla Direttiva OEI. L'esecuzione può altresì essere rifiutata se la persona detenuta nega il proprio consenso o se il trasferimento potrebbe prolungare il periodo di detenzione.

del consenso della persona da trasferire formulata nelle fonti europee quale motivo meramente facoltativo di rifiuto, è infatti prevista quale requisito obbligatorio nei casi in cui il trasferimento temporaneo nello Stato estero di emissione dell'OEI riguarda innanzi tutto le persone detenute in Italia (procedura passiva)¹⁵³. Il procuratore della Repubblica concorda con l'autorità che ha emesso l'ordine d'indagine le modalità del trasferimento e indica, nel rispetto dei termini massimi di custodia cautelare o del termine di cessazione della pena in esecuzione, il termine entro il quale la persona deve essere riconsegnata¹⁵⁴. La procedura è interamente giurisdizionalizzata, atteso che non è previsto alcun ruolo di filtro del Ministro della giustizia, come invece avviene nei casi in cui il trasferimento temporaneo di persone detenute si svolga nell'ambito della classica assistenza giudiziaria¹⁵⁵. Sul piano dei diritti individuali è previsto che la persona detenuta in Italia temporaneamente trasferita all'estero ha diritto al conteggio della parte di pena espiata o del tempo trascorso in stato di custodia cautelare nello Stato nella quale è stata trasferita¹⁵⁶. Quest'ultima garanzia, già delineata peraltro nella giurisprudenza della nostra Corte costituzionale¹⁵⁷, allinea pienamente la nostra legislazione alle previsioni della Convenzione di Bruxelles e della Direttiva OEI¹⁵⁸. È altresì stabilito che la persona detenuta o internata temporaneamente, qualunque sia la sua nazionalità, beneficia di una immunità nel periodo di trasferimento¹⁵⁹. Inoltre, in osservanza del principio di specialità, l'individuo non può essere sottoposto ad

¹⁵³ Artt. 11 co. 1 e 12 co. 1 d.lgs. 52/2017; art. 16 d.lgs. 108/2017.

¹⁵⁴ Art 16 co. 3 d.lgs. 108/2017.

¹⁵⁵ In relazione a questa forma di assistenza il d.lgs. 52/2017 prevede un ruolo di filtro del Ministro della giustizia, il quale autorizza il trasferimento temporaneo a condizione che esso non comprometta la sovranità, la sicurezza o altri interessi essenziali dello Stato. Nell'ipotesi di una richiesta relativa ad un trasferimento temporaneo di persona detenuta all'estero il Ministro della giustizia, in caso di valutazione positiva, trasmette la richiesta al procuratore della Repubblica, a cui spetta l'esecuzione della richiesta di assistenza; Il Procuratore della Repubblica concorda con l'autorità richiedente le modalità del trasferimento temporaneo e il termine di rientro nello Stato richiedente (art. 11 co. 2 e 3 d.lgs. 52/2017). Nel caso di trasferimento temporaneo in un altro Stato parte di persona detenuta o internata in Italia, il Ministro della giustizia, in caso di valutazione positiva, trasmette la richiesta all'autorità competente dello Stato parte. L'autorità giudiziaria, in accordo con l'autorità competente dello Stato parte, definisce le modalità del trasferimento e fissa, nel rispetto dei termini massimi di custodia cautelare del termine di cessazione della pena di esecuzione, il termine di rientro in Italia (art. 12 co. 2 e 3 d.lgs. 52/2017). Questa condizione tutela lo Stato territoriale, ma al contempo pone in rilievo la questione dei rapporti tra l'assistenza giudiziaria e le norme internazionali sui diritti dell'uomo. Non vi è dubbio infatti che il fatto di prestare assistenza in relazione ad un procedimento straniero che si ritiene possa violare le fondamentali garanzie processuali sancite a livello internazionale possa essere considerato contrario ad un interesse fondamentale del nostro Stato. Questo punto è sottolineato da A. Ciampi, *op. cit.*, 105 (in particolare la nota 174) la quale, al riguardo, evidenzia anche il ruolo che potrebbero avere le c.d. clausole di umanità presenti in molte norme comuni delle legislazioni nazionali (ad esempio si veda l'art. 723 co. 2 Cpp) nel sottolineare la rilevanza dei diritti umani in relazione all'ordine pubblico e agli interessi fondamentali dello Stato.

¹⁵⁶ Cfr. art. 12 co. 6 d.lgs. 52/2017 e art. 16 co. 5 d.lgs. 108/2017.

¹⁵⁷ Si veda C. cost., 16.5.2008 n. 143, in www.cortecostituzionale.it, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli articoli 33 l. 16.3.2006, n. 147 e 722 Cpp.

¹⁵⁸ Cfr. art. 9 § 4 Conv. Bruxelles; artt. 22 § 7 e 23 § 2 Direttiva OEI.

¹⁵⁹ Art. 11 co. 5 d.lgs. 52/2017 e art. 16 co. 6 d.lgs. 108/2017. Tale immunità è altresì prevista nel Cpp (art. 728) riguardo alla comparizione di testimoni, periti o imputati davanti all'autorità giudiziaria italiana.

azione giudiziaria per fatti – diversi da quelli per i quali è stato disposto il trasferimento – commessi o per condanne pronunciate prima della sua partenza¹⁶⁰. Tale immunità cessa se la persona trasferita, pur avendo avuto la possibilità di lasciare il territorio dello Stato per quindici giorni consecutivi dalla data in cui la sua presenza non era più richiesta, sia rimasta comunque nel territorio o vi abbia comunque fatto ritorno dopo averlo lasciato¹⁶¹. Allo stesso modo, nel caso di trasferimenti temporanei nel territorio italiano a fini di attività probatoria o di indagine, di persone detenute nello stesso Stato di emissione, il procuratore della Repubblica concorda con l'autorità di emissione dell'OEI le modalità del trasferimento temporaneo e i termini per il rientro della persona nello Stato di emissione¹⁶². Ai fini dell'esecuzione la persona è custodita per la durata del trasferimento temporaneo, nella casa circondariale del luogo di compimento dell'atto d'indagine o di prova¹⁶³. Anche in queste situazioni si applicano le immunità già descritte¹⁶⁴.

Per quanto concerne la procedura attiva, l'autorità giudiziaria può emettere un OEI per ottenere la comparizione di una persona detenuta in un altro Stato membro dell'Unione ai fini del compimento di un atto per il quale sia necessaria la sua presenza in Italia¹⁶⁵. Al fine di consentire la temporanea permanenza in Italia all'interno di un istituto penitenziario, ove manchi, il pubblico ministero emette un ordine di carcerazione e garantirà che sia stato prestato il consenso al trasferimento, in sede di accordo sulle modalità del trasferimento, sulla sua durata, e sui dettagli della sua detenzione¹⁶⁶. Il P.M. o il giudice che procede possono infine emettere un OEI per il trasferimento temporaneo in altro Stato membro dell'Unione di una persona detenuta in Italia, al fine del compimento di un atto d'indagine o dell'assunzione di una prova che richiedano la presenza nello Stato di esecuzione della persona detenuta. In queste circostanze il consenso dell'interessato è raccolto con le stesse modalità già commentate in precedenza e allo stesso modo sono disciplinati gli effetti dell'eventuale custodia patita all'estero¹⁶⁷.

8. Una differente modalità di assunzione delle prove dichiarative consiste nell'audizione a distanza, tramite l'impiego di collegamenti audiovisivi o sonori, per consentire la raccolta delle dichiarazioni da parte dell'autorità giudiziaria dello Stato interessato, evitando però lo spostamento fisico del dichiarante¹⁶⁸. La Convenzione di

¹⁶⁰ Ibidem.

¹⁶¹ Ibidem. Art. 16 co. 6 d.lgs. 108/2017.

¹⁶² Art. 17 co. 1 d.lgs. 108/2017.

¹⁶³ Art. 17 co. 2 d.lgs. 108/2017.

¹⁶⁴ Art. 17 co. 3 d.lgs. 108/2017.

¹⁶⁵ Art. 37 co. 1 d.lgs. 108/2017.

¹⁶⁶ Ibidem.

¹⁶⁷ Art. 17 co. 3 d.lgs. 108/2017.

¹⁶⁷ Art. 38 d.lgs. 108/2017.

¹⁶⁸ In generale sulla disciplina dell'istituto della videoconferenza nell'ordinamento italiano si veda Z. Secchi, *Classificazione delle rogatorie e individuazione degli atti rogabili*, cit., 199 ss.

Bruxelles e la Direttiva OEI prevedono innanzi tutto lo strumento della *videoconferenza* (o altra trasmissione audiovisiva) per l'audizione di testimoni e periti all'estero¹⁶⁹; e disciplinano anche l'ipotesi della domanda di assistenza giudiziaria finalizzata a permettere il collegamento tramite videoconferenza per l'esame di una persona sottoposta a procedimento penale, per la quale non sia però opportuno o possibile comparire nel territorio dello Stato richiedente. La normativa relativa a questa seconda ipotesi risulta però più restrittiva, essendo in questo caso sempre necessario il consenso dell'imputato per procedervi¹⁷⁰; mentre nel caso di audizione di testimoni o periti è possibile adottare misure coercitive di comparizione¹⁷¹. La normativa dell'Unione europea stabilisce che lo Stato richiesto (Stato di esecuzione) deve consentire all'audizione mediante videoconferenza, sempre che il ricorso alla medesima non sia «contrario ai principi fondamentali del diritto nazionale» e disponga degli strumenti tecnici necessari per effettuare il collegamento a distanza¹⁷².

¹⁶⁹ Cfr. art. 10 Conv. Bruxelles e art. 24 Direttiva OEI. In base alla Convenzione di Bruxelles (art. 10, par. 1) i presupposti per il ricorso allo strumento della videoconferenza riguardano casi in cui un individuo che si trovi sul territorio di uno Stato debba essere ascoltato in qualità di testimone o di perito, dalle autorità giudiziarie di un altro Stato e che, per questo individuo, non sia «opportuno» o non sia «possibile» la sua materiale comparizione nel territorio di quello Stato. Di qui il presupposto necessario per richiedere che la testimonianza abbia luogo per mezzo di videoconferenza. Le espressioni «non è possibile» e «non è opportuno» figurano testualmente nell'art. 10 § 1 della Convenzione di Bruxelles e si riferiscono rispettivamente alle ipotesi di testimone troppo giovane o troppo anziano, o in cattivo stato di salute, ovvero all'ipotesi in cui il testimone correrebbe un grave pericolo qualora comparisse sul territorio dello Stato richiedente.

¹⁷⁰ L'art. 10 § 9 della Conv. Bruxelles prevede che nel caso di audizione di imputati le condizioni applicabili alla videoconferenza sono concordate dagli Stati parti interessati, in conformità al loro diritto nazionale e agli strumenti internazionali applicabili, in particolare il riferimento è alla Cedu; si veda anche l'art. 24 § 2 Direttiva OEI.

¹⁷¹ Art. 10 § 8 Conv. Bruxelles e art. 24 § 7 Direttiva OEI.

¹⁷² Art. 10 par. 2 Conv. Bruxelles e art. 24 § 2 Direttiva OEI. Vi è dunque un limite di tipo giuridico al suo possibile utilizzo (Il valore di questo richiamo è chiarito nella Relazione esplicativa alla Conv. di Bruxelles, cit., in cui è specificato che la contrarietà ai principi fondamentali del diritto nazionale va intesa nel senso che la richiesta della videoconferenza «non può essere rifiutata solo perché l'audizione di testimoni e periti» tramite la stessa non è, come tale, prevista dal diritto interno dello Stato membro richiesto, né può essere rifiutata per il solo fatto che la richiesta della videoconferenza non soddisfa, in concreto, tutti i requisiti, anche solo di dettaglio, previsti dalla disciplina nazionale sulle videoconferenze. Un limite in tal senso può scaturire soltanto dalla contrarietà coi principi fondamentali di una specifica disciplina di carattere interno) a cui si aggiunge, sempre nello stesso paragrafo, l'ipotesi in cui si configuri un limite di fatto, ossia lo Stato richiesto «non disponga degli strumenti tecnici per realizzare la videoconferenza»; al riguardo la disposizione in esame stabilisce altresì che in simili circostanze le attrezzature necessarie possono, previo consenso dello Stato richiesto, essere messe a disposizione di quest'ultimo da parte dello Stato richiedente. In questi casi lo Stato richiedente si accolla tutte le spese delle operazioni video, salva l'ipotesi in cui il Paese interessato rinunci, in tutto o in parte, a tale rimborso. Il previsto requisito della necessaria presenza all'audizione di un'autorità giudiziaria dello Stato richiesto che si trova nella Convenzione di Bruxelles (la Direttiva OEI invece non specifica che debba trattarsi di un'autorità giudiziaria, ma semplicemente indica la condizione della presenza di un rappresentante dell'autorità competente dello Stato di emissione) peraltro, tende ad escludere la possibilità che, in applicazione della Convenzione di Bruxelles, la videoconferenza possa aver luogo al di fuori di una sede giudiziaria, ad esempio presso un'ambasciata o consolato dello Stato del processo.

I recenti provvedimenti legislativi di riforma dell'assistenza giudiziaria hanno introdotto nel nostro ordinamento una disciplina degli effetti processuali delle videoconferenze, con riferimento alle ipotesi previste dalla normativa europea sopra descritte¹⁷³. Innanzi tutto, sono stabilite le modalità di esecuzione rispetto alle richieste formulate dalle autorità giudiziarie di un altro Stato membro dell'Unione alle autorità italiane di procedere all'audizione tramite videoconferenza di persone sottoposte ad indagini, dell'imputato, di testimoni, consulenti tecnici o periti che si trovino sul territorio nazionale¹⁷⁴. A tal fine occorre un accordo tra le autorità dei rispettivi paesi circa le modalità dell'audizione, anche per eventualmente poter proteggere la persona da ascoltare, e garantire, nei casi previsti dalla legge, la presenza di un interprete e di un difensore nel luogo di esecuzione¹⁷⁵. A tutela dei diritti individuali, con riferimento all'audizione di indagati o imputati, è precisato, in linea con i parametri stabiliti dalla normativa europea, che l'autorità italiana potrà darvi esecuzione solo se gli interessati acconsentano a rendere dichiarazioni¹⁷⁶. Analogamente, quando l'audizione riguardi un testimone, l'autorità italiana dovrà garantire la facoltà di astensione prevista dal nostro ordinamento¹⁷⁷. In conformità al principio della *lex fori*, l'audizione è condotta o diretta dall'autorità di emissione (o sotto la sua direzione) e alla stessa viene poi trasmesso il relativo verbale¹⁷⁸. D'altro canto, è consentito, in presenza di determinate condizioni¹⁷⁹, alle autorità giudiziarie italiane (pubblico ministero o giudice) di emettere un OEI per richiedere all'autorità di esecuzione di un altro Stato membro l'audizione a distanza mediante videoconferenza di testimoni, periti e consulenti tecnici e persone informate dei fatti e, previo il loro consenso, di imputati e indagati¹⁸⁰ (procedura attiva). Nella normativa italiana è infine contemplata, in linea con le previsioni della Convenzione di Bruxelles e della Direttiva OEI¹⁸¹, la possibilità di ricorrere, tramite mezzo sonoro alla *conferenza telefonica* (o teleconferenza) per

¹⁷³ Per quanto concerne il recepimento della Conv. Bruxelles si vedano gli artt. 13 e 14 del d.lgs. 52/2017. In osservanza dei criteri indicati nella delega contenuta nella l. 149/2016 (cfr. la nota n. 40, *supra*) tale disciplina si raccorda con le disposizioni contenute nell'art. 205-ter delle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale, le quali prevedono specifiche garanzie difensive riguardo alla partecipazione al processo a distanza per l'imputato detenuto all'estero (cfr. d.lgs. 271/1989. In merito all'attuazione della Direttiva OEI cfr. artt. 18 e 39 d.lgs. 108/2017.

¹⁷⁴ Art. 13 d.lgs. 52/2017; art. 18 d.lgs. 108/2017.

¹⁷⁵ Cfr. artt. 143 ss. Cpp e disposizioni di attuazione del codice, come modificate a seguito dell'entrata in vigore del d.lgs. 32/2014 (attuazione della direttiva 2010/64/UE sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali).

¹⁷⁶ Art. 13 co. 1 d.lgs. 52/2017; art. 18 co. 2 d.lgs. 108/2017.

¹⁷⁷ Cfr. art. 13 co. 3 d.lgs. 52/2017; Art 199 e ss. Cpp e art. 18 co. 6 d.lgs. 108/2017.

¹⁷⁸ Cfr. art. 13 co. 3 d.lgs. 52/2017; art. 18 co. 6 e 7 d.lgs. 108/2017.

¹⁷⁹ La richiesta può essere proposta quando la persona da sentire si trova sul territorio dell'altro Stato e vi sono giustificati motivi per evitare la sua presenza in Italia; la persona da sentire è detenuta nell'altro Stato parte; oppure ricorra uno dei casi previsti nell'art. 147-bis delle disposizioni di attuazione del Cpp (si vedano l'art. 14 co. 2 d.lgs. 52/2017 e l'art. 39 co. 3 d.lgs. 108/2017).

¹⁸⁰ Cfr. art. 39 co. 2 del d.lgs. 108/2017; questa ipotesi non è espressamente disciplinata nel d.lgs. 52/2017 con riguardo alle richieste di assistenza alle autorità giudiziarie di altri Stati parti della Conv. Bruxelles.

¹⁸¹ Cfr. art. 11 Conv. Bruxelles.

effettuare l'audizione di periti e testimoni, con esclusione, in ogni caso, di imputati¹⁸². Questa possibilità appare residuale alla luce degli attuali strumenti di comunicazione video. Nell'esecuzione di questa tecnica di audizione si applicano, *mutatis mutandis*, le regole stabilite in relazione alle videoconferenze sopra commentate.

9. Tra i mezzi di assunzione transnazionale della prova che si basano sulle moderne tecnologie vi sono le *intercettazioni delle telecomunicazioni*, disciplinate espressamente dalla Convenzione di Bruxelles¹⁸³ e dalla Direttiva OEI, che tiene conto dei mutamenti tecnologici intervenuti in questo settore¹⁸⁴. Questa forma di ricerca della prova si caratterizza per due aspetti salienti. In primo luogo, essa attiene ad uno strumento (le telecomunicazioni) che presentano un elevato coefficiente di innovazione tecnologica; pertanto, le norme giuridiche che le riguardano devono necessariamente presentare un carattere generale, ed evitare specifiche tecniche, le quali potrebbero risultare rapidamente obsolete, alla luce della rapida evoluzione tecnologica che caratterizza questo settore¹⁸⁵. D'altro canto, si tratta di una tecnica d'indagine particolarmente delicata, in quanto può recare gravi violazioni del diritto fondamentale alla riservatezza degli individui (*privacy*).

A seguito della riforma la disciplina sulle intercettazioni nel nostro ordinamento si articola su quattro differenti ipotesi: due attengono alla procedura passiva (a seconda che si renda necessaria l'assistenza tecnica dello Stato o che si debba soltanto procedere alla notifica imminente o in corso)¹⁸⁶; due alla procedura attiva, anch'esse distinte (assistenza o mera notifica) a seconda che sia necessaria oppure no l'assistenza tecnica dello Stato membro richiesto¹⁸⁷. Il presupposto comune a tutte queste ipotesi è che l'attività di intercettazione sia già stata autorizzata dall'autorità giudiziaria competente dello Stato membro richiedente. Al riconoscimento dell'OEI, nel caso di richiesta di assistenza tecnica proveniente dall'autorità giudiziaria di un altro Stato membro dell'Unione, provvede il procuratore della Repubblica del tribunale del capoluogo del distretto, previa valutazione di ammissibilità in base al diritto interno¹⁸⁸. Dopo aver riconosciuto l'OEI contenente la richiesta di intercettazione il procuratore verifica che siano presenti gli elementi formali e tecnici necessari per lo svolgimento delle operazioni, ivi compresa la durata prevista delle operazioni e i motivi che rendono necessaria l'attività richiesta.

¹⁸² Cfr. art. 15 co. 3 d.lgs. 52/2017 e art. 19 d.lgs. 108/2017.

¹⁸³ Titolo III, artt. 17-22 Conv. Bruxelles.

¹⁸⁴ Cfr. Capo V, artt. 30-31 Direttiva OEI.

¹⁸⁵ Cfr. *Relazione illustrativa dello schema di decreto legislativo recante norme di attuazione della Direttiva 2014/41/UE relativa all'ordine europeo di indagine penale*, cit., 13.

¹⁸⁶ Capo III (Intercettazione di telecomunicazioni), artt. 23-25 d.lgs. 108/2017.

¹⁸⁷ Cfr. artt. 43-45 d.lgs. 108/2017.

¹⁸⁸ Cfr. art. 30 Direttiva OEI. In proposito rilevano gli artt. 266 e ss. Cpp; per intercettazioni relative a casi di criminalità organizzata di tipo mafioso o terroristico l'ordinamento italiano contempla presupposti di ammissibilità meno stringenti rispetto ai parametri contenuti negli articoli del Cpp summenzionati.

L'ordine riconosciuto è quindi trasmesso al giudice per le indagini preliminari (G.i.p.) ai fini dell'esecuzione¹⁸⁹. Tale garanzia giurisdizionale appare indispensabile per evitare abusi e tutelare gli individui sottoposti ad intercettazione. Il G.i.p. rifiuterà l'esecuzione in presenza di uno dei motivi di rifiuto generali dell'OEI, ma anche qualora ritenga (diversamente da quanto deliberato dal procuratore) che non sussistano le condizioni di ammissibilità previste dal nostro ordinamento, ad esempio nel caso in cui l'intercettazione sia disposta per un reato non corrispondente ad uno o più tra quelli per i quali, secondo l'ordinamento interno, l'intercettazione è consentita¹⁹⁰. Il controllo del giudice sulle condizioni di ammissibilità in base al diritto interno non implica tuttavia che tale controllo debba essere esteso ad altri presupposti previsti dalla normativa nazionale (che operano come strumenti di garanzia per gli individui), cioè la presenza dei gravi indizi di reato e l'assoluta indispensabilità delle intercettazioni per lo svolgimento delle indagini. Peraltro, non è espressamente previsto, nel rispetto dei diritti della difesa¹⁹¹, un controllo sulle operazioni di intercettazione da parte delle persone intercettate. Il rifiuto sarà immediatamente comunicato dal procuratore della Repubblica all'autorità di emissione, che potrà perfezionare la richiesta con ulteriori elementi di conoscenza e descrizione. Ai fini dell'esecuzione sono previste due diverse modalità: il P.M., previa consultazione con l'autorità estera, può provvedere all'esecuzione con la trasmissione immediata dei flussi comunicativi (nel qual caso provvederà anche sotto il profilo esecutivo l'autorità richiedente); ovvero con la più classica successiva trasmissione delle registrazioni (nel qual caso provvederà, sotto il profilo esecutivo, l'autorità dello Stato richiesto)¹⁹².

Un'altra situazione riguarda i casi in cui uno Stato membro dell'Unione intenda eseguire l'intercettazione di un apparecchio o sistema informatico o telematico in uso a persona che si trovi in Italia, senza per questo avere bisogno dell'assistenza tecnica dell'autorità nazionale¹⁹³. In conformità alla normativa europea, in simili casi è previsto un obbligo di informazione, ossia che le operazioni di intercettazione (effettuate dalle autorità giudiziarie dello Stato membro che procede) siano comunicate tempestivamente al procuratore della Repubblica¹⁹⁴. Nel caso della notifica,

¹⁸⁹ Cfr. art. 23 co. 2 d.lgs. 108/2017.

¹⁹⁰ Art. 23 co. 3 d.lgs. 108/2017.

¹⁹¹ Si veda l'art. 48 CDFUE.

¹⁹² Cfr. art. 23 co. 4 d.lgs. 108/2017. Quando sono acquisite comunicazioni di servizio di appartenenti al Dipartimento delle informazioni per la sicurezza o ai servizi di informazione per la sicurezza il pubblico ministero, in deroga a quanto stabilito nel par. 4, provvede agli adempimenti previsti dall'art 270-bis del c.p.p., prima di trasmettere all'autorità di emissione i risultati delle operazioni di intercettazione.

¹⁹³ Art. 24 d.lgs. 108/2017 (che recepisce l'art. 31 della Direttiva OEI).

¹⁹⁴ In proposito, nella *Relazione illustrativa dello schema di decreto legislativo recante norme di attuazione della Direttiva 2014/41/UE relativa all'ordine europeo di indagine penale*, cit., 17 si legge che per quanto in base alle moderne tecnologie l'ascolto all'estero sia del tutto agevole (in ragione del transito dei dati relativi sulla base degli accordi di *roaming* tra operatori) e non sia quindi necessaria l'assistenza tecnica dello Stato estero, la Direttiva OEI pone un obbligo di informazione all'autorità giudiziaria dello Stato membro ove l'utenza è utilizzata tutte le volte che l'autorità inquirente abbia

diversamente da quello della necessaria assistenza, il procuratore del distretto funge da punto di contatto e si limita a trasmettere la notifica al G.i.p., che procede ad una verifica soltanto formale di riscontro della ricorrenza di un titolo di reato che, nell'ordinamento interno, consente l'accesso a questo mezzo di ricerca della prova. Ove la verifica abbia esito negativo il G.i.p. ordina l'immediata cessazione delle intercettazioni. Di tale provvedimento il procuratore del distretto informa, entro novantasei ore, l'autorità richiedente. Conformemente alla normativa europea è inoltre previsto che ove sia ordinata la cessazione delle operazioni, l'autorità nazionale è tenuta a comunicare che i risultati già ottenuti tramite l'attività di ascolto non possano essere utilizzati "a fini di prova"¹⁹⁵.

L'esecuzione di un OEI finalizzato all'acquisizione di dati esterni relativi alle comunicazioni telefoniche e telematiche è regolata dalle forme e dalle modalità previste nell'art. 256 Cpp¹⁹⁶. Non sono tuttavia previsti specifici standard di tutela del diritto alla riservatezza, in particolare riguardo alle aree in cui la legislazione italiana presenta aspetti critici¹⁹⁷.

Nell'ipotesi in cui, per ragioni di ordine tecnico, la cooperazione sia richiesta dalle autorità giudiziarie italiane a quelle di altri Stati membri dell'Unione la competenza spetta (come prevede lo schema in materia di intercettazioni nazionali) al pubblico ministero, che può emettere un OEI e rivolgersi direttamente all'autorità estera, quando abbia bisogno di assistenza per lo svolgimento di intercettazioni¹⁹⁸. Le modalità operative della cooperazione sono concordate tra autorità a seconda che la richiesta sia funzionale all'immediata trasmissione dei dati ovvero affidi allo Stato di esecuzione l'intera procedura, mediante intercettazione, registrazione e successiva trasmissione dei dati. L'attività richiesta presuppone la preventiva emissione da parte del G.i.p. di un valido provvedimento di autorizzazione alle operazioni, di cui sia fatta menzione nell'OEI. Anche in relazione alla procedura attiva è dunque stabilito un controllo di tipo giurisdizionale. Sarà dunque sempre il G.i.p. a verificare i presupposti della richiesta, in base ai presupposti indicati nel Cpp e quindi eventualmente a

notizia che l'apparecchio o la persona sottoposta al controllo si trovino nel territorio di un altro Stato dell'Unione.

¹⁹⁵ Art. 24 co. 3 d.lgs. 108/2017 (si veda l'art. 31 § 3 della Direttiva OEI). In simili casi l'autorità di emissione può fare del materiale acquisito un uso diverso a fini investigativi (ad esempio se i risultati contengono notizia di reato) o preventivi.

¹⁹⁶ Cfr. art. 25 d.lgs. 108/2017.

¹⁹⁷ In particolare si fa riferimento alla disciplina relativa all'esecuzione, al deposito e alla selezione delle intercettazioni, ambiti rispetto ai quali secondo la dottrina che si è occupata dell'argomento la nostra legislazione presenta alcuni profili non coerenti con le esigenze di tutela riconducibili all'art. 8 della Cedu (diritto al rispetto della vita privata e familiare, del domicilio e della corrispondenza); in argomento (ed anche sulla giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani in tema di *privacy* e intercettazioni si rinvia a A. Balsamo, *op. cit.*, 171 ss.

¹⁹⁸ Art. 43 co. 1 d.lgs. 108/2017. La richiesta del P.M. dovrà contenere: l'indicazione dell'autorità giudiziaria che ha disposto l'intercettazione; ogni informazione utile ad identificare la persona che ha in uso il dispositivo o il sistema da controllare; la durata delle operazioni di intercettazione; i dati tecnici necessari allo svolgimento dell'intercettazione; i motivi della rilevanza dell'atto.

respingerla, in assenza di tali presupposti. Il procuratore della Repubblica dovrà tuttavia integrare la richiesta formulata sulla base dell'autorizzazione ricevuta con l'indicazione dei motivi per cui considera l'atto d'indagine utile al procedimento penale e con le informazioni necessarie all'identificazione della persona sottoposta ad intercettazione, nonché con l'indicazione della durata delle operazioni e ogni ulteriore elemento utile all'esecuzione. Anche la definizione degli aspetti che riguardano la fase esecutiva delle intercettazioni è affidata al Procuratore: la richiesta può contenere l'indicazione circa la necessità che l'intercettazione debba essere eseguita con trasmissione immediata delle telecomunicazioni all'autorità giudiziaria italiana ovvero intercettando, registrando e trasmettendo successivamente i risultati ottenuti¹⁹⁹. La richiesta può riguardare, se ve ne è particolare motivo, una trascrizione, una decodificazione o una decrittazione della registrazione²⁰⁰. Nel nostro ordinamento è infine disciplinata la notifica delle operazioni di intercettazione ad un altro Stato membro dell'Unione²⁰¹. Essa riguarda la comunicazione che le autorità giudiziarie nazionali devono dare alle autorità estere quando il dispositivo controllato si trovi in un altro Stato dell'Unione (obbligo di informazione) senza bisogno dell'assistenza tecnica dello Stato estero²⁰². Spetta al pubblico ministero, nel dare inizio alle operazioni di intercettazione, informare l'autorità competente di quello Stato, trasmettendogli una copia del provvedimento di intercettazione²⁰³. Ne derivano conseguenze importanti sul piano probatorio, dal momento che lo Stato informato può esigere che l'intercettazione non sia effettuata o sia conclusa, qualora essa sia contraria al suo diritto interno²⁰⁴. In questi casi il pubblico ministero ha l'obbligo di cessare l'attività di intercettazione. L'uso processuale del materiale raccolto non è tuttavia precluso, in assenza di una specifica comunicazione in tal senso dello Stato estero informato.

10. Uno dei profili più innovativi della cooperazione giudiziaria concerne il raccordo e il coordinamento delle attività investigative, i quali poggiano sul principio della condivisione e della concertazione delle attività penali a livello transazionale²⁰⁵. Le forme di assistenza giudiziaria che si richiamano a tale principio – squadre investigative comuni (SIC), consegne sorvegliate/controllate e operazioni d'infiltrazione/sotto copertura – si caratterizzano per il fatto che originariamente sono state concepite nel quadro della cooperazione di polizia, e pertanto presentano un carattere prettamente “operativo”. Il recepimento di questi istituti nell'ambito della cooperazione giudiziaria risponde a necessità di carattere pratico e funzionale nello

¹⁹⁹ Art. 43 co. 3 d.lgs. 108/2017.

²⁰⁰ Art. 43 co. 4 d.lgs. 108/2017.

²⁰¹ Art. 44 d.lgs. 108/2017.

²⁰² Per la procedura passiva si rinvia alla nota n. 193, *supra*.

²⁰³ Art. 44 co. 2 d.lgs. 108/2017.

²⁰⁴ Art. 44 co. 3 d.lgs. 108/2017.

²⁰⁵ Cfr. G. De Amicis, *op. cit.*, 287 ss.

svolgimento delle indagini, ma anche all'esigenza di garantire risultati (l'uso processuale delle acquisizioni e il rispetto dei diritti individuali) che non potevano invece essere adeguatamente conseguiti quando la materia era disciplinata nella sfera della cooperazione di polizia²⁰⁶.

Il processo di riforma dell'assistenza giudiziaria nel nostro ordinamento ha riguardato soltanto marginalmente le consegne controllate e le operazioni di infiltrazione²⁰⁷, e ha interessato, in particolare, le SIC, ossia le operazioni investigative complesse che esigono un'azione coordinata e si svolgono sul territorio di uno o più Stati²⁰⁸. Nell'ordinamento italiano l'istituto delle SIC ha ricevuto una prima rudimentale disciplina giuridica grazie alla ratifica del trattato bilaterale italo-svizzero del 10 settembre 1998²⁰⁹.

La l. 149/2016 è intervenuta in questa materia nell'ambito della riforma del libro XI Cpp, con una serie di principi e criteri direttivi, e la delega al Governo a prevedere la facoltà per il procuratore della Repubblica di istituire SIC, in accordo con le competenti autorità degli altri Stati membri dell'Unione europea, ovvero se previsto da accordi internazionali in vigore per l'Italia, di altri Stati²¹⁰. Il d.lgs. 34/2016²¹¹ ha stabilito la disciplina giuridica fondamentale nel nostro ordinamento per la costituzione di SIC in collaborazione con altri Stati membri dell'Unione europea. Il d.lgs. 34/2016 prevede una doppia procedura. Quando l'iniziativa di costituire una SIC proviene da un'autorità requirente italiana e coinvolge altri Stati membri dell'Unione

²⁰⁶ Sul punto cfr. N. Selvaggi, *Le nuove forme della cooperazione: un ponte verso il futuro*, in G. La Greca - M. R. Marchetti (a cura di), *op. cit.*, 473-474.

²⁰⁷ Cfr. artt. 16 e 17 d.lgs. 52/2017, e artt. 21-22 e 41-42 d.lgs. 108/2017. Il legislatore ha ritenuto che questi istituti fossero già adeguatamente disciplinati dalla legislazione vigente in materia di contrasto alla criminalità organizzata di tipo mafioso; cfr. l. 149/2006 (si veda nella nota n. 16, *supra*), modificata per quanto concerne le operazioni sotto copertura dalla Legge 13.8.2010 n. 136 (art. 8).

²⁰⁸ In dottrina sono state definite come "una particolare forma di cooperazione giudiziaria di tipo «non rogatorio» funzionale alla repressione del crimine organizzato transnazionale"; così A. D'Amato, *La cooperazione internazionale nell'esercizio della funzione giurisdizionale. Dalle rogatorie alle squadre investigative comuni in attuazione dei principi del "terzo pilastro" del Trattato sull'Unione europea*, in *Nuove strategie per la lotta al crimine organizzato transnazionale*, a cura di V. Patalano, Torino 2003, 130.

²⁰⁹ Art. 6 l. 5.10.2001 n. 367, in *GU* n. 234 del 8.10.2001. Tale legge si poneva tuttavia in contrasto con la normativa comunitaria ed europea in quanto stabiliva che gli atti compiuti congiuntamente con l'autorità straniera avessero efficacia processuale in Italia soltanto se compiuti nel rispetto delle regole contenute nel nostro Cpp.

²¹⁰ Cfr. art. 4 co. lett. c nn. 10-12 l. 149/2016. In proposito, la delega stabilisce i casi in cui le SIC potranno essere costituite, prevede una procedura dettagliata, le condizioni e limiti per l'utilizzabilità del materiale probatorio acquisito. Nel caso di accordo per la costituzione di SIC con autorità diverse da quelle di Stati membri dell'Unione europea il Procuratore dovrà darne comunicazione al Ministro della giustizia. La delega a disciplinare la costituzione di SIC nel quadro dei rapporti con altri Stati membri dell'Unione appare superflua alla luce dell'adozione del d.lgs. 34/2016.

²¹¹ Si veda nella nota n. 19, *supra*. Il d.lgs. 34/2016 ha provveduto ad attuare (seppure con largo ritardo) la decisione quadro 2002/465/GAI, che costituisce la fonte regolatrice dell'Unione sulle SIC (la Direttiva OEI non disciplina questo istituto). La Decisione-quadro 2002/465/GAI, peraltro, a sua volta, riproduce integralmente il contenuto della Convenzione di Bruxelles. Coerentemente, il d.lgs. 52/2017 (art. 18), nel recepire le disposizioni della Convenzione di Bruxelles (art. 13), in materia di SIC fa rinvio a quanto disposto nel d.lgs. 34/2016.

(procedura attiva) è assegnato un ruolo esclusivo al Procuratore della Repubblica²¹². Nei casi in cui è invece l'autorità di un altro Stato membro ad invitare l'omologa autorità italiana a formare la squadra (procedura passiva) la richiesta è trasmessa al Procuratore della Repubblica ovvero al P.M. del luogo in cui devono essere compiuti gli atti d'indagine oggetto della SIC²¹³. Le SIC rappresentano una forma di cooperazione *sui generis* rispetto alle tradizionali forme di assistenza. Esse comportano, fra l'altro, il coinvolgimento di pubblici ufficiali di Stati stranieri che svolgono indagini al di fuori del territorio degli Stati a cui appartengono. La costituzione di SIC pone pertanto in rilievo il tema del rispetto della sovranità dello Stato nel cui territorio l'indagine ha luogo. A questo proposito il d.lgs. 34/2016 stabilisce, in linea con la normativa europea, la regola secondo cui la SIC opera sul territorio dello Stato nel rispetto della legge italiana²¹⁴, in conformità con il tradizionale principio della *lex loci*. Inoltre, il pubblico ministero, con provvedimento motivato, può disporre che i membri distaccati della squadra (cioè quelli appartenenti ad altri Stati membri) non prendano parte al compimento di singoli atti sul territorio italiano²¹⁵. Appare chiaro che anche questa disposizione fa implicitamente riferimento a situazioni in cui si manifestino esigenze di tutela della sovranità dello Stato italiano. Infine, le informazioni ottenute dai membri della squadra possano essere utilizzate per scopi limitati, anche se il d.lgs. 34/2016 in proposito indica parametri che presentano delle maglie piuttosto "larghe", e senza specifici riferimenti alle garanzie individuali sul piano processuale²¹⁶.

11. Il d.lgs. 108/2017 contenente le norme di attuazione della Direttiva OEI ha introdotto nel nostro ordinamento un nuovo modello per l'assistenza giudiziaria nei rapporti di collaborazione con gli altri Stati membri dell'Unione europea. Questo modello si basa su un unico strumento, l'OEI, che sostituisce le rogatorie, e che può essere utilizzato quale strumento di applicazione generale in relazione ai più diversi

²¹² Cfr. art. 2 d.lgs. 34/2016.

²¹³ Cfr. art. 3 d.lgs. 34/2016.

²¹⁴ Nel fascicolo del dibattito di cui all'articolo 431 Cpp (si veda nella nota n. 146, *supra*) entrano a far parte i verbali degli atti non ripetibili posti in essere dalla SIC. Gli atti ripetibili sono invece sottoposti ad un diverso regime processuale, in quanto non sono direttamente e automaticamente utilizzabili dinanzi all'autorità giudiziaria italiana, ma soltanto se conformi al diritto interno (art. 6 co. 3 d.lgs. 34/2016); per una posizione critica sul punto si rinvia a G. De Amicis, *op. cit.*, 305-306.

²¹⁵ Art. 5 co. 2 d.lgs. 34/2016; ai sensi dell'art. 13 co. 4 Conv. Bruxelles, per membri "distaccati" s'intendono "i membri della squadra investigativa comune degli stati membri diversi da quelli dello stato membro nel cui territorio essa interviene".

²¹⁶ Si tratta dei fini previsti dall'atto costitutivo della squadra; per l'individuazione, l'indagine ed il perseguimento di altri crimini (ma in quest'ultimo caso occorre il consenso dello Stato membro nel cui territorio le informazioni sono state assunte); per scongiurare una minaccia immediata e grave alla sicurezza pubblica (sempre che non arrechi pregiudizio alle indagini avviate dalle autorità dello Stato membro interessato); cfr. art. 6 co. 4 d.lgs. 34/2016; G. De Amicis, *op. cit.*, 305-306, osserva criticamente che tali parametri sono molto elastici e non sono corredati da sanzioni processuali circa l'utilizzo illegittimo o il diniego delle informazioni (ad esempio, non chiariscono se l'imputato e la difesa possano sollevare eccezioni al riguardo).

atti investigativi e ai fini dell'acquisizione transnazionale delle prove. Esso disciplinerà i rapporti di collaborazione con gli altri Stati membri dell'Unione europea, per quanto in alcuni limitati casi continuerà a trovare applicazione la Convenzione di Bruxelles (e più precisamente la normativa stabilita tramite il d.lgs. 52/2017 che ha provveduto al suo recepimento nel nostro ordinamento). Di conseguenza, per quanto la riforma muova nella giusta direzione della razionalizzazione dell'assetto normativo, nell'applicazione pratica della disciplina dell'assistenza giudiziaria non mancheranno effetti di frammentazione giuridica. Queste criticità, peraltro, sono imputabili al quadro normativo europeo, sulla base del quale la riforma italiana è largamente modellata, più che ad effetti negativi riconducibili alla nostra disorganica attività legislativa.

Sul piano dei contenuti, la disciplina realizzata tramite la riforma non presenta, ad una prima analisi, profili di incoerenza e/o incompatibilità rispetto alla normativa europea sull'assistenza giudiziaria, ed allinea fedelmente la nostra legislazione agli standard giuridici dell'Unione. In tal modo, si viene a colmare un deficit di decenni. A seguito della riforma la nostra legislazione si pone con coerenza rispetto all'obiettivo dell'Unione di sviluppare uno spazio comune di libertà sicurezza e giustizia, tramite la progressiva realizzazione del principio di riconoscimento reciproco delle decisioni. L'intervento legislativo realizzato si ispira a rigorosi parametri di efficienza e muove correttamente nella direzione della semplificazione e al contempo del miglioramento dell'assistenza con gli altri Stati dell'Unione, (con un rafforzamento dei poteri delle autorità inquirenti, ma senza una eccessiva compressione delle garanzie giurisdizionali), grazie alla previsione di norme che configurano, perlomeno sulla carta, procedure molto più snelle ed efficaci per le indagini e per la raccolta transnazionale delle prove. Al riguardo, appare di grande rilevanza che le norme sono funzionali a garantire che l'assistenza si realizzi tramite la collaborazione diretta tra autorità giudiziarie; invero, dopo la riforma il ruolo delle autorità centrali, segnatamente del Ministro della giustizia è, *de lege lata*, molto ridimensionato. Viene così recepito sul piano del diritto positivo un dato già reso evidente dalla prassi. Inoltre, la nostra legislazione contiene ora una disciplina *ad hoc* relativamente ad alcuni specifici atti d'indagine (trasferimento di persone detenute, videoconferenze, intercettazioni di telecomunicazioni, squadre investigative comuni) che la pone finalmente in linea con gli altri Stati dell'Unione europea nel campo dell'assistenza giudiziaria.

Più in generale, i tratti fondamentali della riforma evidenziano uno sforzo del nostro legislatore volto ad attenuare il peso che ricopre il principio della sovranità statale in questo ambito della materia penale. Tuttavia, non si tratta di una rivoluzione copernicana, poiché nelle pieghe della legislazione riformata sono pienamente sfruttate le clausole di salvaguardia consentite dalla normativa europea, ed in particolare dalla Direttiva OEI; nell'esecuzione degli OEI emessi dalle autorità giudiziarie di altri Stati membri dell'Unione permangono infatti margini di discrezionalità e spazi operativi per l'applicazione della *lex loci* (che rappresenta una proiezione del principio di sovranità territoriale) laddove sia posto in gioco il rispetto dei principi fondamentali del nostro ordinamento; e sono espressamente previsti

alcuni motivi di rifiuto all'esecuzione degli OEI sottesi alla difesa delle prerogative sovrane (ad esempio, il principio che tutela gli interessi di sicurezza nazionale). Il riferimento ai motivi di rifiuto consente di sottolineare un aspetto di civiltà giuridica che realizza la riforma, ossia la previsione del principio che l'esecuzione di un OEI si deve sempre coniugare alla salvaguardia dei diritti fondamentali dell'indagato o dell'imputato, i quali assumono (per inciso legislativo) un valore decisivo nell'ambito della collaborazione giudiziaria, non secondario rispetto alle esigenze di repressione del crimine. Anche la previsione espressa del principio di proporzionalità dovrebbe contribuire a realizzare basi solide per evitare, in ciascun caso concreto relativo all'assistenza giudiziaria, che i diritti individuali siano oggetto di compressioni ingiustificate, e per realizzare un equilibrio sostanziale dei valori in gioco.

Questa delicata opera di bilanciamento realizzata dal legislatore peraltro trova conferma non soltanto nella disciplina generale, ma altresì in molte norme di dettaglio che riguardano alcuni specifici atti d'indagine (trasferimento di persone detenute e videoconferenze), in cui viene sempre dato il giusto spazio alle garanzie individuali; costituisce un'eccezione l'istituto dell'intercettazione delle telecomunicazioni, rispetto al quale l'adattamento alla Direttiva OEI non ha rappresentato l'*occasio legis* per realizzare una disciplina contenente standard più elevati sulla tutela dei diritti umani. Con riferimento ai diritti individuali e su un piano più generale va infine segnalato che la riforma non realizza progressi sostanziali circa una effettiva parità delle armi tra accusa e difesa, rimanendo preclusa la facoltà della difesa di svolgere le indagini all'estero in forza di un OEI; anche queste criticità peraltro sono espressione delle lacune tuttora caratterizzanti l'ordinamento europeo.

Occorre ora attendere i decreti legislativi di riforma della disciplina sull'assistenza giudiziaria nel Libro XI Cpp, i quali delineeranno una disciplina più organica per l'assistenza con gli Stati non membri dell'Unione, e porteranno in tal modo a completamento il percorso di riforma iniziato con la l. 149/2016. Soltanto allora sarà possibile comprendere se la riforma del nostro ordinamento sull'assistenza giudiziaria presenti, complessivamente considerata, un quadro unitario e coerente.